

IL PROBLEMA D'ORIGINE DELLA TUTELA DELL'ACQUIRENTE NEL DIRITTO ROMANO: PICCOLO CONTRIBUTO

Stefano BARBATI

SOMMARIO: I. *Precisazioni preliminari e oggetto dell'indagine.* II. *Rassegna delle fonti pertinenti.* III. *Profili genetici dei diritti dell'acquirente.* IV. *Conclusioni.* V. *Bibliografia.*

I. PRECISAZIONI PRELIMINARI E OGGETTO DELL'INDAGINE

Una ricerca che tenda a individuare gli aspetti genetici della tutela dell'acquirente nella società romana si inserirà in un filone di studi che, in Europa, è ormai quasi millenario. Come tale essa dovrà fare i conti con una bibliografia sterminata, in questo caso resa vieppiù vasta dall'importanza del tema, già ovviamente trattato dagli umanisti, come Cuiacio, Donello e Fabro, senza considerare la glossa e il commento. In un simile contesto di studi un confronto il più analitico possibile con le svariate dottrine elaborate sul punto richiederebbe una sede monografica o, quanto meno, quella di un amplissimo saggio. La prestigiosa ricorrenza che qui si celebra —quasi pleonastica la riconoscente dedica di questo lavoro all'IJ della UNAM, principale centro di studio del diritto negli Stati uniti messicani e, al tempo stesso, una delle maggiori *stationes iuris* d'America—, questa miscellanea, si diceva, rende impossibile svolgere in questa sede un saggio che abbia fattezze monografiche. Di conseguenza si è preferito incentrare la ricerca sul confronto con le fonti latine in merito, rinviando, per la discussione critica della letteratura, che privilegia le indagini più recenti: colà il lettore potrà trovare discussa (con minore o maggiore profitto, minore o maggiore chiarezza, a seconda della statura scientifica dell'autore) tutta la sterminata dottrina in materia. La critica più risalente, anche quella premoderna, la si potrà vedere invece affrontata nelle monografie di metà del secolo scorso ivi menzionate.

Per ciò che riguarda l'oggetto d'indagine occorrono alcune precisazioni sul perché si parli qui di tutela dell'acquirente piuttosto che del compratore, su quale tipo di tutela ci si appunta in questa sede e relativamente a quale specie di beni.

Si discorre in questa sede di acquirente perché non interessa qui approfondire se il trasferimento del bene, a titolo oneroso, avvenisse in seguito ad un accordo informale di compravendita oppure formalizzato in forma verbale tipica, quale cioè *sponsio* (o *stipulatio*, per la parte che non fosse cittadina romana oppure di una colonia latina). Ciò perché si vedrà come fosse abituale che l'acquirente si tutelasse autonomamente, facendosi promettere dall'alienante alcune garanzie relative al bene trasferito, di modo che il problema rilevante era quello del concorso fra la tutela legale e quella convenzionale: solamente qualora mancasse quest'ultima poteva venire in considerazione il profilo del concorso fra la protezione predisposta dall'ordinamento e quella inerente all'accordo da cui era derivato il trasferimento; perciò soltanto in quest'ultimo caso rilevava se il trasferimento fosse avvenuto in forma solenne verbale oppure informalmente, come si vedrà a suo luogo (oltre § III.IV). Non importa, parimenti, se il bene fosse poi trasferito informalmente (*traditio*) oppure formalmente (*mancipatio*): si vedrà infatti che, anche nell'ipotesi in cui fosse necessario un trasferimento formale, questo atto non influiva sulle garanzie legali o convenzionali (le quali venivano pattuite a parte piuttosto che, come pur ammissibile, in sede di *mancipatio*).

Ancora, qui si prende in considerazione l'aspetto costituito dal difetto materiale del bene alienato, non dal vizio giuridico che gravasse su quest'ultimo: per vizio giuridico s'intende il difetto di titolarità da parte dell'alienante. A quest'ultimo proposito già la giurisprudenza pontificale, a partire dall'*auktoritas* biennale che le XII Tavole (Tab. 6.3) disponevano per i terreni (ivi connettendole l'acquisto per usucapione delle terre stesse), aveva annesso alla *mancipatio* l'effetto di tenere il *mancipio dans* garante (*actor*) dell'acquisto del *mancipio accipiens* fino a che non fosse intervenuta l'usucapione. Ristretta peraltro, nel corso del III secolo, la *mancipatio*, da parte dei pontefici soltanto ad alcuni beni (a partire ovviamente dagli immobili),¹ per gli altri — detti *res nec mancipi* — era invece l'acquirente chiamato a tutelarsi facendosi garantire dall'alienante la titolarità del bene, come si vedrà nei formulari di garanzia fortunatamente trasmessi nel *de re rustica* di Varrone (v. oltre § II s.).

¹ Quanto detto finora si discosta dalla visione tradizionale, che data già all'epoca monarchica la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* e interpreta l'*auktoritas* decemvirale sui terreni come garanzia per evizione, quale effetto naturale della *mancipatio*. Per l'argomentazione dell'originale tesi qui richiamata sia permesso rinviare a una monografia sui *tres*, che, secondo Pomponio (*l.s. ench. D. 1.2.2.39*), *fundaverunt ius civile*, di imminente pubblicazione.

Quale difetto giuridico che gravava sul bene sussisteva altresì la responsabilità che il titolare dovesse sopportare per i danni da esso —come bene animato (animale o purtroppo anche schiavo, attesa la liceità della schiavitù nelle antiche società mediterranee)— precedentemente causati a terzi, giustamente il principio civilistico del *noxae caput sequitur*, per cui dei danni reclamati contro chi non avesse soggettività giuridica rispondeva chi in quel momento avesse potere sull'essere in questione, in qualsiasi momento fossero stati causati i danni. Come si vedrà gli edili prevedero una responsabilità dell'alienante che non dichiarasse l'esistenza di danni pregressi causati dallo schiavo messo in vendita e non ancora riparati, obbligo al quale corrispondeva una conforme prassi contrattuale tale per cui l'acquirente chiedeva all'alienante di essere garantito circa l'assenza di responsabilità a carico dello schiavo per danni cagionati a terzi, in particolare (ma non in via esaustiva) furti, come si dirà previsto sempre nei formulari tramandati da Varrone. Analogo obbligo non fu introdotto dai magistrati relativamente agli animali, rispetto ai quali esisteva una garanzia convenzionale, in termini —trasmessi ancora una volta da Varrone— diversi dall'assicurazione pattizia concernente gli schiavi.

Il vizio materiale è poi qui considerato con riferimento ai beni mobili perché esso non rilevava relativamente agli immobili, come si evince dalla complessiva esposizione in merito nel 44 di Cicerone (*off.* 3.54-57, 3.65-67). Anche se si fosse trattato di un trasferimento basato su un accordo di compravendita, informato alla buona fede, la mera reticenza circa difetti materiali sarebbe stata irrilevante (così, espressamente, Cic. *off.* 3.67). Solamente in età tarda, prevalso il processo cognitorio e venuta meno la giurisdizione degli edili, troverà accoglimento la dottrina professata dal giurista augusteo Labeone (v. Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.1pr. nonché Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.63), volta ad estendere i rimedi edilizi anche agli immobili (e dunque ai loro difetti materiali: v. Ulp. 8 *disp.* D. 21.1.49 nonché Diocl. et Max. C. 4.58.4.1: v. ancora oltre § III.III).

Se invece l'alienante prometteva determinate qualità e condizioni dell'immobile, poi rivelatesi inesistenti oppure superate da un mutato stato dei luoghi, in ipotesi del genere —e sempre nel periodo, II e I sec. a.C., qui pertinente (nel caso di specie il primo quarto del I sec. a.C.)— ancora Cicerone lascia intendere che se tali condizioni fossero state assicurate nella *mancipatio*, con apposita dichiarazione del mancipante (*lex mancipi*), allora egli sarebbe stato responsabile (ai sensi del versetto decemvirale trasmesso in Tab. 6.1) per i successivi mutamenti dello stato di fatto (Cic. *de orat.* 1.179: v. anche Cic. *off.* 3.65).

Se qualità in realtà insussistenti fossero state dichiarate nell'ambito di un'informale compravendita (conclusa in particolare con uno straniero, nelle vesti di venditore disonesto) parimenti ciò non si riteneva all'epoca rilevante, finché non fu introdotta nel 66 l'*actio de dolo*, onde reprimere però non il mero mendacio, bensì quello attuato tramite artifici e raggiri (Cic. *off.* 3.58-60).

Anche, e a maggior ragione, per i terreni e le case rilevavano infine i vizi giuridici: a parte l'automatica responsabilità dell'alienante per difetto di titolarità, venivano in considerazione altresì le servitù, che gravassero sul fondo, non dichiarate dal *mancipio dans* (v. Cic. *de orat.* 1.178, *off.* 3.67: in sede di evoluzione della disciplina, l'esistenza di una servitù non dichiarata dall'alienante poteva importare altresì ai fini della riduzione del corrispettivo, tramite l'edilizia *actio quanti minoris* [Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.61]). Ma già a livello dell'accordo informale di compravendita per il trasferimento dietro denaro dell'immobile, seguito dalla *mancipatio* traslativa, veniva considerato contrario alla buona fede che informava il rapporto — e dunque fonte di responsabilità di marca risarcitoria — tacere l'ordine di demolizione del bene da parte dell'autorità pubblica (Cic. *off.* 3.65-67).²

² Interpretazione inadeguata di quest'ultimo brano in Parlamento, 2003, p. 4, la quale percepisce sì che esso riguarda vizi giuridici, ma vorrebbe desumerne, non di meno, i prodromi del generale fine restitutorio — a fronte di difetti del bene venduto —, realizzabile tramite l'*actio empti*, professato da Labeone (v. oltre § III.IV). Con la consueta acribia, invece, Bona, 2003, p.847 e, con letteratura conforme, nt. 29, riferisce i citati brani ciceroniani relativi agli immobili unicamente ai loro difetti giuridici (i vizi materiali [degli immobili] sono quelli a cui allude Cicerone — *off.* 3.67 — quando attesta che vi sono difetti irrilevanti). Parimenti centrata l'osservazione dell'autore (Bona, 2003, pp. 845-847), secondo cui Cic. *off.* 3.65, è da interpretare nel senso che nel regime decemvirale erano ininfluenti vizi giuridici dei fondi, non dichiarati nella *mancipatio*, importando solamente quanto precisato in quella sede, mentre furono i giuristi a sanzionare la reticenza del mancipante (*a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*), autori che lo studioso data agli "ultimi decenni del 2o. sec. a.Cr.". Erra però Bona a ricondurre tale integrazione da parte dei giuristi alla *bona fides* che informava la compravendita perché si vedrà in questa sede che ancora ai tempi di Cicerone il diritto vivente non riteneva un'infrazione alla *bona fides* che il venditore tacesse vizi del bene, che non fosse altrimenti obbligato a dichiarare. Quale fosse stato l'addentellato giuridico per tale "overruling" resta qui oscuro, ma si può osservare che Cicerone impiega al riguardo l'espressione — *praestari oportere* — che aveva adottato nel 121 Publio Mucio a proposito dell'obbligo a carico della *res publica* di indennizzare la vedova di Caio Gracco per il perimento della dote avvenuto in occasione della distruzione della casa coniugale da parte dell'apparato pubblico (Iav. 6 *ex post. Lab.* D. 24.3.66pr., che riporta, tramite il *liber de dotibus* di Servio, la citazione testuale del console del 133, come si argomenterà nella ricerca richiamata sopra nt. 1). Publio Mucio aveva allora ripreso, nel 121, l'espressione che egli aveva usato in un precedente responso oppure nel commento a Tab. 6.1 (nei suoi dieci libri giuridici, pubblicati tra il 142 e il 140) e che suonava, nel latino di cento anni dopo, come *quicquid est in praedio vitii, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere* (Cic. *off.* 3.65, che qui potrebbe citare testual-

Concentrata dunque l'attenzione sui vizi materiali dei beni mobili, si vedrà oltre (§ III.I) che la genesi della tutela legale per questi ultimi scaturisce da ordinanze dei magistrati che avevano la sorveglianza sui mercati —gli edili curuli—, protezione di per sé limitata ad alcune categorie di mobili, persone in stato di schiavitù e animali di un certo tipo (*iumenta*). L'estensione di detta protezione a tutti i beni discende dalla recezione —in età tarda (dal III secolo in avanti), per effetto dell'affermazione delle strutture giudiziarie della *cognitio extra ordinem*, con conseguente esautorazione della giurisdizione edilizia— di una delle tante proposte ermeneutiche innovative del giurista augusteo Labeone. La tutela negoziale, invece, era rimessa alle parti e poteva pertanto concernere qualsiasi tipo di bene, anche immobile.

Infine va sottolineato che questo contributo è dedicato alla ricerca del momento genetico della tutela ordinamentale, confrontandola con quella convenzionale testimoniata dai formulari in uso nello stesso periodo: arco temporale che si situa, complessivamente, nel corso del II e I sec. a.C. Gli sviluppi, poi, della tutela legale, come assicurati altresì dal lavoro degli esperti (*i prudentes*), durante la prima epoca imperiale (sostanzialmente in età augustea e poi fino al principato di Nerone, quando sia le ordinanze edittali sia le estensioni interpretative delle stesse raggiunsero il loro assetto definitivo),³ non fanno parte dell'oggetto d'indagine.

mente dai *decem libelli* muciani o da un successivo responso, riportato dal figlio nel trattare della *mancipatio* nei suoi diciotto libri di diritto civile, forse sostituendo *venditor a mancipio dans*)? Data la sua generale visione delle architravi della giurisprudenza preclassica (gli autori fino a Quinto Mucio) e classica (i giuristi da Aquilio Gallo in avanti) non stupisce, infine, che Behrends (qui, in particolare, Behrends, Okko, *Die frau legis. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngebung in der römischen Gesetzesinterpretation*, Göttingen, O. Schwartz, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, 121, 1982, p. 94 s. e nt. 251-253) ascriva a quest'ultimo indirizzo la restrizione dei vizi giuridicamente rilevanti, nel trasferimento degli immobili, a quelli di stampo normativo (mentre i *veteres* avrebbero ritenuto influenti anche quelli materiali, in base al principio della *bona fides*), ma per un'efficace critica v. Bona, 2003, p. 847 s. nt. 29.

³ In particolare, per quanto concerne le ordinanze edilizie in materia, non è azzardato stimare che esse cessarono dopo l'età augustea oppure tiberiana, mentre il lavoro creativo, a carattere estensivo, su tali ordinanze da parte dei giuristi terminò con Celio Sabino (console nel 69), il quale dedicò un commento all'editto edilizio (altro conto che la dottrina di Labeone —volta come detto ad estendere i rimedi edilizi a qualunque bene— trovò accoglimento in epoca tarda: comunque, nel III secolo, la tesi in questione era stata già espressa piuttosto che essere autonomamente elaborata da Ulpiano). Impallomeni, 1955, pp. 102-105, stima invece che l'editto avesse assunto configurazione definitiva “al più tardi al tempo di Celio Sabino”, mentre non si raffigura la possibilità che con questo giurista fosse cessata l'interpretazione creativa delle norme edilizie in materia (esercitata al massimo grado da Labeone), pervenendo i successivi giuristi classici e quelli tardo classici ad una sistemazione delle norme edittali e della loro interpretazione dottrinale.

II. RASSEGNA DELLE FONTI PERTINENTI

A fini di chiarezza conviene ora riportare le fonti che si stimano qui rilevanti circa la questione della genesi della tutela dell'acquirente, nei termini appena precisati. Quale segno di considerazione verso la sede che ospita questo contributo, esse si riportano in traduzione spagnola. I testi sono ordinati in senso cronologico discendente che non si rapporta al periodo in cui questi passi furono vergati, bensì si parametra all'arco temporale a cui essi fanno riferimento (per questo capeggia la lista un brano di Aulo Gellio, che, sebbene scritto intorno alla metà del II sec. d.C., si riferisce a un'epoca antica, qui individuata circa nel 180/170 a.C., mentre le formule trasmesse nel *de re rustica* di Varrone precedono i brani del *de officiis* di Cicerone, in quanto l'opera del Reatino è ambientata nel 67, sebbene fosse stata scritta nel 37, mentre il *de officiis* è scritto nel 44).

Gell. *N.A.* 4.2.1: En el edicto de los ediles curules, en la parte donde se estipula acerca de la venta de esclavos, así fue escrito: Que el rótulo de cada siervo esté escrito tomando cuidado, de modo que pueda entenderse perfectamente cuál enfermedad o defecto tiene cada uno, quién es fugitivo o vagabundo o no está liberado de un castigo⁴ [trad. Gaos Schmidt, Amparo, *Obras de Aulo Gellio. Noches Áticas, I. Libros I-IV*, México, UNAM, pp. 188 y 190];

Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.10.1: Leo que también Caton escribe que se considera como enfermo aquel al que se ha cortado un dedo de la mano o del pié; lo cual es verdadero según la distinción antes expuesta⁵ [trad. D'Ors, Álvaro, Hernández-Tejero, Francisco, Fuenteseca, Pablo, García Garrido, Manuel, Burillo, Jesús, *El Digesto de Justiniano. II. Libros 20-36*, Pamplona, Aranzadi, 1972, p. 40];

Varr. *r.r.* 2.2.5-6: ... El comprador hace que se le prometa, sobre la base de un formulario antiguo, lo siguiente: “¿Prometes o no que estas ovejas, en cuestión, están absolutamente sanas —como de un rebaño de ovejas que está absolutamente sano— no afectadas por la ceguera de un ojo, sordera, que no son *minae* —es decir, sin vientre sin pelo— ni provienen de un rebaño enfermo, que se deja poseerlas pacíficamente y que suceda exactamente todo esto?”...⁶

⁴ *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: Titulus servorum singulorum scriptum sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitivae cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit.*

⁵ *Catonem quoque scribere lego, cui digitus de manu aut de paede praecisus sit, eum morbosum esse: quod verum est secundum supra scriptam definitionem.*

⁶ *...emptor stipulatur prisca formula sic: Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbosum esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?...*

Varr. *r.r.* 2.3.5: En cuanto a su compra, se aplican reglas diferentes, porque ninguna persona cuerda garantiza la salud de las cabras. De hecho, ellas nunca han estado libres de fiebre. Por lo tanto, se aseguran con unas pocas palabras y, al respecto, Manilio ha dejado escrito lo siguiente: “¿Prometes o no que estas cabras están hoy en buen estado, que pueden beber, que se permite poseerlas, lo prometes todo?”...⁷

Varr. *r.r.* 2.4.5: Suelen comprarse así: “¿Prometes o no que estas cerdas están sanas, que no proceden de un rebaño enfermo, que se permite poseerlas pacíficamente, que se es garantía de los daños (suyos)?”. Algunos añaden (la petición) de que ya hayan sanado de toda fiebre y disentería...⁸

Varr. *r.r.* 2.5.10-11: ... Cuando compramos bovinos domesticados, nos hacemos asegurar su idoneidad de la siguiente manera: “Que estos bovinos estén sanos y que se es parantía de los daños (suyos)”. Cuando compramos bovinos salvajes, así: “¿Prometes o no que estos bueyes están rigurosamente sanos, que provienen de un rebaño sano y que se es garantía de los daños (suyos)?”. Un poco más extendida es la fórmula «que usan» los carniceros, que siguen el formulario de Manilio, que compran un bovino para sacrificarlo y que con fines rituales no suelen hacer que se les garantice la salud de la víctima...⁹

Varr. *r.r.* 2.6.3: ... En cuanto a su (*sc.* de los asnos) mercado, cambian de dueño de la misma manera que los otros cuadrúpedos, es decir a través de compraventas y entregas, y es habitual garantizar su salud y los daños previos causados por ellos.¹⁰

Varr. *r.r.* 2.7.6: ...la compraventa equina es más o menos igual que la de los bovinos y de los asnos, porque en su venta la transferencia de la propiedad se realiza según las modalidades escritas en los formularios de Manilio.¹¹

Varr. *r.r.* 2.8.3: ... Las compramos (*sc.* las mulas) de la misma forma que los caballos y en el ámbito de la compraventa pedimos las garantías de la misma forma que se ha precisado con respecto a los caballos, así como también a recibirlos para su entrega.¹²

⁷ *De emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit. Numquam enim sine febrisunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic, Illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque «recte» licere, haec spondesne?...*

⁸ *Emi solent sic, Illasce sues sanas esse habereque recte licere noxisque praestari neque de pecore morbosus esse spondesne? Quidam adiciunt perfunctas esse a febris et a foria...*

⁹ *... Eos cum emimos domitos, stipulamur sic, Illosce boves sanos esse noxisque praestari; cum emimos indomitos, sic, Illosce iuvenos sanos recte deque pecore sano esse noxisque praestari spondesne? Paulo verbosus haec «qua utuntur», qui Manili actiones secuntur lanii, qui ad cultrum bovem emunt, qui ad altaria hostiae sanitatem non solent stipulari...*

¹⁰ *In mercando item ut ceterae pecudes emptionibus et traditionibus dominium mutant, et de sanitate et noxa solet caveri.*

¹¹ *...emptio equina similis fere ac boum et asinorum, quod eisdem rebus in emptione dominum mutant, ut in Manili actionibus sunt perscripta.*

¹² *... Quos emimus item ut equos stipulamurque in emendo ac facimus in accipiendo idem quod dictum est in equis.*

Varr. *r.r.* 2.9.7: El cuarto punto se refiere a la compra: pasa a ser de otro (*sc.* el perro guardián) cuando es entregado por el dueño anterior al nuevo. En cuanto a las garantías sobre su salud y por los daños que causen, todo sucede de la misma forma que para el ganado, salvo lo establecido específicamente para ellos...¹³

Varr. *r.r.* 2.10.5: En su (*sc.* de los esclavos pastores) compra se acostumbra que ...se involucre la garantía de su salud y de la ausencia de responsabilidad por robo y daño...¹⁴

Cic. *off.* 3.71: ... Y, a decir verdad, el derecho civil, que procede de la naturaleza, no solo castiga la malicia y el dolo en las fincas, sino que también excluye todo dolo del vendedor en la venta de esclavos: en efecto, el que debía estar al tanto de su salud, su tendencia a la fuga o al hurto es responsable según un edicto de los ediles¹⁵ [trad. García Pinilla, Ignacio Javier, *Marco Tulio Cicerón, Los deberes*, Madrid, Gredos, 2014, p. 126];

Cic. *off.* 3.91: ... Estos vienen a ser aspectos jurídicos en debate de los estoicos. Si, al vender un esclavo, ¿hay que manifestar sus problemas —no aquellos que, de no hacerlo, implicarían según el derecho civil la devolución del esclavo— sino que es mentiroso, dado al juego, al hurto o a la bebida? Al primero le parece que hay que manifestarlos, al otro que no¹⁶ [trad. García Pinilla, Ignacio Javier, *Marco Tulio Cicerón, Los deberes*, Madrid, Editorial Gredos, 2014, p. 132];

Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.1.1: Dicen los ediles: “Los vendedores de esclavos hagan saber a los compradores la enfermedad o vicio de cada esclavo, cuál de ellos tiene hábito de fuga, es vagabundo o se halla bajo la responsabilidad noxal «por un delito que cometió». Todas estas cosas serán declaradas clara y verazmente al vender los esclavos, y si se hubiese vendido un esclavo sin observar esto, o en contradicción con lo declarado o prometido al venderlo, de manera que se reclame responsabilidad por ello, daremos acción al comprador o a quienes pertenezca la cosa, para deshacer la venta mediante restitución del esclavo. No obstante, debe restituir cuanto, después de celebrada la venta y la entrega, se hubiese deteriorado el esclavo por obra del comprador, de sus esclavos o de su procurador, o si «la esclava vendida» hubiera tenido un hijo después de ser vendida, o «el esclavo»

¹³ *Sequitur quantum de emptione: fit alterius, cum a priore domino secundo traditus est. De sanitate et noxa stipulationes fiunt eademque quae in pecore, nisi quod hic utiliter exceptum est...*

¹⁴ *In horum emptione solet ...stipulatio intercedere sanum esse, furtis noxisque solutum...*

¹⁵ *... Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium.*

¹⁶ *... Haec sunt quasi controversa iura stoicorum. In mancipio vendundo dicendane vitia, non ea, quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum? Alteri dicenda videntur, alteri non videntur.*

hubiera adquirido algo, o hubiera accedido algo más a la venta, o el comprador hubiera adquirido algún fruto con aquel esclavo. Asimismo, el comprador debe recuperar lo que hubiese entregado además del precio. Igualmente, si un esclavo hubiese incurrido en fraude capital o hubiese intentado suicidio o hubiese sido lanzado a la arena para luchar con las fieras, todas estas cosas han de ser declaradas en el acto de la venta, pues daremos acción por todas estas causas. Además, daremos acción si se dice que alguien ha vendido en contra de todo consciente y dolosamente” [trad. D’Ors, Álvaro, Hernández-Tejero, Francisco, Fuenteseca, Pablo, García Garrido, Manuel, Burillo, Jesús, *El Digesto de Justiniano. II. Libros 20-36*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1972, p. 37].¹⁷

Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38pr.: Dicen los ediles: “Los que venden caballerías digan clara y simplemente qué enfermedad o qué vicio tiene cada una de ellas y serán entregadas a los compradores lo mejor que hayan sido enjaezadas para ser vendidas. Si alguna cosa no se hubiera hecho así, para la restitución del enjaezamiento o la redhibición de las caballerías por razón de los jaeces, daremos una acción dentro de los sesenta días; por causa de enfermedad o vicio dentro de seis meses para deshacer la compra, o bien para la reducción del precio dentro del año; si se hubiese vendido al mismo tiempo una pareja de caballerías, y una de ellas se hallase en el caso de redhibición, daremos acción para que ambas sean objeto de redhibición”¹⁸ [trad. D’Ors, Álvaro, Hernández-Tejero, Francisco, Fuenteseca, Pablo, García Garrido, Manuel, Burillo, Jesús, *El Digesto de Justiniano. II. Libros 20-36*, Pamplona, Aranzadi, 1972, p. 52].

¹⁷ *Aiunt aediles*: Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitii que sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnis, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto, quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo putet post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis conciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissum fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus.

¹⁸ *Aediles aiunt*: Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quod in quoque eorum morbi vitii que sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoris tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitii causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.

III. PROFILI GENETICI DEI DIRITTI DELL'ACQUIRENTE

1. *Svolgimento storico*

Delle testimonianze sopra riportate la più remota è —testualmente— quella di Ulpiano (1 *aed. cur.* D. 21.1.10.1), il quale attesta di leggere che anche Catone scrisse che chi aveva mozzato un dito della mano o del piede andasse considerato *morbosum*. Come emerge dal contesto del brano (per la parte riportata dai compilatori in D. 21.1.10), Ulpiano stava commentando le norme edittali relative alla restituzione degli schiavi affetti da vizi —a cui dedicava tutto il suo primo libro di commento all'editto degli edili curuli—: in qualche autore precedente egli trova l'informazione che Catone scrisse che era *morbosum* lo schiavo senza un dito delle mani o dei piedi (come si vedrà meglio subito, questo autore sarà stato Celio Sabino —che già aveva commentato l'editto degli edili—, il quale rinvenne a sua volta nel commento di Labeone all'editto edilizio¹⁹ la citazione di Catone, che il giurista augusteo leggeva ancora nella sua sede originale, collazionando cioè direttamente lo scritto di Catone).²⁰

Da tutto ciò si ricava che Catone si stesse riferendo alle ordinanze degli edili curuli, le quali riguardavano lo schiavo affetto da un *morbis*. Nelle ordinanze si impiegava proprio questo sostantivo, secondo quanto emerge dal testo edittale riportato sia da Aulo Gellio sia da Ulpiano.

Si potrebbe altrimenti pensare che Catone alludesse al formulario di garanzia convenzionale relativo alla salute degli schiavi, ma si può osservare che Varrone parli a riguardo (*r.r.* 2.10.5) di *sanitas*, di garanzia, prestata dall'alienante, che lo schiavo è *sanus*, piuttosto che non affetto da *morbis*: del

¹⁹ Nessun brano e nessuna attestazione indiretta circa l'esistenza di tale commento sono state tramandate, ma, come osserva giustamente Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (1889), rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, II, c. 544 nt. 2, questo passo, insieme agli altri in D. 21.1 *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris* (Pomp. 17 *epist.* D. 21.1.64, Paul. 11 *Sab.* D. 21.1.47pr., Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.17.12, 14-15) e in Gell. *N.A.* 4.2 (titolo in cui l'antiquario riporta le opinioni dei *veteres iureconsulti* circa la differenza semantica fra i sostantivi *morbis* e *vitiium* nell'editto degli edili sugli schiavi: fonte dell'erudito è, come subito si dice nel testo, la monografia di Celio Sabino sull'editto edilizio e i *veteres* citati sono Servio, Trebazio e Labeone), in cui si menziona il giurista augusteo relativamente alla materia qui rilevante, permette di evincere che “Labeone abbia scritto un proprio commento all'editto degli edili”.

²⁰ Si vedrà infatti nella monografia, di imminente pubblicazione, sui *tres, qui fundaverunt ius civile* (una triade di giuristi attivi fra il 150 e il 120 a.C.: sopra nt. 1), che Labeone fu l'ultimo autore a leggere gli scritti dei pionieri —i giuristi del II sec. a.C.— nelle loro sedi originali: in seguito, da Sabino in avanti, essi venivano citati soltanto indirettamente, tramite la menzione che principalmente Quinto Mucio ne faceva nei suoi diciotto *libri iuris civilis*, pubblicati intorno all'86 a.C.

resto tutti i formulari testualmente riportati dal Reatino —seppur riferiti ad animali— garantiscono la *sanitas*, non l'assenza di *morbi*, del bene trasferito.

Ragionevolmente ammesso che Catone alludesse al *morbus* del testo delle ordinanze piuttosto che ai formulari convenzionali di garanzia della salute degli schiavi (ma qualche dubbio inevitabilmente rimane e, se accolto, indurrebbe a spostare le prime ordinanze edittali fra la seconda metà del II secolo e la prima metà del I, forse a cavallo fra II e I secolo), ci si deve chiedere se il giurista —si dirà subito se il Censore, attivo fra il 200 e il 149 a.C. oppure il figlio, morto nel 152 prima di entrare in carica come pretore nel 151— si riferisse al testo edittale riportato da Aulo Gellio oppure a quello riferito da Ulpiano, oppure promiscuamente ad entrambi.

Seppure infatti sovrapponibili nel riferimento ai *morbi vitiae*²¹ dello schiavo, le due versioni differiscono profondamente nelle modalità di dichiarazione dei difetti e nelle conseguenze della mancata osservanza del disposto magistratuale.

Per quel che concerne la forma, nel testo riportato da Aulo Gellio si richiede lo scritto, nella specie di un umiliante cartello appeso sulle spalle dello schiavo che ne mettesse in risalto le eventuali malattie, la tendenza a scappare o a girovagare (e l'aver cagionato danni, non ancora riparati), mentre nel testo riportato da Ulpiano questa forma scritta non è pretesa, ma è sufficiente la dichiarazione espressa —dunque anche in forma orale— dell'alienante circa i vizi in questione. Esso è inoltre redatto nella più immediata forma imperativa alla seconda persona, rispetto alla terza dell'editto nella versione ulpiana,²² senza alcun riferimento al negozio di cessione, mentre l'altro editto impiega al riguardo il verbo *vendere*.

Relativamente alle conseguenze della trasgressione agli ordini magistratuali, poi, il primo testo edittale tace, non contemplando espressamente alcuna sanzione, mentre il secondo prevede la concessione all'acquirente di un'azione giudiziaria volta a legittimare la restituzione dello schiavo (che, in via negoziale, l'alienante avrebbe normalmente rifiutato, in uno con il diniego di restituire il corrispettivo ottenuto per la cessione).

²¹ Nell'editto sui giumenti, di cui si dirà, i due lemmi sono uniti copulativamente con *que* piuttosto che disgiuntivamente con *ve*, ma resta dubbio se ciò reagisca sul significato dei due termini, a orientare in particolare verso la loro sinonimia piuttosto che a favore della loro distinzione (nei formulari di Varrone circa le garanzie degli animali, convenzionalmente prestate, la *sanitas* del capo di bestiame è il profilo dirimente, idoneo a comprendere *morbus* e *vitium*).

²² Il punto è messo in evidenza da Watson, 1971, pp. 73-81, il quale rimarca al tempo stesso come l'elemento non debba essere sopravvalutato, dal momento che passare dall'imperativo futuro alla seconda (versione di Gellio) a quello alla terza (versione di Ulpiano) persona non implica alcun sostanziale mutamento di prospettiva.

Fonte di entrambi i testi edittali dovrebbe essere la monografia (v. Gell. *N.A.* 4.2.3) di Celio Sabino sull'editto degli edili curuli. Aulo Gellio, infatti, dopo avere riportato l'editto (*N.A.* 4.2.1), cita (*N.A.* 4.2.3) il libro di Celio Sabino sull'editto degli edili curuli. Celio Sabino aveva improntato la sua monografia ad un confronto serrato con quella che Labeone doveva avere dedicato all'editto degli edili: di lì il giurista del I secolo aveva tratto la versione dell'editto vigente in età augustea, la ricca dottrina di Labeone sul punto e il precedente dibattito in merito dei giuristi repubblicani (Gellio [*N.A.* 4.2.6-7, 9, 12] dà espressamente conto, tramite Celio Sabino, di una difformità di vedute relativa al punto di suo interesse, vale a dire la differenza semantica fra *morbus* e *vitium* nell'editto edilizio, fra Labeone e il maestro Trebazio Testa nonché fra Labeone e Servio: dei responsi difformi di Trebazio e Servio, Labeone aveva senz'altro riferito nella sua opera di commento all'editto edilizio)].²³ Servio, Trebazio Testa e l'allievo di quest'ultimo, Labeone, dovevano peraltro essere qualificati come *veteres* da Aulo Gellio²⁴ —il quale in *N.A.* 4.2.2 discorre di *veteres iureconsulti*, che si interrogarono sulla differenza semantica fra *morbus* e *vitium* nell'ordinanza edittale— piuttosto che da Celio Sabino (che mai avrebbe annoverato Labeone fra i *veteres*). Inoltre, in *N.A.* 4.2.13, Gellio cita *libri veterum iurisperitorum*, dove si trova una definizione di *morbus* e *vitium* diversa da quella di *morbus* proposta da Labeone, testualmente riportata in *N.A.* 4.2.3. Non si può risalire fino ai libri giuridici (almeno quindici) di Catone (v. appena oltre), perché la differenza fra *morbus* e *vitium* (*morbus*: malattia transitoria; *vitium*: difetto permanente) postulata nei *libri veterum iurisperitorum* è disomogenea rispetto all'identificazione di un *morbus* (piuttosto che di un *vitium*) nella mutilazione di un dito professata come visto da Catone.²⁵ Escluso che si possa trattare di Servio,²⁶ o si pensa a giuristi re-

²³ Il quale chiude poi il capitolo 2 del libro 4 (*N.A.* 4.2.15) con una citazione che egli prende direttamente (analogamente Ortu, 2008, p. 98) dal compendio civilistico sabiniano (qui dal libro secondo, sempre in tema di quali difetti fisici o psichici possano fare considerare lo schiavo affetto da *morbus*), *libri tres iuris civilis* sabiniani che, come a tutti noto, l'antiquario mostra di conoscere bene e di considerare l'opera giuridica di riferimento, senza perciò mai citarla di seconda mano: anche a chiusura di *N.A.* 4.2, Gellio precisa espressamente che sta aggiungendo, rispetto a quanto detto fino a quel momento (che si basava interamente sulla monografia relativa all'editto edilizio di Celio Sabino: in tal senso altresì Ortu, 2008, p. 98 s. e, con autorevole conferma, nt. 16), una citazione dal compendio civilistico sabiniano (così anche Ortu, 2008, p. 98).

²⁴ In tal senso anche la produzione scientifica: v. Ortu, 2008, p. 96 e, con ulteriore letteratura, nt. 9.

²⁵ Lo rileva anche la Ortu, 2008, p. 106, la quale parla di una nozione “completamente diversa” rispetto a quella dei *veteres iurisperiti*.

²⁶ Perché da *N.A.* 4.2.12, emerge che Servio non professava una nozione di *morbus* come malattia temporanea: così, giustamente, Ortu, 2008, p. 110 s.

pubblicani (o dell'epoca augustea) non esplicitamente menzionati da Gellio (ma ricordati nominativamente da Celio Sabino quali propugnatori di una definizione di *morbus* e *vitium* distinta da quella poi profilata da Labeone) oppure ci si rifà a Trebazio e/o ad Ofilio, in quanto entrambi citati da Celio Sabino, per il tramite di Labeone (ciò emerge dai testi ispirati dalla monografia di Celio Sabino, vale a dire *N.A.* 4.2 —con esclusivo riferimento a Trebazio— e il commento all'editto edilizio di Ulpiano —in una trattazione dell'editto in gran parte sovrapponibile all'*excursus* di Aulo Gellio e in cui si citano sia Trebazio [Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.6.1, 12.4, 14.3] sia Ofilio [Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.8, 10pr., 17pr., Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.7]—).

Le opinioni di Trebazio ed Ofilio, relative alla *sanitas* dello schiavo o del cavallo (le quali, specialmente quelle di Ofilio, sembrerebbero maggiormente riferirsi al profilo delle garanzie convenzionali, in cui l'acquirente chiedeva di essere garantito circa il *sanum esse* dello schiavo o del capo di bestiame, come evidente dai coevi formulari di Varrone)²⁷ e all'essere lo schiavo proclive alla fuga (qui con un aggancio più diretto alla prescrizione editale), non sono però coerenti con la tesi del *morbus* quale malattia temporanea,²⁸ ragione per cui non resta che concludere che i *libri* dei *veteres iurisperiti* fossero una (se generalizzata) o più opere (in questo caso di diversi autori) di giuristi tardo repubblicani e/o augustei, nominativamente citati da Celio Sabino, ma di cui Gellio, verso la metà del II sec. d.C., poteva omettere il nome, in quanto nel frattempo caduti nell'oblio.²⁹

Ulpiano cita perciò, ripetutamente,³⁰ Celio Sabino, ma è dubbio se egli tragga da quest'ultimo (come fa Gellio) anche il testo dell'editto che egli riporta in apertura del suo commento all'editto stesso degli edili curuli.

Aulo Gellio riporta infatti l'ordinanza che esige la forma scritta e non contempla sanzioni per la sua trasgressione, che invece Gaio, Paolo e Ulpia-

²⁷ Lo si è perciò riscontrato in dottrina: v. la relativa discussione in Ortu, 2008, p. 116 s. e nt. 65, la quale stima comunque che Ofilio stesse commentando l'editto (e la menzione del giurista tardo repubblicano in Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.17pr., corrobora la conclusione dell'autrice, come si dice subito nel testo).

²⁸ E anzi sembrano anticipare la tesi funzionalistica (*morbus* come compromissione delle capacità corporee) di Labeone, come osserva la Ortu, 2008, pp. 111-119, in esito ad un'analitica disamina.

²⁹ Dal canto suo la Ortu, 2008, p. 101 e nt. 24, rammenta le tesi dottrinali, volte ad identificare i *veteres iurisperiti* con anonimi giuristi tardo repubblicani oppure con ignoti esperti augustei, mentre ella (Ortu, 2008, p. 102, ma v. la trattazione generale della Ortu, 2008, pp. 93-120, pp. 137-140) opta per ignoti giuristi anteriori a Servio Sulpicio (allievi di Quinto Mucio quali *Iuventius* e *Balbus*?).

³⁰ Si vedano le occorrenze in Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (1889), rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, I, cc. 77-80.

no, nei loro commenti all'editto edilizio —come riportati per estratti in D. 21.1— costantemente ignorano.

Punto fermo al riguardo è che Celio Sabino doveva riportare entrambe le versioni dell'editto, quella più antica (che interessa infatti l'antiquario Aulo Gellio) e quella più recente, che contempla i rimedi processuali, introdotta da più di cento anni, dato che le azioni in questione sono già conosciute da Cicerone nel 44 (come si vedrà subito).

L'omissione della versione riportata da Aulo Gellio nei posteriori commenti all'editto edilizio (Gaio [se il suo commento è successivo alle Notti Attiche], Paolo, Ulpiano), unita al fatto che lo stesso antiquario precisa che nell'editto “fu scritto” (*scriptum fuit*), piuttosto che “è scritto” (*scriptum est*), depone infatti per l'antiorità di quest'ultima rispetto alla versione che contempla i rimedi processuali.³¹

La spiegazione più semplice conduce a ritenere che entrambe le prescrizioni fossero presenti nel testo edittale al tempo non soltanto di Labeone —ciò sembra ovvio—, ma anche a quello di Celio Sabino, console nel 69 d.C., mentre la più antica prescrizione fu omessa nella consolidazione del testo edittale curata, anche con riferimento all'editto edilizio, da Giuliano.

In origine, e forse ancora fino a Celio Sabino, la differenza di forme manteneva una sua giustificazione in forza del diverso campo di applicazione delle stesse: la morfologia scritta si riteneva necessaria nei mercati, quella libera al di fuori degli stessi (dato che non avrebbe avuto senso imporre l'umiliante cartello nelle contrattazioni private). L'assenza di sanzione per l'inosservanza della forma scritta consentiva poi di applicare pianamente, una volta introdotta, l'azione processuale, la quale scattava quando gli alienanti non avessero reso edotti gli acquirenti dei difetti dello schiavo. Non è da escludere che se gli alienanti avessero provato di avere reso altrimenti noti all'acquirente, in sede di contrattazione singola, i difetti dello schiavo, seppure non per il tramite del cartello, gli edili avrebbero potuto comunque applicargli una sanzione pecuniaria per non avere osservato la loro ordinanza: una simile penalità avrebbe potuto poi essere immediatamente inflitta al mercante di schiavi che li esponesse senza alcun cartello.

Nella prassi la necessità di quest'ultimo dovette progressivamente scomparire dopo il 70 d.C. e fino alla consolidazione del testo edittale, verso il

³¹ D'accordo, ma piuttosto cauti sul punto, Impallomeni 1955, p. 94 e nt. 19 nonché Watson, 1971, pp. 73-83 (ma implicitamente nel senso della posteriorità del rimedio giurisdizionale Watson, 1971, p. 81). Giustamente decisi nel senso dell'antiorità, invece, Arangio-Ruiz, 1954, p. 365 nonché Ortu, 2008, p. 66 nt. 195 e, con ulteriore bibliografia, p. 72 nt. 213.

130, da parte di Giuliano, il quale omise pertanto la prescrizione più antica, che di fatto imponeva nei mercati l'esposizione del cartello con i difetti.³²

Appurato pertanto che la prima versione è più antica, si potrebbe tuttavia concludere —come fa la dottrina sostanzialmente unanime— che anche la seconda, quella che concedeva l'azione giudiziaria, fosse alquanto risalente e pertanto già conosciuta da Catone, nel secondo quarto del II sec. a.C.

Prima di precisare i motivi che inducono a fare invece scendere molto oltre, fra l'80 e il 70 a.C., per la disposizione più recente —quella che accorda l'azione giudiziaria tesa alla restituzione dello schiavo—, occorre dire di chi fosse il Catone che scriveva che fosse *morbus* anche la privazione di un dito del piede o della mano e soprattutto quale potesse essere all'epoca la conseguenza della trasgressione del comando edilizio, mettendo a confronto il tutto con le omologhe garanzie che l'acquirente pretendeva, nello stesso periodo, dall'alienante all'atto del trasferimento dei *pecudes*, quali emergono dall'eccezionale testimonianza sul punto, arricchita da documenti, di Varone. Ciò dovrebbe infatti giovare alla contestualizzazione storica e a far scivolare più in avanti la tutela giudiziaria, a cui favore depongono pure gli ulteriori argomenti che si metteranno in risalto a breve.

Come sempre quando le fonti citano, in ambito giuridico, un *Cato*, la letteratura si divide fra chi lo concepisce come il Censore e chi come il figlio: non avrebbe senso ripercorrere in questa sede *ab imis* la questione,³³ per cui si può solamente ribadire che la spiegazione più semplice è sempre da preferire. Memori, pertanto, del rasoio di Occam, si dovrà concludere che l'opera giuridica di Catone era una, innominata (Aulo Gellio [N.A. 13.20.9] la indicherà poi come *libri de disciplina iuris*, Verrio Flacco [Fest. *verb. sign.*, s.v. *mundus*, p. 144 L.] come *commentarii iuris civilis*), in almeno quindici libri: tale vasta opera piuttosto che in una trattazione di diritto vigente, arricchita

³² Più genericamente al periodo classico, al più tardi con Giuliano, data la soppressione della più antica ordinanza dal testo editale Impallomeni, 1955, p. 41, p. 95. Secondo Arangio-Ruiz, 1954, p. 365 s., sarebbe stato Giuliano, in sede di revisione dell'editto edilizio, a eliminare la dichiarazione scritta, in favore della seconda (come proposto anche in questa sede). Stima invece che la menzione dell'ordinanza più antica ricorresse anche nel testo consolidato la Ortu, 2008, pp. 74-76, secondo cui essa non sarebbe stata riportata da Ulpiano perché non attributiva di azioni giudiziarie in difetto di sua osservanza, e dunque di poco interesse per il giurista di Tiro (ma l'autrice stessa ricorda ivi un passo dalla carrellata dei grammatici e dei retori di Svetonio, in cui l'autore della fine del I sec. d.C. rammenta come fosse prassi dei *maiores* ricorrere al cartello di vendita). Diffusa poi la tesi secondo cui la dichiarazione scritta era funzionale alle trattative precontrattuali, quella orale alla conclusione del singolo contratto (per tutti, Ortu, 2008, p. 74 s., con ulteriore letteratura).

³³ Per maggiori dettagli sul punto sia permesso rinviare all'annunciata (v. sopra nt. 1) monografia sull'opera giuridica dei *tres*, *qui fundaverunt ius civile*.

dalla citazione dei responsi precedentemente resi dall'autore, sarebbe consistita in una raccolta, curata dal figlio, dell'amplissimo materiale giuridico paterno;³⁴ responsi, *in primis*, ma anche arringhe difensive e formulari. L'opinione stesa per iscritto da Catone circa il fatto che la mutilazione di un dito della mano o del piede costituisse *morbus* è allora del Censore e venne poi tramandata dal figlio nell'ampia raccolta del materiale paterno (il Censore era ancora in vita, ma ormai molto anziano, e il figlio dovette completare la collazione del materiale paterno poco prima di morire). Come tale essa si trovava consacrata per iscritto, si direbbe perché il Censore aveva già registrato per iscritto uno dei suoi innumerevoli responsi (in tal senso *Cato scribit*), qui relativo al fatto se potesse considerarsi affetto da *morbus* lo schiavo che si scoprisse poi mutilo di un dito (forse affinché l'acquirente potesse fare valere la garanzia circa la *sanitas* dello schiavo forse, in assenza di tale garanzia, onde appurare se l'alienante avesse infranto la prescrizione edilizia, non riportando sul cartello tale mutilazione, opzione —quella della presa di posizione sull'editto— verso la quale si è sopra propeso, pur con qualche dubbio). In un simile contesto sarebbe tuttavia azzardato raggiungere conclusioni troppo univoche e sarebbe perciò scorretto escludere che l'opinione di Catone riportata da Labeone (e, di lì, da Celio Sabino e da Ulpiano) consistesse in una presa di posizione astratta in sede di commento, da parte del Censore (o del figlio?), dell'ordinanza degli edili curuli relativa all'obbligo di indicare i *morbi vitiae* degli schiavi posti in vendita al mercato, opinione volta a ricomprendere nell'obbligo di informativa la mutilazione di un dito, in quanto qualificata da Catone come *morbus*.

È significativo, peraltro, che Catone —almeno nella sintesi ulpianea— nulla dica circa le conseguenze del fare rientrare la modesta mutilazione in questione nel concetto di *morbus*: il Censore non vi riconnette, in altri termini, la *redhibitio*, cioè la restituzione, dello schiavo (se non sono intervenute appunto mutilazioni del suo pensiero). Né, onde provare l'esistenza dell'azione giudiziaria al tempo del Censore, vale richiamare un altro passo di Gellio (questa volta *N.A.* 17.6), dove si richiama un discorso del Censore stesso a favore dell'approvazione della proposta di legge Voconia del 169 (quindi del 169 stesso), nel quale si fa menzione di uno schiavo *redhibitus*. Infatti ivi —precisa lo stesso Aulo Gellio— non si tratta di uno schiavo restituito a seguito dell'azione giudiziaria (al contrario di quanto stimava il grammatico augusteo Verrio Flacco nella sua raccolta delle ambiguità che a quell'epoca si riscontravano nei discorsi del Censore, da cui Gellio trae spunto), bensì

³⁴ È un'ottima congettura di Guarino, Antonio, *Storia del diritto romano*, 12 ed., Napoli, Jovene, 1998, p. 336.

di uno schiavo appartenente ad una donna sposata, *sui iuris*, e non costituito in dote.³⁵

Se allora fu analizzata da Catone (qualche dubbio inevitabilmente rimane), la più antica ordinanza edilizia era già vigente nel secondo quarto del II sec. a.C. (ma le commedie plautine non la fanno risalire a prima di questo arco temporale).

Essa non prevedeva espresse sanzioni per la sua trasgressione, il che va messo in parallelo con il fatto che in quello stesso periodo esistevano formulari con cui l'acquirente si faceva garantire la salute dei capi di bestiame acquistati, come testimonia Varrone.

Se si pone mente alla carrellata di formulari, riportati a volte direttamente altrimenti indirettamente da Varrone, si osserverà che i protagonisti del suo dialogo (scritto nel 37, ma ambientato in Grecia nel 67), volto a impartire le istruzioni per condurre proficuamente un'impresa di allevamento del bestiame, ne conoscono e attestano in uso nella prassi un triplice strato, nell'aspetto che essi mostrano di considerare quello di maggior rilievo nell'attività giuridica connessa alla pastorizia, vale a dire quello delle garanzie che chi alleva il bestiame deve farsi prestare all'atto dell'acquisto dei capi aziendali: uno più antico —in uso per l'acquisto degli ovini—, quelli di Manilio —scritti intorno al 145 e circolanti in forma autonoma dall'opera da cui essi erano tratti ora era circa una cinquantina d'anni—³⁶ e infine un altro gruppo, che, diverso dall'*antiqua et prisca formula* di garanzia degli ovini

³⁵ E non convince affatto l'asserzione (per tutti Impallomeni 1955, p. 93) che l'errore di Verrio Flacco si spiegherebbe soltanto se a quell'epoca (nel 169) fosse già esistita l'azione giudiziaria: il grammatico augusteo ben poteva avere una percezione non esatta circa le tempistiche di introduzione dell'editto giurisdizionale, secondo quanto rimarca altresì Watson, 1971, p. 82 s. Né si vede perché la mancata contestazione a Verrio Flacco, da parte di Gellio, circa l'inesistenza all'epoca della giurisdizione edilizia, sia prova che essa effettivamente esisteva (così, invece, Impallomeni, 1955, p. 93): a maggior ragione l'erudito del II secolo non aveva idea di quando fosse stato introdotto l'editto giurisdizionale edilizio. La Ortu, 2008, pp. 63-67, riprende le argomentazioni di Impallomeni, obiettando alla critica di Watson che Gellio conosceva bene l'editto (come mostra *N.A.* 4.2) ed essendo la sua un'opera antiquaria avrà compiuto ricerche storiche volte a ricostruire il suo sviluppo cronologico. Va invece obiettato che l'erudito legge la monografia di Celio Sabino sull'editto edilizio (che confronta con un passo in merito del compendio civilistico sabiniano, la sua guida per il mondo del diritto), dove trova tutti i riferimenti alla giurisprudenza repubblicana (quella che lui considera, con l'età augustea, dei *veteres*): di qui a compiere una ricerca personale su quando furono introdotti i rimedi giurisdizionali da parte degli edili ne corre; il riferimento ai *morbi vitiae* compariva anche nell'ordinanza più antica e a Gellio tanto bastava (in *N.A.* 17.6 si è poi in un altro contesto).

³⁶ Sia consentito rinviare per l'argomentazione, anche in tal caso, alla ricerca annunciata sopra nt. 1.

e dalle *actiones* di Manilio, dovrebbe consistere in una raccolta più recente di formulari negoziali, probabilmente riconducibile al primo quarto del I sec. a.C.³⁷ A quest'ultima raccolta dovrebbero risalire i testi delle garanzie prestate per i suini e i bovini, mentre quello degli ovini appartiene testualmente ad un antico formulario e quello dei caprini ai formulari di Manilio. Per quanto concerne invece gli equini (asini, cavalli, muli), i cani guardiani e gli schiavi pastori Varrone fa un rinvio soltanto indiretto ai formulari in uso circa le loro garanzie, di modo che non è dato sapere con certezza a quale raccolta egli pensasse: dal momento tuttavia che il formulario antico e quello di Manilio sono nominativamente indicati, occorre pensare che in tutti gli altri casi il riferimento, anche se soltanto indiretto, corresse a questo più recente formulario, a prescindere dal fatto che quello di Manilio (ma probabilmente anche il più antico) contenesse tutte le formule di garanzie necessarie all'esercizio della pastorizia. Tutte le garanzie in questione sono prestate sotto forma di *sponsio*, conclusa perciò fra cittadini romani (e latini): gli stranieri, in particolare gli italici confinanti con Roma, non ne hanno accesso. Retroagendo di cento anni, a partire dal 67, il formulario a disposizione nel secondo quarto del II sec. a.C. sarebbe stato quello che conteneva anche la *prisca formula* di garanzia della qualità delle pecore, raccolta che dovrebbe collocarsi intorno al 200 o forse anche prima, più in generale nella seconda metà del III secolo. Lo testimonia il fatto che Varrone debba precisare il significato di un termine compreso in tale formulario (*minae*) e che altrove nella sua ricca pubblicistica egli consideri *vetus* un *commentarius* che dovrebbe risalire alla seconda metà del III secolo.³⁸ Quando è attivo il Censore (ma

³⁷ Schulz, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di Guglielmo Nocera, Firenze, Sansoni, 1968, p. 165, ritiene invece che nel manuale di Varrone si impieghino i formulari di Manilio e una raccolta più recente, ma la menzione di una *prisca formula* di garanzia relativa agli ovini (quella riportata sopra § II), quando i formulari di Manilio non sono mai qualificati come “antichi” dal Reatino, non dovrebbe fare esitare nell'accedere alla posizione espressa nel testo. Watson, Alan, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1974, p. 140, p. 162 nt. 9, senza considerare all'uopo la *formula antiqua et prisca* (nemmeno in Watson, 1965, p. 66, p. 85 s., p. 90), stima che non si trattasse di una collezione più recente rispetto a quella di Manilio, bensì di correzioni apportate a quest'ultima.

³⁸ Si tratta del *vetus commentarius acquisitionis* impiegato, in un processo capitale, dal questore Sergio (*l. Lat.* 6.91), formulario che viene abitualmente ascritto a questo periodo dalla critica. Nemmeno da trascurare —tuttavia— le argomentazioni tramite le quali Aricò Anselmo, Giuseppina, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino, Giappichelli, Dipartimento Iura. Sezione di storia del diritto. Università degli Studi di Palermo, 10, 2012, p. 254, lo anticipa a “non molto dopo il 367”, notando che i *commentarii consulares* e le *tabulae censoriae* menzionate in *l. Lat.* 6.88-92 non sono qualificati da Varrone come “antichi”, sebbene risalenti alla seconda metà del III secolo. Quanto detto finora porta a escludere la tesi che l'antico formulario di garanzia degli ovini risalga alla prima metà del

anche il figlio) era perciò disponibile questa antica raccolta di formulari, che non dovrebbe tuttavia individuarsi con i formulari di Sesto Elio, i quali dovevano concentrarsi sulle formule processuali (e comunque se l'autore ne fosse stato Sesto Elio, Varrone non ne avrebbe mai taciuto il nome, atteso il prestigio di cui ancora godeva, centocinquanta anni dopo, l'autore dei *tripertita*). Sarebbe insensato postulare che tale raccolta in uso nella prima metà del II sec. a.C. non comprendesse il formulario di garanzia che accedeva, in solenne forma verbale, alla *mancipatio* con cui si acquisiva uno schiavo.

Nella prima metà del II sec. a.C., dunque, gli acquirenti romani di schiavi esigevano dagli alienanti la garanzia circa la salute del malcapitato, garanzia che l'alienante, anch'egli cittadino romano (o latino), prestava in solenne forma verbale. Sussisteva pertanto una garanzia convenzionale, rimessa all'autonomia delle parti, che era cura dell'acquirente ottenere dall'alienante. Il formulario di garanzia delle pecore non contempla una penale a carico dell'alienante qualora il capo si rivelasse viziato, né tale pena convenzionale appare nei posteriori formulari di Manilio e in quelli ancora più tardi, che dovevano risalire al primo quarto del I sec. a.C. (se non qualora l'alienante di schiavi non faccia seguire all'accordo traslativo la *mancipatio*, nei termini di una pena del doppio o altrimenti del *simplum*: Varr. *r.r.* 2.10.5). Eppure, ancora Catone (Paul. 12 *Sab.* D. 45.1.4.1) mostra di conoscere la clausola penale, per cui fa specie una simile mancanza di cautela nei formulari in uso. L'assenza in questione non doveva tuttavia rivelarsi esiziale, se è vero (come è stato di recente dimostrato)³⁹ che la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, sicuramente applicabile per tutelare i crediti nascenti da *sponsio*, lo era altresì, quale *legis actio per arbitri postulationem*, per i crediti incerti nel loro ammontare — e tale è, per eccellenza, quello derivante dall'assenza, nel bene trasferito, delle qualità garantite con *sponsio*, quando, come nei formulari in uso negli ultimi due secoli della Repubblica, in essa non fosse liquidato preventivamente il danno —, senza che vi fosse bisogno di un arbitrato da parte di un terzo volto a determinare l'importo di cui chiedere poi il riconoscimento in giudizio.⁴⁰

Il secolo, come ritenuto invece da alcuni studiosi (per tutti, Cardilli, Riccardo, *L'obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano [II sec. a.C. - II sec. d.C.]*, Milano, Giuffrè, II Università di Roma. Pubblicazioni del Dipartimento di Storia e teoria del diritto, 1, 1995, p. 119).

³⁹ Da parte di Corbino, Alessandro, "La risalenza dell'*emptio-venditio* consensuale e i suoi rapporti con la *mancipatio*", *Iura*, Napoli, 64, 2016, pp. 9-100, part. pp. 22-60.

⁴⁰ Orientata invece in questo senso Carbone, Teresa, "*Hac lege venire oportet...* Alcune riflessioni sui formulari di vendita di Catone", *RDR.*, nuova serie, 1-2, 2016-2017, pp. 1-74, part. p. 72 s. (in rete www.ledonline.it)

A fronte di simili prassi commerciali l'intervento dell'autorità non era fondamentalmente necessario perché era cura dei privati tutelarsi autonomamente: se allora ai tempi di Catone gli edili avevano ordinato di rendere noti per aspra forma scritta i difetti degli schiavi posti in vendita al mercato deve ritenersi, da un lato, che l'esigenza di tutela fosse un'altra, e, dall'altro, che un'eventuale sanzione operasse su un altro piano rispetto a quello della sfera privata.

In altri termini l'esigenza che gli edili intendevano soddisfare era quella di tutelare la *pax sociale*, disincentivando comportamenti scorretti, tutte le volte in cui l'acquirente non si fosse fatto garantire circa la salute degli schiavi acquistati ai mercati, evenienza che poteva essere più ricorrente qualora l'acquirente fosse un italico del centro e del sud Italia, al quale era interdetta la *sponsio* e la *mancipatio*. Ordinando la pubblicazione dei vizi dello schiavo posto in vendita, gli edili favorivano la moralizzazione dell'attività di commercio degli schiavi, la quale avrebbe giovato alla *pax sociale* che essi erano chiamati a tutelare in specie nelle contrattazioni ai mercati.

In assenza tuttavia di una tutela negoziale, si spiega come l'ordinanza non contemplasse un'espressa sanzione: ciò indica che gli edili, nei limiti consentiti alla loro discrezionalità, avrebbero comminato una sanzione pecuniaria (nel tetto massimo prima del quale non sarebbe scattato per il sanzionato il diritto di fare appello al popolo) al mercante che avesse ceduto schiavi senza dichiararne i difetti.⁴¹ Certo ciò non avrebbe arrecato un diretto vantaggio all'acquirente, ma gli avrebbe quanto meno dato una soddisfazione morale e avrebbe sfavorito atteggiamenti scorretti da parte dei mercanti. Ai fini dell'applicazione della sanzione doveva essere sufficiente (provata l'esistenza del contratto dai testimoni della *mancipatio*, della cui conclusione si dava forse altresì attestazione di massima scritta) la dimostrazione del vizio: doveva infatti operare una presunzione assoluta nel senso che il *morbus* o *vitium*, in quanto rilevante, preesistesse alla conclusione del contratto e fosse conosciuto dall'alienante (il quale l'avesse dolosamente taciuto). Ciò senza nemmeno decadenze temporali, pur tenendo conto che più ci si fosse allontanati dal periodo di conclusione del contratto più sarebbe stato difficile ottenere dagli edili l'infissione di una multa all'alienante.

Riguardo infine all'arco temporale entro cui si può collocare l'ordinanza edilizia in questione si deve osservare che —ad onta dei dissensi

⁴¹ Si tratta di un'osservazione presente nella critica: v. Impallomeni, 1955, p. 125 (favorevole per l'appunto alla multa, sebbene, con specifico riferimento alla sanzione per l'inosservanza della denuncia dei vizi sul cartello di vendita degli schiavi, Impallomeni, 1955, p. 40 s., p. 105, si esprime a favore dell'azione *rehabitoria*) nonché Watson, 1971, p. 75 nt. 11, il quale preferisce tuttavia discorrere di "un'azione quasi criminale sotto il controllo degli edili".

dottrinali sul punto— le commedie di Plauto non testimoniano, nei loro riferimenti a possibili *redhibitiones* di schiavi malati, né l'esistenza delle azioni giudiziarie né della pena pecuniaria a cui si sarebbe esposto l'alienante infedele, in ambito romano.⁴² Altro conto, come emerge dalle stesse commedie plautine ma soprattutto dalla *Metamorfosi* di Apuleio,⁴³ che nel loro potere di polizia sui mercati, gli edili potessero ordinare la distruzione di merci avariate impropriamente messe in vendita (ma ciò si riferisce ovviamente a beni inanimati).

Stante invece la conoscenza che ne ha Catone (purché il Censore non si riferisca alle garanzie convenzionali della salute dello schiavo e dunque non esponga che l'aver un dito mozzato cozzava contro tale garanzia, come pur resta concepibile), l'ordinanza in questione deve porsi fra il 180 e il 155, più probabilmente fra il 180 e il 170, si dica pure intorno al 175.⁴⁴ Si noti peraltro come questo periodo sia pienamente consentaneo al contesto storico, che vede, subito dopo la sconfitta di Cartagine nel 202, affluire sul mercato romano un'enorme quantità di sventurati provenienti dall'attuale Tunisia, a cui si uniscono, nel cinquantennio successivo, altri malcapitati di origine greca, Grecia in via di assoggettamento al dominio romano nella prima metà del II sec. a.C. In un commercio di schiavi che vedeva, in questa tempeste storica, nella capitale dei conquistatori il suo centro, era naturale che potessero alimentarsi tensioni, tutte le volte in cui l'autonomia privata non

⁴² In modo identico Watson, 1971, p. 82, secondo cui le testimonianze plautine alludono a misure di polizia, nemmeno connesse con l'obbligo di informativa circa i vizi dello schiavo. Rassegna di Plauto in Ortu, 2008, pp. 52-63, la quale conclude invece per l'esistenza dell'azione giudiziaria, alla luce delle commedie plautine.

⁴³ *Apul. met.* 1.24-25.

⁴⁴ V. in generale Watson, 1971, p. 83, il quale lascia tuttavia aperta la possibilità che Catone potesse riferirsi al più recente editto giurisdizionale. La posizione, seppure assai sorvegliata, dello studioso scozzese è comunque quella maggiormente disposta a postdatare l'introduzione dell'editto giurisdizionale (senza dunque farlo retroagire già al periodo di Plauto, al contrario di quanto gli attribuisce la Ortu, 2008, p. 59 nt. 177). Riguardo alla prima versione, non concernente il rimedio a favore dell'acquirente, l'illustre maestro osserva che le commedie plautine non mostrano di conoscere l'ordinanza editale (v. sopra nt. 42), ragione per cui, si aggiunge qui, essa andrebbe situata dopo l'opera del Sarsinate. Va comunque osservato, riguardo all'editto giurisdizionale, che la complessiva posizione di Behrends circa la cronologia della giurisprudenza classica —che lo studioso di Gottinga fa iniziare con Aquilio Gallo, per poi affermarsi con Servio— porta a datare la stessa introduzione del rimedio giurisdizionale, quale azione *in factum* (prodotto della nuova giurisprudenza classica, nella corretta prospettiva dell'autore), a dopo il 75 stesso, si direbbe negli anni 50: v. Behrends, Otto, *Dalla mediazione arbitrare alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in *Scritti italiani*, Napoli, Jovene, Antiqua, 12, 2009, pp. 231-357, part. p. 324 nt. 176.

fosse intervenuta a predisporre una tutela per l'acquirente. Tutela, quest'ultima negoziale, che consisteva come detto nella possibilità di esperire una *legis actio per arbitri postulationem* per ottenere, in via di valutazione equitativa e senza alcuna decadenza temporale, l'*id quod interest* per i difetti manifestati dallo schiavo dopo la cessione e che, in quanto rilevanti, si consideravano preesistenti alla cessione e noti all'alienante.

Questa, dunque, la situazione normativa che si ha intorno al 150 a.C.

La prima attestazione superstita circa l'esistenza dell'azione giudiziaria introdotta dagli edili compare invece un secolo dopo, precisamente nel 44, da parte di Cicerone, nei testi del *de officiis* sopra riportati. Si dichiara espressamente che l'acquirente ha diritto di restituire lo schiavo qualora l'alienante non dichiari i vizi attinenti alla salute e alle pregresse fughe dello schiavo, in maniera perfettamente corrispondente al testo editale che Ulpiano mutua da Celio Sabino.

L'Arpinate omette la tendenza al vagabondaggio (che probabilmente egli assorbiva nell'essere proclive alle fughe) e la garanzia contro i pregressi danni, non ancora riparati, commessi dallo schiavo: da questo punto di vista è più completo Varrone, quando attesta che, nel trasferimento degli schiavi, l'acquirente si fa garantire circa l'assenza di responsabilità per pregressi danni e furti; in ogni caso il secondo aspetto è una specie del primo, dunque si comprende come l'editto edilizio faccia riferimento, quale *genus*, soltanto alle *noxae*. La prassi contrattuale si può supporre ricalcata sull'obbligo editale di dichiarazione a carico dell'alienante (a parte l'impiego, all'ablativo, del singolare *noxa* nell'editto edilizio e del plurale *noxae* in Varrone [r.r. 2.10.5], irrilevante): lo fa comprendere il fatto che, nel settore parallelo degli animali, il cui editto edilizio non esige la dichiarazione circa l'esistenza di eventuali danni pregressi cagionati dall'animale non ancora riparati (v. oltre), la prassi contrattuale testimoniata ancora una volta nel *de re rustica*, con particolare riferimento a bovini, equini e suini (v. sopra § II), non richiede la garanzia circa la *solutio noxa* della *pecus* (al contrario di quanto accade per gli schiavi) bensì il *praestare noxis*,⁴⁵ senza che interessi qui approfondire la portata pratica della differenza.

In linea molto generale si può pertanto osservare come l'azione giudiziaria per la restituzione dello schiavo affetto da vizi fosse stata introdotta fra il 150 e il 50 a.C., ma è evidente come non ci si possa accontentare di una

⁴⁵ La quale lascia infatti perplessa parte della dottrina, che integra i formulari relativi alla garanzia convenzionale per i *pecudes* con il riferimento alla *solutio*, sì da avere *noxis solutas* (le scrofe) o *solutos* (i buoi) *praestari*: in tal senso, particolarmente, Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, I, c. 589.

determinazione temporale così generica. Si deve invece approssimare maggiormente l'arco cronologico durante il quale gli edili curuli sostituirono alla multa che essi, nella loro discrezionalità, infliggevano all'alienante infedele (la quale tuttavia restava a fronte di vizi palesati oralmente, ma non previamente dichiarati nel cartello) un'azione giudiziaria a favore dell'acquirente.

In primo luogo, va sottolineato come, trattandosi di un'azione magistratuale (*iudicium dabimus*) piuttosto che prevista dalla legge, l'azione in questione si celebrava nelle forme del nuovo processo privato fondato sull'*imperium* magistratuale.

Essa era perciò posteriore alla *lex Aebutia* perché qui si assume che fu possibile celebrare le liti fra cittadini romani secondo il rito magistratuale (diverso dalle *legis actiones*) solamente dopo che la *lex Aebutia* autorizzò la cosa, in alternativa allo svolgimento delle contese fra *cives* secondo il rito legale. Approfondire il punto —già peraltro acquisito al patrimonio degli studi, sebbene oggi in minoranza— è qui impossibile: si deve rinviare ad una ricerca, di imminente pubblicazione, relativa ai tre giuristi, che, secondo Pomponio (*l.s. ench. D. 1.2.2.39*), fondarono il *ius civile*, dove si discute il punto (v. sopra nt. 1). Parimenti in quella sede si vedrà come, delle varie datazioni proposte in letteratura circa la *lex Aebutia* —tutte comunque generalmente comprese fra il 150 e il 100—, quella del 118 risulti maggiormente attendibile, anche alla luce di recenti scoperte archeologiche.

Si può così scendere, in prima battuta, al 118, come termine *a quo*, e datare l'azione edilizia fra il 118 e il 45.

È tuttavia possibile essere più precisi, arrivando a datare l'introduzione dell'azione edilizia fra l'80 e il 70 (così come la prima ordinanza edilizia doveva come detto risalire fra il 180 e il 170, se non va postdatata di circa 50/70 anni).

Taluno potrebbe obiettare che l'azione per la restituzione dello schiavo deve essere posteriore al 67 perché nel manuale per la conduzione dell'impresa di allevamento del bestiame, ambientato in quell'anno, Varrone non ne fa alcun cenno. Il silenzio dei protagonisti del *de re rustica* non è tuttavia indicativo perché essi si occupano solamente dell'aspetto fisiologico delle contrattazioni e in particolare della prestazione di garanzia circa la salute dei capi di bestiame e dei pastori (cani e schiavi): il profilo patologico, di come l'acquirente possa cioè reagire, qualora lo schiavo non risulti sano, non è oggetto di trattazione nel *de re rustica*, se non per l'aspetto traslativo del bene (v. Varr. *r.r.* 2.2.6), che qui non interessa.

Importa piuttosto che, relativamente alla garanzia circa la salute degli schiavi, Varrone precisa che essa è solita prestarsi, non che essa si deve pre-

stare: in altri termini l'attestazione del Reatino conferma da un altro aspetto quanto già emerge dal testo edittale, vale a dire che mai gli edili imposero la prestazione di garanzie, la cui conclusione fu sempre rimessa all'autonomia privata. Quello che gli edili fecero — in un periodo posteriore all'introduzione (fra il 44 e l'opera di Labeone, come si vedrà) dell'*actio aestimatoria*, volta alla riduzione del prezzo — è concedere, entro due mesi dall'accordo di trasferimento, l'azione volta alla restituzione dello schiavo, entro sei quella per la riduzione del prezzo (ciò che fa per l'appunto datare tale rimedio posteriormente all'introduzione generale dell'*actio aestimatoria*, a situarlo forse alla fine dell'età augustea, o immediatamente dopo),⁴⁶ qualora l'alienante si rifiutasse di prestare le garanzie convenzionali relative alla sua salute, il che corre su un piano nettamente distinto.

Visto dunque perché il *de re rustica* di Varrone non provi nel senso dell'inesistenza dell'*actio redhibitoria* nel 67, va precisato perché la si ritiene qui introdotta dagli edili fra l'80 e il 70.

In proposito occorre richiamare il testo della formula, in quello che doveva essere per l'appunto il suo tenore originario:

Sia giudice Caio Aquilio. Se risulta che lo schiavo di cui si tratta, che Aulo Agerio ha acquistato da Numerio Negidio, aveva una malattia che Numerio Negidio non ha dichiarato in contrasto con l'editto dei tali edili, qualora, in conformità alla valutazione arbitrale del giudice Caio Aquilio, a Numerio Negidio sia restituito lo schiavo ma egli non restituisca la somma di denaro pagata per quello schiavo, il giudice Caio Aquilio condanni Numerio Negidio a pagare ad Aulo Agerio una somma di denaro pari al valore che avrà la cosa; se non risulta, lo assolva.⁴⁷

Evidente la natura *in factum* dell'azione, come infatti la dottrina riconosce pacificamente. Un'azione che si fonda sull'*imperium* degli edili curu-

⁴⁶ È poi una lettura congiunta di Gai. 1 *aed. cur.* D. 21.1.28 nonché Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.10, a suggerire che la *redhibitoria* e l'*aestimatoria* concesse dagli edili in caso di rifiuto, da parte dell'alienante, di garantire pattiziamente la qualità di quanto alienato, riguardassero testualmente gli schiavi, ma fossero state in seguito estese in via dottrinale agli *iumenta* (almeno la *redhibitoria* perché dell'*aestimatoria* semestrale, qualora l'alienante non avesse voluto garantire le qualità degli *iumenta*, Ulpiano, per vero, non parla).

⁴⁷ C. *Aquilius iudex esto. Si paret homini quo de agitur quem A. Agerius de N. Negidio emit morbi quid fuisse quod N. Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit, tum si arbitratu C. Aquilii iudicis is homo N. Negidio redhibebitur et quanta pecunia pro eo homine soluta non reddetur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.* La formula, con gli adattamenti onde ricondurla al presumibile tenore originario, è tratta da Mantovani, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Como, New Press, 1992, p. 100 s. Rimane il dubbio circa la condanna, al *duplum* (come nel testo) o al *duplum* (come forse doveva piuttosto essere), di cui si dirà oltre.

li.⁴⁸ Azione *in factum* era altresì quella a tutela del comodato (prima che venisse riconosciuta anche un'azione *in ius* di buona fede, che qui non rileva): ebbene è decisivo il fatto che, in un caso che integrava sicuramente il prestituto di un cavallo (dunque un comodato), il giurista Quinto Mucio (morto nell'82 a.C.) qualificava l'uso del bene prestato fuori dai limiti pattuiti come un furto (v. Gell. *N.A.* 6.15). Quinto Mucio reprimeva pertanto l'abuso con l'*actio furti* piuttosto che l'*actio commodati*, che egli mostra più in generale di ignorare,⁴⁹ alla stregua del resto di qualsiasi azione *in factum*.⁵⁰

Ciò permette di concludere che le azioni *in factum*, quelle basate cioè sulla totale discrezionalità del magistrato, senza un modello legislativo cui rifarsi (seppure con gli opportuni adattamenti, come nelle *actiones ficticiae* e *utiles*), nacquero dopo la pubblicazione, intorno all'86, del trattato civilistico muciano, dove esse non trovano spazio. Si supponga pure che esse ebbero origine subito dopo la restaurazione sillana dell'81, che aveva comunque comportato un certo appianamento delle tensioni sociali, favorevole ad una più serena esplicazione dell'attività giurisdizionale da parte del pretore. Si noti che individuare questo periodo —gli anni 70 del I sec. a.C.—, come decennio in cui i magistrati introdussero le azioni *in factum*, spiega bene il significato —altrimenti oscuro— della *lex Cornelia de edictis* del 67: quella legge impose infatti ai pretori di *dicere ius*, d'ora in avanti, *ex edictis suis*; il che implica che la disposizione impose ai pretori di prevedere e pubblicare, in via generale e astratta, i mezzi di tutela che essi avrebbero concesso, proprio per evitare che la totale discrezionalità che presiedeva alla concessione di *actiones in factum* si tramutasse in *arbitrium*. In altri termini il legislatore intendeva eliminare la situazione in atto, quella per cui i pretori accordavano tutela giudiziaria, sulla base dei fatti esposti dall'attore, per così dire *una tantum*, con valenza cioè singola e concreta, senza generalizzare la concessione dell'azione tramite la sua inserzione nell'editto. Tutte le volte in cui volessero invece accordare un'*actio in factum* i pretori dovevano, ai sensi della *lex Cornelia*, inserirla nel loro editto, dunque farla nota per iscritto e così generalizzarla, rendendola valevole per tutti gli identici casi che si fossero verificati in futuro (almeno durante il loro anno di carica): appunto a ciò sarebbe stata

⁴⁸ Il quale —al di là dei notori dubbi di una parte della dottrina— va loro riconosciuto, in quanto è ciò che gli consente di *reddere ius* in ambito urbano. La *iurisdictio* senza *imperium* è propria solamente dei magistrati romani locali.

⁴⁹ Come rende chiaro un'interpretazione complessiva dei frammenti in tema, per la quale sia permesso rimandare allo studio annunciato sopra nt. 1.

⁵⁰ E v. infatti, sinotticamente, il contenuto tradito dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio nella palinogenesi di Stolfi, Emanuele (*et alii*), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, "L'Erma" di Bretschneider, *Scriptores iuris Romani* (dir. Schiavone, Aldo), 1, 2018, pp. 120-159.

preordinata la clausola edittale, quella cioè che prometteva tutela relativamente alle *actiones in factum*. Non importava che essa fosse prevista nell'editto pubblicato all'entrata in servizio del magistrato giudicante, potendo risultare anche da un'integrazione di quest'ultimo in corso di carica, ma appunto la concessione dell'*actio in factum* non poteva rimanere confinata al caso singolo e concreto perché ciò rischiava di compromettere la certezza del diritto, rendendo la sua applicazione giudiziaria arbitraria e imprevedibile.⁵¹

Si può peraltro supporre, con qualche fondamento, che gli edili curuli si fossero ispirati all'esempio dato dai pretori urbani e dunque che la loro concessione di tutela giudiziaria volta alla restituzione dello schiavo non sia da situare immediatamente a ridosso dell'80, quanto piuttosto più vicino al 70, si dica pure, per comodità, intorno al 75.

L'azione giudiziaria è tuttavia concessa, nell'editto, anche per qualità dello schiavo, assicurate o promesse formalmente, e poi rivelatesi inesistenti. Nel testo edittale *dicta* o *promissa*, dove il primo termine secondo Ulpiano (1 *aed. cur.* D. 21.1.19.2) allude ad un'assicurazione informale (fondamentalmente assunta in sede dell'aformale compravendita), mentre, nell'intenzione degli edili, si riferiva piuttosto alle dichiarazioni solenni, all'atto della *mancipatio* dello schiavo, del *mancipio dans* (le quali ben potevano inserirsi nell'ambito dell'amplissima libertà negoziale riconosciuta da Tab. 6.1 ai contraenti della *mancipatio*): i *promissa* sono evidentemente le qualità fatte oggetto di apposita promessa verbale.

Sul punto occorre bene intendersi: i *dicta* o i *promissa* non sono, al contrario di quanto spesso si ritiene,⁵² qualità positive dello schiavo, diverse dall'assenza, in negativo, dei *morbi* e *vitia* da dichiarare in forza del comando edilizio. Labeone (come citato in Pomp. 17 *epist.* D. 21.1.64), proprio per il periodo d'origine qui rilevante, mostra che la promessa formale circa le qualità dello schiavo coincide totalmente con la garanzia relativa alla sua

⁵¹ Per quanto concerne la *denegatio actionis* si dovrebbe invece stimare che restasse decisiva la considerazione volta per volta, senza che essa —deliberata per un caso concreto— dovesse essere generalizzata tramite la pubblicazione, depurata dai riferimenti singoli e concreti, nell'editto. Il che, lo si vedrà subito, potrebbe spiegare perché non sia attestato nell'editto *de mancipiis* il termine semestrale di decadenza dell'azione (negata dal pretore in caso di scadenza del termine).

⁵² Per tutti, da parte della Donadio, 2007, pp. 489-494, part. p. 493 nonché Donadio, 2010, pp. 1-150, part. p. 74 s., p. 119 s. Gli scritti dell'autrice (in bibliografia si sono citati quelli maggiormente rilevanti per il problema in esame, ma in quello più recente, del 2010, sono ricordati i lavori che la studiosa ha accumulato a partire dal 2004 in merito alla tutela dell'acquirente) rappresentano la discussione complessiva più aggiornata, nella dottrina romanistica, sulle azioni a disposizione dell'acquirente, ma, inverso, essi non brillano per particolare chiarezza e padronanza della materia.

salute di cui parlano Varrone e soprattutto i formulari da lui direttamente citati (seppure, questi ultimi, concernenti gli animali), vale a dire con le garanzie convenzionalmente prestate dall'alienante (garanzia del *sanum esse* dello schiavo —afferma il giurista augusteo, in perfetta corrispondenza con Varr. *r.r.* 2.10.5—, la quale fa scattare, in caso contrario, la responsabilità *adversum dictum promissum*): la garanzia pattizia di salute è la faccia, in positivo, della medaglia, di cui l'assenza di malattia è l'altro lato, quello negativo. Che i *dicta promissave* già operassero convenzionalmente è poi fatto esplicito dal riferimento del testo edittale al fatto che essi avessero creato un *praestari oportere*, dunque un'obbligazione civilistica (in specie di garanzia, quale responsabilità per un fatto altrui, qui rappresentato dalle asserite qualità dello schiavo alienato, secondo la genesi dell'obbligazione di *praestari* di cui si avrà modo di dire nella ricerca già richiamata sopra nt. 1).

L'azione redibitoria fu dunque estesa d'imperio al campo delle garanzie pattizie:⁵³ l'obiettivo pratico a cui miravano gli edili era quello di consentire la restituzione delle prestazioni —e così di fatto lo scioglimento del contratto— anche qualora vi fossero garanzie convenzionali (l'inadempimento delle quali esponeva, in base alla *sponsio*, al risarcimento del danno, ma senza comportare alcun diritto alla restituzione dello schiavo e al rimborso del corrispettivo versato: v. oltre § III.IV): ciò ovviamente mediante un cumulo dei due rimedi (v. ancora oltre § III.IV).⁵⁴

In altri termini ciò lascia intendere che anche la protezione giurisdizionale (così come la precedente multa edilizia agli alienanti) fu originariamente approntata per i casi in cui mancassero le garanzie convenzionali. Poiché però la responsabilità edilizia per i *morbi* e *vitia* non dichiarati aveva un campo applicativo sostanzialmente identico alla garanzia pattizia circa

⁵³ Analogamente Arangio-Ruiz, 1954, p. 366 s.: "...gli edili hanno rivestito di nuova e più efficace protezione situazioni che erano già altrimenti protette". Qui si ritiene che esse fossero quelle delle garanzie verbali *a latere* del negozio traslativo, mentre, se non formalizzate (a margine di un'afornale compravendita), la tutela convenzionale non sussisteva, al contrario di quanto ritiene l'autore, se si accede all'interpretazione dei brani di Cicerone di cui si è sopra detto (e v., analogamente a quanto qui asserito, la letteratura citata da Arangio-Ruiz, 1954, p. 366 nt. 2). Per vero non doveva sussistere nemmeno la protezione edilizia, in forza dei *dicta promissave*, se i primi erano intesi dai magistrati come le dichiarazioni solenni fatte dal mancipante nella *mancipatio* dello schiavo, secondo quanto detto appena sopra nel testo. Appunto ciò non fa cadere in contraddizione con il requisito edilizio medesimo, che la situazione avesse cioè già dato luogo ad un'obbligazione civilistica: gli edili pensavano infatti alle obbligazioni assunte dal *mancipio dans* nella *mancipatio* dello schiavo.

⁵⁴ E si può subito osservare — ma v. più ampiamente oltre § III.IV— la confusione in cui incorre la Donadio, 2010, pp. 84-149, la quale non tiene conto che le garanzie contrattuali erano costantemente assunte con solenne forma verbale.

la *sanitas* del *mancipium* —evidente, infatti, che assicurare che uno schiavo era sano equivaleva a dichiarare che non era affetto da malattie (e nemmeno da *vitia*)— si pose presto il problema se alla tutela pattizia si potesse affiancare o meno quella edilizia: i magistrati risposero positivamente, con l’editto in questione; delle modalità del concorso, che ne scaturivano, si dirà più in dettaglio oltre § III.IV.

La previsione, nell’editto giurisdizionale sui *mancipia*, della tutela per i *dicta promissave* è dunque ragionevolmente posteriore, piuttosto che coeva, alla concessione dell’azione redibitoria per la mancata dichiarazione dei vizi.⁵⁵ La posteriorità è implicitamente confermata dal *de officiis* di Cicerone, dove l’Arpinate non menziona la responsabilità edilizia per i *dicta promissave*, in un contesto in cui sarebbe stato invece naturale ricordarla. Da ciò è quanto meno plausibile concludere che l’estensione dell’*actio redhibitoria* alla mancanza di qualità promesse fosse stata successiva al 44, situandosi probabilmente agli esordi dell’età augustea.⁵⁶ Detta responsabilità non è per inciso prevista nell’editto concernente gli *umenta* di cui subito si dice, ma l’applicazione ad esso in via analogica è postulata da Ulpiano (2 *aed. cur.* D. 21.1.38.10), senz’altro sulla scorta di un consolidato indirizzo, che anche in tal caso doveva essere stato inaugurato da Labeone.⁵⁷

Questo è il processo genetico della tutela legale dell’acquirente (di schiavi) nel diritto romano: infatti le previsioni dell’editto posteriori alla concessione dell’azione sono evidentemente fattispecie aggiunte in un secondo momento, che si susseguono anzi in ordine cronologico discendente. Esse si potranno situare tutte nella prima età imperiale —come detto fino a Celio Sabino, intorno al 70—, si dica pure nell’età giulio-claudia.⁵⁸

⁵⁵ L’inserzione in un secondo momento della tutela per i *dicta promissave* rispetto all’introduzione dell’azione redibitoria è un dato sostanzialmente acquisito nella produzione scientifica: bastino, per tutti, Impallomeni, 1955, *passim*, part. p. 26, p. 100, p. 105 nonché Donadio, 2007, p. 489.

⁵⁶ Preferisce non dare specificazioni temporali Impallomeni, 1955, p. 26, p. 100 (soltanto “relativamente tardi”). *Idem* la Donadio, 2007, p. 489 (“da tempo” prima che ne occupasse Labeone), che muta però opportunamente avviso in Donadio, 2010, p. 5 nt. 9 (“poco prima di Labeone”).

⁵⁷ Dalla “giurisprudenza classica”, troppo genericamente, secondo Impallomeni, 1996, p. 76. *Idem* per la Donadio, 2010, p. 1 nt. 1 (“i giuristi classici”).

⁵⁸ Affatto diverso il pensiero della Donadio, 2010, p. 39 e nt. 45. Pur non attardandosi su problemi d’origine, l’autrice ritiene che il nucleo essenziale della tutela edilizia, invece che situarsi in epoca augustea come qui sostenuto, sia anteriore e risalga alla metà del I sec. a.C. La studiosa si rifà alle prime citazioni di opinioni sul punto, di Servio Sulpicio, Trebazio Testa e Aufo Ofilio (ella non cita Catone, ma probabilmente perché si concentra per l’appunto sulla metà del I sec. a.C.: il testo del Censore è ricordato in Donadio, 2007, p. 461 nt. 8), le quali confermano tuttavia lo sviluppo storico qui tracciato, che data l’editto giurisdizionale

E tuttavia la protezione d'ufficio, grazie agli edili, non si arresta qui, dal momento che si è riportato altresì il testo dell'editto relativo ai *iumenta*.

Rispetto all'editto giurisdizionale sugli schiavi quello sui *iumenta* contiene notevoli novità.

Esse consistono nel porre un termine di decadenza all'azione e nel contemplare un nuovo tipo di azione, anch'essa soggetta a decadenza temporale.

Si può qui tralasciare la tutela per il caso in cui il *iumentum* sia consegnato senza i paramenti con cui era stato posto in vendita (il che legittima alla restituzione dello stesso entro due mesi), fattispecie concettualmente meno interessante (seppure prevista *ab origine* dagli edili, segno che la scorrettezza avveniva con una certa frequenza): allo stesso modo per l'ipotesi particolare della cessione di una coppia di giumenti, di cui uno si rivela viziato, il che legittima alla restituzione di entrambi; tale fattispecie, posta in chiusura dell'editto, ha infatti tutta l'aria di essere stata aggiunta successivamente dagli edili.

La tutela scatta qualora i *iumenta* presentino *morbi* e *vitia*, che non siano stati dichiarati dall'alienante all'atto del trasferimento, come invece avrebbe avuto l'obbligo di fare. Esclusa ovviamente la rilevanza della tendenza alla fuga o al girovagare, per gli edili non rileva la mancata dichiarazione di danni pregressi causati dall'animale e non ancora riparati, al contrario che per gli schiavi.

Confrontando la tutela legale approntata dagli edili —dei cui termini si dirà subito— con quella convenzionale in uso nel 67, come tramanda-

sugli schiavi intorno al 75 (con l'estensione della tutela pubblica alle garanzie convenzionali fra Cicerone e Labeone) e quello sui *iumenta*, come subito si vedrà, sempre fra Cicerone e Labeone, si dica pure, come per i *dicta promissave*, agli esordi dell'età augustea (con successiva estensione al trasferimento di schiavi del termine dell'azione redibitoria e dell'azione *quanti minoris* «tout court» prevista per i *iumenta* nonché della tutela magistratuale delle garanzie pattizie relative agli schiavi ai *iumenta*, innescata dal commento all'editto edilizio di Labeone): Servio e Trebazio alludono a vizi dello schiavo, dunque *nulla quaestio*; Ofilio (come citato da Ulp. 1 *aed. cur. D.* 21.1.8, 10pr., 17pr. e Ulp. 2 *aed. cur. D.* 21.1.38.7: fonte è la monografia di Celio Sabino, come *per tabulas* nell'ultimo brano) anche a quelli del cavallo, ma ciò non crea problemi particolari, perché il giurista tardo repubblicano ben poteva riferirsi ad infrazioni delle abituali garanzie pattizie, testimoniate nello stesso periodo nel *de re rustica* di Varrone (peraltro se lo scritto in merito di Ofilio andasse collocato negli anni 30, come ben possibile, esso potrebbe parimenti riferirsi al neo nato editto giurisdizionale). Non si dimentichi che Trebazio ed Ofilio sono al loro apice dopo il 50 (Servio già qualche anno prima, ma ciò non sposta la sostanza delle cose): il fatto in altri termini decisivo è che nessuna presa di posizione di Quinto Mucio in merito è stata testimoniata. Certo, ciò può dipendere dalla selezione giustiniana, ma i commissari escerpirono materiale abbondante relativo alle azioni edilizie e la stessa sopravvivenza di un brano importante come Gell. *N.A.* 4.2, tratto dalla monografia di Celio Sabino, senza alcuna citazione ivi di Quinto Mucio, conferma quanto qui prospettato.

ta dai formulari direttamente o indirettamente riportati da Varrone, per gli equini si può osservare (assente la menzione di un formulario diretto) come si attesti l'abitudine (non l'obbligo, a conferma di quanto detto sopra circa l'assenza di una tale imposizione da parte degli edili) di garantire, da parte dell'alienante, la loro salute e che si risponderà per i loro danni (*noxis praestari*). Relativamente ai bovini, si distingue a seconda se siano addomesticati o meno: qualora siano selvaggi alla consueta garanzia di salute e all'assunzione di responsabilità per i danni da essi causati (*noxis praestari*) si aggiunge l'assicurazione della provenienza del capo da una mandria sana. I macellai preferiscono, nell'acquisto del bovino, seguire i formulari di Manilio piuttosto che la raccolta più recente (risalente agli anni 70 del I secolo) adottata invece dagli allevatori: tali formulari di garanzia relativi ai bovini sono un po' più lunghi di quelli più nuovi, ma nel caso particolare —di un certo rilievo pratico— dell'acquisto del bovino a fini cultuali non accede alcuna stipulazione di garanzia, in quanto il capo è destinato alla macellazione rituale. Infine, relativamente a ovini, caprini, suini e cani, gli acquirenti chiedevano la garanzia per evizione (che qui non interessa e di cui Varrone omette la menzione riguardo ai cani guardiani, probabilmente per una mera dimenticanza), con queste peculiarità: nel formulario più antico (ancora in uso per l'acquisto degli ovini) e in quello di Manilio (che si impiegava nell'acquisto delle capre) si indicavano difetti tipici la cui presenza escludere, mentre in quello più recente si faceva una generica assicurazione circa la salute dell'animale acquistato (tanto che alcuni aggiungevano difetti tipici di cui assicurare l'esenzione o, meglio, l'assolvimento); costante la richiesta di assicurazioni circa la salute del gregge o della mandria da cui il capo proveniva (non rilevante per i cani, salvo forse che il quadrupede non facesse parte di un branco). L'assunzione di responsabilità per i danni cagionati dalla *pecus* (*noxis praestari*) ricorreva soltanto nel formulario più recente degli anni 70 del I secolo, essendo ignota nel III secolo e ancora sconosciuta a Manilio, quale deroga al principio del *noxae caput sequitur*: essa derivava dall'innovativa opinione espressa da Publio Mucio in occasione del perimento della dote della nipote Licinia, come si avrà modo di verificare nella ricerca menzionata sopra nt. 1. Riguardo tuttavia alla richiesta di garanzie circa la salute dei caprini Varrone attesta che la prassi è orientata in deroga rispetto a quanto altrimenti abituale perché nessuna persona sana di mente garantisce la salute delle capre, costantemente febbricitanti (hanno infatti un'alta temperatura corporea, di circa 39/40 gradi). Al riguardo cita (appunto perché d'uso comune nella prassi?) il formulario di garanzia relativo alle capre steso da Manilio, il quale fa un generico riferimento alla loro

salute nel momento in cui avviene la loro consegna (*hodie*), che si sostanzia in un più dettagliato riferimento alla loro capacità di abbeverarsi. Questa precisazione temporale è da collegare all'abituale assenza di garanzia circa la salute dei caprini appena attestata da Varrone e consente di comprendere l'atteggiarsi fondamentale della tutela dell'acquirenti per i vizi materiali del bene acquistato nel diritto romano: l'acquirente risponde infatti dei difetti manifestati successivamente, che, onde assurgere al grado di rilevanza, si considerano già esistenti al momento della consegna e noti all'alienante e, proprio per questo, dovranno in seguito manifestarsi entro un termine perentorio (sei mesi o al massimo un anno dall'accordo di trasferimento). Poiché invece nessuna persona accorta si farebbe garante della salute delle capre, in quanto esse si manifesterebbero subito febbricitanti, l'alienante si limita ad assicurare il loro buono stato al momento della loro *traditio* (*hodie*), dimostrato dalla capacità di abbeverarsi, in modo che l'acquirente non possa lamentare successive infiammazioni delle capre, ma soltanto vizi che si potessero ritenere preesistenti alla cessione (si pensi alla sordità), in quanto non fossero riconoscibili.

Varrone si concentra come detto sul profilo fisiologico, ragione per cui il fatto che egli non citi la tutela edilizia, qualora il capo si rivelasse non sano, è anodino.

Rileva piuttosto, onde datare l'introduzione delle due azioni edilizie di cui subito si dirà, il fatto che nel *de officiis* Cicerone non ve ne faccia alcun cenno, anche in questo caso in un contesto —il discorso circa la liceità o quanto meno la moralità di certe reticenze nel condurre gli affari quotidiani— in cui se il *ius civile* avesse imposto qualcosa, pena sanzioni per l'alienante, l'Arpinate sarebbe stato naturalmente portato a precisarlo (e il commercio di *iumenta* era comunque diffusissimo all'epoca, sicché non lo si poteva relegare ai margini).

È pertanto plausibile datare questo editto dopo il 44 a.C. e immaginarne la pubblicazione prima dell'intensa attività esegetica di Labeone sull'editto edilizio,⁵⁹ che diede al giurista augusteo l'ennesima occasione per esercitare la sua famigerata estrosità.

Infatti quanto concessero gli edili in presenza di *morbi* e *vitia* degli *iumenta* non dichiarati era un'azione per la loro restituzione entro sei mesi (che

⁵⁹ Così, per tutti, Impallomeni 1955, p. 106 s. (“posteriormente a Cicerone ed anteriormente o contemporaneamente a Labeone”). *Contra*, ancora una volta a titolo esemplificativo, Parlamento, 2003, p. 4, secondo la quale anche l'editto sui *iumenta* era già stato pubblicato ai tempi di Cicerone, anzi già nell'anno di ambientazione del *de re rustica* (Parlamento, 2003, p. 5, la quale fa tuttavia salva l'alternativa possibilità che l'editto sui *iumenta* non fosse stato ancora diffuso nel 67).

secondo Ulpiano —1 *aed. cur.* D. 21.1.19.6— decorre dal contratto o dalla promessa della determinata qualità, poi rivelatasi insussistente: forse però il giurista severiano intendeva alludere alla loro effettiva consegna, qualora questa fosse differita rispetto all'accordo di trasferimento).⁶⁰

Ma, oltre al termine di decadenza dell'azione, gli edili introdussero una nuova azione, limitata alla riduzione del corrispettivo versato per l'acquisto, e soggetta al termine di decadenza annuale (azione *aestimatoria* e *quanto/ quanti minoris*), che faceva salvo per il resto il funzionamento del contratto.

Quanto fece Labeone fu proporre di estendere sia la nuova azione (con relativo termine di decadenza) sia il termine semestrale per l'azione *redhibitoria* all'editto concernente gli schiavi: per quanto concerne l'estensione dell'*actio quanti minoris* ai *mancipia*,⁶¹ la proposta di Labeone (v. Paul. 11 *Sab.* D. 21.1.47pr., dove si menziona un'opinione —la prima, in ordine cronologico, ad essere stata trasmessa— di Labeone relativa all'*actio aestimatoria* concernente gli schiavi) dovette trovare un riconoscimento ufficiale, se è vero che la concessione dell'*actio in factum* doveva essere preceduta da una clausola editale, generale e astratta (clausola che doveva essere posta in calce all'editto sui *mancipia*, ma che Ulpiano non riporta nel suo commento all'editto edilizio, con una lacuna che rappresenta una croce irrisolta);⁶² per quel che riguarda invece l'estensione del termine semestrale di decadenza dell'*actio redhibitoria* —originariamente prevista per i *iumenta*— agli schiavi mancano riferimenti a Labeone, ma lo svolgimento storico della tutela edilizia, globalmente considerato, porta a ravvisare nel giurista augusteo l'autore dell'innovazione, che Ulpiano (1 *aed. cur.* D. 21.1.19.6) mostra di dare per acquisita, anche in tal caso, ad avviso della dottrina dominante, perché prevista nell'editto,⁶³ originariamente oppure a seguito di integrazione dello

⁶⁰ Il punto è naturalmente discusso e, anzi, si tende per lo più a negare la possibilità di spostare il *dies a quo* ravvisata nel testo: v. Impallomeni, 1955, p. 227 e nt. 1.

⁶¹ Vi è chi ha ritenuto che la *quanto minoris* fosse stata sì estesa in via dottrinale agli schiavi, ma che, sull'esempio della prassi, ispirata dai giuristi, gli edili ne abbiano poi dato sanzione ufficiale soltanto nell'ordinanza relativa ai *iumenta*: tesi dubbia (e v. le giuste perplessità in merito di Arangio-Ruiz, 1954, p. 391).

⁶² La dottrina ritiene abitualmente posteriore l'*actio aestimatoria* per i *mancipia* rispetto a quella sui *iumenta*. Si veda la discussione in Impallomeni, 1955, pp. 194-201, il quale stima invece l'*aestimatoria* introdotta prima nell'editto sugli schiavi (forse anche in epoca ciceroniana) e poi in quello, posteriore, sui *mancipia*. Ampia trattazione anche in Arangio-Ruiz, 1954, pp. 380-392, il quale conclude a favore dell'inserzione dell'azione nell'editto sui *mancipia* (tratta da quello, posteriore, sui *iumenta*), per qualche oscuro motivo assente nella versione che, tramite Ulpiano, ne tramanda il Digesto.

⁶³ Così, per tutti, Arangio-Ruiz, 1954, p. 363, il quale pensa ad un'omissione da parte del copista del termine semestrale, che sarebbe comparso nel testo appena prima di *iudicium dabimus* (quindi nella sua stessa fattura originaria?).

stesso dopo la pubblicazione di quello concernente i *iumenta* (l'assenza di riferimenti alla scadenza semestrale dell'azione redibitoria nell'editto *de mancipiis* potrebbe invece spiegarsi supponendo che la recezione della dottrina del giurista augusteo avvenisse nella prassi processuale tramite la *denegatio actionis*, qualora *in iure, causa cognita*, si accertasse che erano già trascorsi sei mesi dalla *mancipatio* dello schiavo).

Come ultimo aspetto della tutela legale — nella sua fase genetica — qui rilevante, si può richiamare l'azione introdotta per tempo (in età augustea? già prima?) dagli edili relativamente ad un caso che dovette subito appalesarsi come non raro: quello cioè in cui l'alienante riprendesse lo schiavo o il *iumentum* alienato, a fronte delle rimostranze dell'acquirente a causa dei difetti manifestati dal bene, ma poi si rifiutasse di restituire il corrispettivo per la cessione; in tal caso gli edili accordano un'azione, naturalmente *in factum*,⁶⁴ per il recupero del corrispettivo, che Ulpiano (l'unica fonte al riguardo) riferisce unicamente agli schiavi (1 *aed. cur. D. 21.1.31.17-19*), ma che ben poteva essere stata compresa anche nell'editto sui *iumenta*, senza che ne sia rimasta traccia.

2. Individuazione dei beni originariamente rilevanti

Il testo edittale comprende gli schiavi e gli *iumenta*: queste sono le categorie di beni, animati, che gli edili prendono in considerazione, senz'altro per il loro maggiore valore economico rispetto agli altri beni (derrate alimentari, *in primis*) venduti abitualmente nei mercati il cui andamento essi erano chiamati a sorvegliare.

Per quanto concerne l'esatta identificazione degli *iumenta*, provvidero con una postilla all'editto (*elogium*) gli stessi edili a precisarne il campo semantico, a fronte di dubbi sorti nella prassi, concernenti soprattutto l'aspetto se fra gli *iumenta*, oltre ovviamente gli equini (a cui il sostantivo direttamente si riferisce), fossero compresi o meno i bovini. Gli edili risposero positivamente al dubbio,⁶⁵ precisando in generale come nell'editto dovesse ritenersi compresi tutti i *pecudes*, ogni *pecus* (v. Ulp. 2 *aed. cur. D. 21.1.38.4-6*). Ebbene il confronto con il sostanzialmente coevo manuale di Varrone sull'agricoltura, qui nella parte (libro II) relativa alla conduzione dell'impresa di allevamento del bestiame, è illuminante e permette di capire perché gli

⁶⁴ “Non temporanea ma perpetua”: Arangio-Ruiz, 1954, p. 368.

⁶⁵ Forse dopo che Sabino pubblicò il suo mirabile compendio civilistico, nel quale annoverava i buoi più fra gli armenti che fra i giovenchi (v. Pomp. 6 *Sab. D. 50.16.89pr.*)?

edili compresero nell'editto ogni *pecus*, data l'importanza del loro mercato. Il Reatino chiarisce infatti quali capi di bestiame rientrano nel concetto di *pecus*, dividendo quest'ultimo fra *maius* e *minus pecus* (r.r. 2.1.12): i *pecudes maiores* sono i bovini e, fra gli equini, i cavalli e gli asini, tutte *res Mancipi*; i *pecudes minores* sono gli ovini, i caprini e i suini, *res nec Mancipi*. Nell'economia del discorso di Varrone i muli, in quanto privi della capacità riproduttiva, sono annoverati fra gli ausiliari, insieme ai cani guardiani e agli schiavi pastori, ma non dovrebbero nutrirsi dubbi sul fatto che, nella prospettiva edilizia, essi fossero compresi ab origine fra i *pecudes*, in qualità di equini.⁶⁶

A scompaginare le cose interviene poi quanto Ulpiano afferma nell'*incipit* del suo commento all'editto curule (qui D. 21.1.1pr.), vale a dire che Labeone scriveva che l'editto edilizio dovesse applicarsi a ogni categoria di beni, immobili, mobili, *res animatae*, anche se vendute — è implicito — al di fuori di un mercato. Una simile affermazione — che estende a dismisura la portata dell'editto edilizio — ha naturalmente fatto sospettare circa la sua genuinità, ritenendola molti di fattura giustiniana⁶⁷ (rispetto ad una minore estensione professata da Labeone, se non addirittura alla semplice presa d'atto, da parte del giurista augusteo, che l'editto riguardava schiavi e *iumenta* [magari con precisazioni circa la portata semantica del termine, recepite poi dagli edili con la postilla all'editto]).

Va però detto che una simile estensione rientra nelle caratteristiche della spregiudicata e innovativa dottrina giuridica professata da Labeone,⁶⁸

⁶⁶ Qualche perplessità può semmai destarla la categoria dei cani guardiani, abituale oggetto di mercato per la loro importante funzione nella pastorizia (lo mostra sempre Varrone, in r.r. 2.9). Erano anch'essi compresi fra i *pecudes* oggetto della tutela edilizia?

⁶⁷ V. tutti i riferimenti in Parlamento, 2003, p. 1 s.

⁶⁸ Per la genuinità è schierata altresì la Parlamento, 2003, *passim*, part. p. 2 s., sulla base però di un'interpretazione più complicata e contraria alla lettera di D. 21.1.1pr. (infatti sarebbe avvenuta sul punto una modifica del testo che riportava il pensiero del giurista augusteo): secondo l'autrice (a proposito del suo pensiero v. anche Donadio, 2010, p. 12 nt. 13), infatti, Labeone, come dimostrerebbe un passo dell'*ad edictum* di Ulpiano (32 ed. D. 19.1.11.3), non avrebbe sostenuto l'estensione dell'editto a ogni categoria di beni, bensì avrebbe affermato che l'azione di compravendita era idonea ad assicurare i fini restitutori propri dell'*actio redhibitoria*: "...non ...un'applicazione estensiva della redibitoria, ma" un'"estensione della *redhibitio* all'*actio empti* di buona fede ...la *redhibitio* —tramite l'*actio empti*— trovava applicazione anche per vendite aventi un oggetto diverso da quello contemplato dalle disposizioni degli edili curuli" (va ribadita, ancora una volta, la necessità, mai sufficientemente avvertita, di rifarsi ad Occam e alla sua massima aurea degli *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*: che poi la perniciosa *cupido rerum novarum* di Labeone potesse portarlo a sostenere altresì che l'azione contrattuale della compravendita era idonea — come? risposte banali, che non superano l'assenza della clausola arbitrale nell'*actio empti*, in Parlamento 2003, pp. 24-27 — ad assicurare la *redhibitio*, in alternativa all'azione edilizia, è altro conto).

noto per la pluralità di innovazioni che egli introdusse a causa della smisurata fiducia nel suo ingegno e in ossequio alla libertà interpretativa che egli convintamente sosteneva, anche e soprattutto per ragioni politiche (come ricorda Pomponio nella sua storia della giurisprudenza romana, qui per la parte riportata in D. 1.2.2.47).

La dottrina di Labeone è recepita da Ulpiano (che la conosceva tramite Celio Sabino, forse molto più scettico sulla stessa), come mostra la successiva dichiarazione —sempre nel commento all'editto edilizio— che l'editto edilizio non concerne solamente la vendita degli schiavi, ma anche degli altri beni (*ceterae res*; Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.63). Affermazione che si sostanzia, in un'altra opera del giurista di Tiro (le pur di incerta genuinità *disputationes*), nell'esemplificazione dell'immobile affetto da vizi materiali (*fundus pestilens*, quale è quello pieno di erba gramigna: v. Diocl. et Max. C. 4.58.4.1), idoneo per ciò alla redibizione (Ulp. 8 *disp.* D. 21.1.49: v. anche sopra § I).

Scorrendo però i frammenti giurisprudenziali concernenti le azioni edilizie si osserva il loro costante riferimento ai *mancipia* oppure a tipi di animali compresi nei *pecudes* (*pecudes* ai quali dovrebbe peraltro alludere Pomponio, nel menzionare l'*omnis animalis* [Pomp. 23 *Sab.* D. 21.1.48.6]).

Anche nei casi in cui si fa un generico riferimento alle *res* niente impone di postularne una valenza generale piuttosto che ristretta a schiavi e *iumenta*: emblematico in tal senso Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.33.1, dove lo schiavo che accede alla *res redhibita* —e anch'egli, pertanto, da restituire— può ben essere il figlio della schiava affetta da vizi.

L'impressione, perciò, è che la spregiudicata dottrina di Labeone non avesse trovato recezione nella prassi classica, la quale restava agganciata ad un'interpretazione letterale dell'editto, tale per cui i rimedi edilizi erano tipici ed esclusivi degli schiavi e degli *iumenta* (anche se alienati fuori da mercati): soltanto in epoca tarda —dal III secolo in avanti—, anche e soprattutto a causa del trasferimento della giurisdizione alle autorità giudicanti nel processo imperale (con conseguente esautorazione della giurisdizione degli edili curuli), queste ultime avrebbero potuto applicare i rimedi edilizi alla vendita di qualsiasi bene.

Proprio il riferimento all'aspetto della competenza giurisdizionale consente di dire della giurisdizione edilizia su *mancipia* e *iumenta* venduti privatamente, fuori dai mercati pubblici, ragionevolmente escluso che nel periodo aureo del processo formulare (I sec. a.C. – II sec. d.C.) si ponesse il problema dell'autorità (pretore o edili curuli) chiamata a *reddere ius* sulle azioni edilizie, quando esse concernessero beni diversi dagli schiavi e dai *pecudes* (proprio perché, come detto, l'innovativa dottrina di Labeone, vol-

te ad estenderle a qualsiasi bene, non doveva avere trovato accoglimento nella prassi).

La critica è giustamente orientata nel senso che competesse solamente agli edili applicare il loro editto, come mostra il fatto che la dichiarazione orale dei vizi dei *mancipia*, in luogo di quella scritta nei cartelli precedentemente prevista, marca proprio la distinzione fra le contrattazioni al mercato e quelle per così dire private, nelle quali non avrebbe avuto senso apporre sulle spalle del malcapitato l'umiliante cartello.⁶⁹

Altro conto, infine, che la garanzia convenzionale circa la qualità dei beni scambiati potesse riguardare qualsiasi tipo di bene. In assenza di quest'ultima, la tutela dell'acquirente per i difetti materiali del bene acquistato —diverso da *mancipia* e *iumenta*— dipendeva unicamente dal fatto che il trasferimento consistesse in un'informale compravendita (v. oltre § III.III s.): ma anche in quest'ultimo caso la *bona fides* che dominava il rapporto ebbe una più ampia portata solamente in età imperiale, atteso che in epoca tardo repubblicana, come visto sopra sulla scorta della qualificata testimonianza del contemporaneo Cicerone, essa non copriva le mere omissioni e le semplici menzogne, che non si traducevano in veri e propri raggiri (anche questi ultimi puniti peraltro in via extra contrattuale —con l'azione di dolo— piuttosto che in forza del contratto).

Conviene allora tracciare un quadro riassuntivo dei mezzi di tutela convenzionali e delle azioni concesse dall'ordinamento a tutela dell'acquirente, il che farà da ponte per la ricognizione della disciplina del concorso fra tali mezzi di tutela.

3. *Mezzi di tutela —convenzionali e normativi— dell'acquirente: quadro sinottico*

Per quanto concerne la protezione che, nell'esplicazione della sua autonomia, il privato cittadino riusciva ad ottenere dall'acquirente, essa poteva concernere qualsiasi tipo di bene, volendo anche immobile, dal momento che non andava contro la libertà negoziale, quale riconosciuta dalle XII Tavole (qui Tab. 6.1) ai privati nel concludere una *mancipatio*, che nell'atto stesso il *mancipio dans* garantisse il buono stato dell'immobile o la presenza di determinate qualità. Al tempo stesso non era certo illecito dare invece queste assicurazioni in una *sponsio a latere*.

⁶⁹ In tal senso, per tutti, Arangio-Ruiz, 1954, p. 365 s.

Se la garanzia fosse stata assunta con una *lex Mancipii* si può supporre che la violazione di essa si facesse valere prima con la *legis actio sacramento in rem*, poi con la *rei vindicatio*. Si deve comunque osservare come, relativamente alle stesse *res Mancipi* (schiavi, bovini ed equini), Varrone mostri, nel 67, l'abitudine del ricorrere, riguardo alle garanzie circa la loro idoneità, alla *sponsio* piuttosto che a dichiarazioni del *Mancipio dans* fatte in sede di *Mancipatio*.

Peraltro, sebbene già lo stesso Censore conoscesse, intorno al 150, le clausole penali pattuite in sede di *sponsio* (lo testimonia la sua citazione in Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1, senz'altro tratta dal compendio civilistico sabiniano, probabilmente per il tramite del trattato civilistico muciano), i formulari del II e degli stessi inizi del I secolo non ne testimoniano l'utilizzo (se non in un'ipotesi peculiare).

Il danno era perciò valutato equitativamente, ferma la persistenza del contratto. Nel sistema delle *legis actiones* l'acquirente avrebbe agito con la richiesta di un arbitro deputato alla stima di tale danno (con la *legis actio per arbitri postulationem*), mentre nel rito formulare era esperibile l'*actio ex sponsione*, per l'*incertum*.

Le cose si complicavano invece qualora l'acquirente non avesse avuto la forza contrattuale o l'accortezza da impiegare nelle contrattazioni quotidiane, e non si fosse fatto pertanto garantire circa la qualità della merce acquistata (naturalmente se di un certo rilievo: per i beni della vita quotidiana, in particolare generi alimentari, era impensabile addivenire a simili garanzie e a tale proposito interveniva la vigilanza sui mercati degli edili, che avrebbero fatto distruggere il cibo avariato eventualmente messo in vendita).

È in questa particolare ipotesi che rileva la forma con cui sarebbe stata conclusa la cessione. Se quest'ultima fosse stata formalizzata verbalmente, con reciproche *sponsiones* o *stipulationes*, era esclusa qualsiasi rilevanza di vizi del bene trasferito: l'alienante si era infatti impegnato a trasferire la proprietà del bene, non a consegnarlo in buone condizioni.

Diverse considerazioni vanno invece fatte qualora l'accordo traslativo non fosse stato formalizzato e consistesse perciò in una compravendita, un'*emptio-venditio* (forse, ma non necessariamente, presupposta dagli edili nel loro riferimento al *venire* o in gergo più moderno al *vendere*).

Essendo il rapporto informato alla buona fede, le obbligazioni del venditore si valutavano alla luce di essa, sicché vendere un bene difettoso o addirittura privo delle qualità promesse dovrebbe valutarsi *ex se* contrario alla buona fede e dunque legittimante il compratore alla tutela «risarcitoria», di stampo contrattuale.

Non è però la situazione che Cicerone, nel 44, testimonia nel *de officiis* (complessivamente Cic. *off.* 3.50-92) quale diritto vivente: l'Arpinate sembra ivi presupporre che il trasferimento dei beni avvenisse tramite compravendita informale, nonostante la consegna potesse e dovesse poi essere effettuata con una *mancipatio*. Ebbene Cicerone mostra che, per i difetti materiali del bene, l'azione di compravendita era inefficace, vale a dire che non era contrario a buona fede tacere vizi della cosa: diverso discorso per quelli che l'editto degli edili obbligava a dichiarare, ma, da un punto di vista pattizio, non si poteva ritenere contrario alla buona fede che non si palesassero i difetti materiali di quanto si vendeva, perché non si poteva sensatamente pretendere che il venditore andasse contro i suoi interessi; soltanto una corrente del pensiero stoico riteneva, infatti, che il venditore fosse tenuto ad uno spiccato dovere di lealtà (ma non senza riflessi nel contemporaneo giurista Aulo Ofilio [come citato, senz'altro per il tramite di Celio Sabino {reso a suo volta edotto da Labeone?}], da Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.7], il quale non stimava difettoso il cavallo castrato o lo schiavo impotente, ma riteneva comunque applicabile l'azione *ex empto* se il venditore fosse stato a conoscenza della cosa e l'avesse taciuta al compratore: un'opinione che doveva peraltro rimanere piuttosto isolata quando essa fu formulata, intorno al 30 a.C.).⁷⁰ Anche per le qualità informalmente vantate in sede di vendita lo stesso Arpinate lascia intendere che se esse si rivelavano poi insussistenti ciò non andava contro la buona fede: soccorreva, all'esterno del rapporto contrattuale, l'azione pretoria, introdotta nel 66, per la repressione delle scorrettezze (l'*actio de dolo*). E, anzi, tale azione giovava non per il mero mendacio (vantare ad esempio lo schiavo messo in vendita come un bravo cuoco mentre egli era inetto alla preparazione del cibo), bensì quando la menzogna fosse stata posta in essere tramite una macchinazione, un artificio, un vero e proprio raggiro (Cicerone fa l'esempio dello straniero che opera la messa in scena di una battuta di pesca davanti alla villa che intende vendere, fuori dall'Italia, al cittadino romano, il quale, indotto all'acquisto da tali favorevoli condizioni, scopre poi, a cose fatte, il raggiro).

Per quanto riguarda invece la tutela dell'acquirente predisposta dall'ordinamento, intorno al 175 (oppure una cinquantina di anni dopo?) gli edili

⁷⁰ Salvo essere ripresa ancora una volta da Ulpiano —questa volta nel commento all'editto (Ulp. 32 *ed.* D. 19.1.11.5)—, trattando della compravendita (qui per l'ipotesi, simile, dell'alienazione della schiava non vergine, ma creduta tale dall'acquirente, che non rende difettosa la sventurata, ma legittima secondo il giurista di Tiro —che riprende ivi una tradizione risalente ad Ofilio, Labeone e Sabino?— all'*actio ex empto*: la specificazione che l'azione era diretta, tramite reciproche restituzioni, *ad resolvendam emptionem*, ammesso che fosse genuina, rimane misteriosa: v. in tema, nella vastissima letteratura, Donadio, 2007, pp. 510-518).

obbligano a dichiarare, in una avvilente forma scritta per il malcapitato, le malattie e i difetti dello schiavo: la sanzione non è stabilita nell'ordinanza ed essa doveva quindi essere discrezionalmente determinata dagli edili, sostanzialmente nei termini di una multa, entro i limiti in cui l'*imperium* magistratuale non era limitato da *leges* (qui le *leges de provocatione*).

Verso il 75, poi, gli edili aggiungono a tale tutela indiretta una protezione diretta dell'acquirente, concedendogli un'azione giudiziaria per la restituzione dello schiavo. Si trattava di un'azione doppiamente arbitraria, nel senso che l'acquirente era chiamato a restituire lo schiavo (con gli accessori *medio tempore* incamerati) onde essere ottenere il *iudicium* e l'alienante poteva evitare l'eventuale condanna restituendo il corrispettivo di vendita, oltre agli accessori. Le fonti giurisprudenziali classiche, raccolte nel Digesto, mettono in rilievo una tensione sul punto, perché se esse alludono per l'appunto al *simplum* quale importo della condanna (al *quanti ea res erit*, cioè al valore dello schiavo o del *pecus* al momento della stima *in iudicio*), a complicare la prospettiva interviene, nel suo commento all'editto edilizio, Gaio (1 *aed. cur. D.* 21.1.45), il quale discorre, in assenza di restituzione del corrispettivo (e degli eventuali accessori) della cessione, di una condanna *in duplum*. Si è pensato in proposito — e non poteva essere diversamente — ad una modifica successivamente intervenuta rispetto all'originale gaiano.⁷¹ Il tentativo che altrimenti si fa onde conciliare le fonti non convince, in quanto fa venire meno gli effetti dell'assoluzione conseguenti alla restituzione del corrispettivo: infatti si afferma che, oltre alla restituzione della somma ricevuta, l'alienante avrebbe comunque dovuto versare di tasca sua un importo corrispondente; ciò perché — si dice — sarebbe quello che sostiene Gaio, ad avviso del quale se l'alienante restituisce corrispettivo e accessori è condannato al *simplum*.⁷² Il giurista antoniano non espone però questo pensiero, bensì afferma che se l'alienante convenuto restituisce corrispettivo e accessori *videtur simpli condemnari*, vale a dire “è come se venisse condannato al *simplum*”: Gaio instaura pertanto un'analogia fra l'assoluzione conseguente al rispetto del

⁷¹ A questa strada si rivolge anche Arangio-Ruiz, 1954, pp. 377-379, il quale non si nasconde la possibilità che il testo gaiano sia interamente di fattura tarda (in alternativa l'illustre maestro pensa che il giurista antoniniano potesse riferirsi all'azione *in factum* volta a recuperare il corrispettivo versato all'alienante, qualora questi prima riprendesse il bene viziato, ma poi rifiutasse di restituire quanto ottenuto, tuttavia come “vaga possibilità”, atteso che all'azione in questione accede una condanna che le fonti testimoniano essere *in simplum*). Orientata per l'interpolazione di marca giustiniana altresì Donadio, 2007, p. 506 nt. 84.

⁷² V. chiaramente discussi i termini della questione in Arangio-Ruiz, 1954, pp. 371-379. Donadio, 2007, p. 505 s. nt. 84, dà conto di recenti tentativi di giustificare il pensiero gaiano, consistenti in particolare nel ritenere che esso alludesse ad una condanna *in duplum* a fronte dell'impossibilità di restituire lo schiavo, in quanto perito presso l'acquirente.

iussus de restituendo e la condanna *in simplum*, si dogmaticamente discutibile, ma che comunque nulla ha a che fare con una condanna *in simplum* che si aggiunga ad una restituzione. Allo stato della dottrina e delle fonti la questione va pertanto lasciata aperta, ma si deve rilevare come la condanna *in duplum*, in caso di mancata restituzione del corrispettivo, risulti in astratto maggiormente credibile (e tuttavia si scontra con testimonianze contrarie).

L'azione edilizia era poi *in factum* e reprimeva la scorrettezza dell'alienante, ponendo indirettamente nel nulla il vincolo contrattuale, tramite la restituzione delle prestazioni effettuate.

Nell'evenienza che l'alienante accettasse la restituzione dello schiavo, ma poi non restituisse il corrispettivo, gli edili concessero in seguito una specifica azione all'acquirente per il recupero di quanto corrisposto.

L'*actio redhibitoria* generale era imprescrittibile, mentre doveva essere esercitata entro due mesi l'azione volta alla restituzione dello schiavo, qualora l'alienante rifiutasse di garantirne contrattualmente le qualità (un'ulteriore azione edilizia, introdotta successivamente).

Dopo il 44, e prima dell'intensa attività interpretativa di Labeone sull'editto edilizio (si dica pure agli esordi dell'epoca augustea), gli edili estesero l'*actio redhibitoria* agli *iumenta* (inizialmente identificati con gli equini, poi, a seguito di apposita postilla all'editto, chiariti come *pecudes* in generale, vale a dire, oltre agli equini, anche bovini, ovini, caprini e suini, nel dubbio se vi rientrassero altresì i cani guardiani), per i loro vizi materiali. L'azione era soggetta alla decadenza semestrale (termine che grazie all'opinione in tal senso professata nel suo commento all'editto edilizio, Labeone fece estendere nella prassi anche all'azione concernente gli schiavi, mediante la *denegatio* dell'azione esperita fuori tempo).

Introdussero altresì la possibilità di chiedere, entro l'anno dal contratto, la riduzione del corrispettivo della cessione, a fronte di difetti di minore rilevanza, azione che questa volta fu inserita anche formalmente, ancora una volta su impulso del commento di Labeone all'editto edilizio, nell'editto applicabile agli schiavi (ma non ve ne è traccia, nel testo edittole *de mancipiis* trasmesso da Ulp. 1 *aed. cur.* D. 21.1.1.1, il che rappresenta una croce irrisolta).

Sempre agli esordi dell'età augustea gli edili concessero l'azione redibitoria (con l'estensione poi alla *quanti minoris* e al settore degli *iumenta*, almeno per la prima azione) pure nel caso in cui lo schiavo non avesse le qualità garantite nella *mancipatio* oppure nella *sponsio/stipulatio*: qualità che coincidono peraltro con la garanzia di salute testimoniata poco tempo prima da Varro, come abituale nella prassi. In altri termini gli edili aggiunsero alla tutela

convenzionale quella magistratuale, dimostrando implicitamente come la loro protezione fosse nata per coprire i trasferimenti non assistiti da garanzie pattizie e applicando, in quest'ultimo caso, un cumulo affittivo verso l'alienante e che garantiva all'acquirente la possibilità di liberarsi del bene, cercando altrove sul mercato uno idoneo alle sue aspettative.

Nelle linee essenziali questo era il sistema di tutela, legale e convenzionale, agli esordi dell'età augustea, dopo uno sviluppo durato circa due secoli e acceleratosi durante l'ultimo secolo (o forse interamente svoltosi nel corso dell'ultimo secolo, dal 120 circa in avanti): l'ultimo aspetto passato in rassegna — quello del cumulo dei mezzi di tutela convenzionali e di quelli edilizi — consente di ripercorrere tale delicato profilo nella sua fase aurorale.

4. *Disciplina del concorso delle azioni dell'acquirente*

Tracciato sopra il quadro delle azioni a disposizione dell'acquirente ci si deve chiedere se la tutela legale e quella convenzionale potessero concorrere, ed eventualmente in che modo (alternativo? cumulativo? sussidiario?).

Volendo essere precisi, si potrebbe discutere altresì del problema del concorso all'interno della tutela convenzionale e nel novero di quella legale.

Un concorso nell'ambito della tutela convenzionale non ha i presupposti per porsi: difatti una volta che l'acquirente si è fatto garantire verbalmente circa la qualità della merce acquistata, la tutela sulla base dell'accordo solenne in forma verbale sarà l'unica convenzionalmente applicabile. Sia che il trasferimento fosse stato concluso sulla base di una compravendita sia che lo fosse in forza di un contratto verbale, l'azione *ex empto* e quella *ex stipulatu* riguarderanno il profilo di patologie connesse al trasferimento, non alla qualità del bene acquistato.

Qualora invece l'acquirente non si fosse fatto garantire circa la qualità della merce si pone il dubbio se possa soccorrere, a livello convenzionale, la tutela sulla base delle modalità dell'accordo di trasferimento: si è appena visto sopra che, escluso che questo potesse avvenire riguardo alla *sponsio*, per il periodo d'origine qui in esame ciò va non di meno escluso, sulla base della testimonianza ciceroniana, anche qualora il trasferimento fosse avvenuto sulla base di una compravendita: infatti la reticenza su vizi del bene o il vantare sue qualità inesistenti non erano considerate scorrettezze giuridicamente rilevanti; quanto rilevava era invece un artificio o un raggirio volto a provare qualità inesistenti (ma si direbbe altresì ad occultare in maniera artificiosa vizi), punibile peraltro non ai sensi del contratto, bensì al di fuori del rapporto contrattuale, grazie all'*actio de dolo* introdotta nel 66.

Perciò se l'acquirente non fosse riuscito a farsi garantire in forma verbale circa la qualità della merce, in caso di difetti della stessa restava aperta soltanto la strada della tutela d'imperio, approntata, relativamente a schiavi e *iumenta*, dagli edili, mentre per gli altri beni rilevava unicamente, grazie all'intervento del pretore, l'artificio o il raggiro volto a mostrare qualità inesistenti, ma anche ad occultare difetti (qualora i due ambiti applicativi venissero a coincidere — si pensi ad un raggiro volto ad occultare il difetto fisico di uno schiavo — prevaleva la tutela edilizia, giusta la sussidiarietà dell'*actio de dolo*).

Per quanto concerne poi il concorso all'interno della tutela edilizia, il problema è risolto dai giuristi classici: prima di tutto di concorso si parla a meno che non si agisca, nei termini, per un difetto diverso da quello fatto precedentemente valere (con ragione o meno), ciò che, se si aveva avuto cura di operare la specializzazione della domanda con la *praescriptio pro actore*, era ammissibile (Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.7). Relativamente alla contestazione del medesimo vizio, entro il termine semestrale si poteva fare valere l'una o l'altra azione, ma in via di concorso alternativo piuttosto che cumulativo (Iul. 51 dig. D. 44.2.25.1): in altri termini la *redhibitoria* consumava la *quanti minoris*, e viceversa (consumazione da fare valere con l'*exceptio rei iudicatae*). Dopo i sei mesi era esperibile unicamente l'*aestimatoria*, ragione per cui se, ad onta di ciò, l'acquirente intendeva la *redhibitoria* ed era perciò respinto (già *in iure* con la *denegatio actionis*,⁷³ come in precedenza sostenuto? *Apud iudicem* a seguito di *exceptio* inserita nella formula su richiesta del convenuto?), ciò non impediva la tutela, nei termini, con la *quanti minoris* (Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.2).⁷⁴

Il punto di maggior rilievo è tuttavia quello rappresentato dal concorso fra la tutela legale, edilizia, e quella convenzionale, concorso che si può porre solamente rispetto agli schiavi e agli *iumenta* (l'estensione postulata da Labone dell'editto edilizio a ogni tipo di beni non concerne infatti il problema d'origine della tutela dell'acquirente — in quanto accolta unicamente in età tarda a seguito dell'affermazione della *cognitio* e della conseguente scomparsa degli edili quali magistrati giusdicenti — e dunque qui non interessa).

Ci si deve chiedere, preliminarmente, se la tutela negoziale e la repressione pubblica, consistente in una multa (la situazione che si ebbe sostan-

⁷³ Di un ritiro *in iure* discorre Arangio-Ruiz, 1954, p. 394, ma è maggiormente credibile che intervenisse al riguardo la pronuncia magistratuale piuttosto che la spontanea rinuncia dell'acquirente.

⁷⁴ Conclusione opposta in Impallomeni, 1955, p. 233, secondo cui il brano di Pomponio sarebbe stato modificato, perché anche il giurista antoniniano avrebbe espresso il parere di Giuliano.

zialmente fra il 175 [oppure il 125-100?] e il 75), corressero o meno su piani paralleli, dunque se l'acquirente insoddisfatto potesse o meno denunciare il fatto agli edili, oltre che presentarsi davanti al pretore per chiedere, nelle forme rituali (della *legis actio*, prima della *lex Aebutia*, anche della formula *per sponsionem*, poi), la nomina di un arbitro per la valutazione equitativa del danno subito, una volta che questo fosse stato provato. Sul punto si deve assumere una posizione positiva per le stesse ragioni che portano a ritenere concorrenti in via cumulativa la tutela negoziale e quella edilizia, una volta introdotte dagli edili le azioni giudiziarie, come si vedrà subito. I due rimedi erano cioè tesi a fini diversi: quello degli edili a punire la scorrettezza dell'alienante, quello negoziale ad assicurare all'acquirente, in termini moderni, il risarcimento del danno subito, predeterminato o meno dalle parti nel suo ammontare (ma senza di per sé incidere sulla validità ed efficacia dell'accordo di trasferimento del bene, senza dunque possibilità di restituire il bene difettoso).

Introdotta dagli edili l'azione giudiziaria fra privati, il concorso si pone in termini cumulativi perché le due azioni —l'*actio redhibitoria* (ma vale lo stesso anche per la posteriore *actio aestimatoria*) e l'*actio per sponsionem*— tendevano a fini diversi: la tutela edilizia puniva la scorrettezza dell'alienante, in primo luogo per non avere rispettato il comando magistratuale, mentre l'azione negoziale era tesa ad ottenere il risarcimento del danno per avere contravvenuto alla parola solennemente data. Sicché non stupisce che, una volta che i giuristi si misero a teorizzare circa le azioni pretorie (si trattava come detto di un'*actio in factum*), qualificarono l'azione edilizia come un'azione penale. Ulpiano (1 *aed. cur. D. 21.1.23.4-5*) scrive in particolare che si tratta di un'azione penale, la quale deriva dal contratto (*ex contractu veniunt*), nel senso che trae occasione dall'accordo traslativo (senza il quale essa non potrebbe esistere),⁷⁵ non che si confonda con esso, come azione contrattuale. Restituire, con gli accessori del caso, evitava la condanna e comportava il pratico scioglimento del contratto, nel dubbio se l'esposizione al rischio della condanna (perché l'alienante riteneva fondate le sue ragioni) comportasse nell'evenienza negativa per l'alienante l'essere condannato *in simplum* oppure *in duplum* (v. sopra § III.III). La tutela convenzionale mirava invece, va ribadito, in termini odierni al risarcimento del danno, che nella prassi del II e I secolo non sembra previamente liquidato dalle parti: ciò,

⁷⁵ Giustamente Donadio, 2010, p. 16 s. nt. 16 (con ulteriore letteratura circa la natura penale delle azioni edilizie), afferma che la tutela edilizia si basava su un contratto (che impropriamente l'autrice restringe alla compravendita) valido ed efficace. Altro conto la trasmissibilità ereditaria delle azioni edilizie (Ulp. 1 *aed. cur. D. 21.1.23.5*), ragionevolmente frutto di uno sviluppo classico.

come detto, tramite prima la *legis actio per arbitri postulationem*, poi con l'*actio ex sponsione*, entrambe imprescrittibili.

Nell'ipotesi tipica, *actio redhibitoria* e *actio ex sponsione* potevano cumularsi, in distinti processi, così come l'*aestimatoria* e l'*actio ex sponsione* potevano concorrere cumulativamente.

L'*actio empti* era volta al risarcimento del danno e, nel caso in cui non fossero intervenute le garanzie (altrimenti, come per il trasferimento formalizzato verbalmente, *nulla quaestio*), si è appena visto che non la si riteneva generalmente applicabile, in questo periodo, onde fare valere il comportamento contrario a buona fede nell'aver consegnato merce affetta da vizi taciuti o priva delle qualità promesse (soltanto Ofilio professava in merito un indirizzo più aperto, che faceva peraltro salvo il fatto che la reticenza non concernesse un vizio essenziale, un difetto tale da assurgere a *morbus* o *vitium*, e dunque non ponesse un problema di concorso con l'*actio ex sponsione* o al limite con quella edilizia:⁷⁶ v. Ulp. 2 *aed. cur.* D. 21.1.38.7 e se si vuole anche Ulp. 32 *ed.* D. 19.1.11.5).

IV. CONCLUSIONI

Scopo di questo contributo è stata l'individuazione del momento d'emersione della tutela dell'acquirente per i vizi materiali del bene mobile acquistato, nella società romana.

Periodo d'emersione che si situa nel corso nel II e del I sec. a.C.

Ciò è stato fatto tramite un confronto con i testi antichi disponibili sul punto, sacrificando la discussione della sterminata letteratura che da almeno cinquecento anni si va stratificando in materia: confronto che avrebbe richiesto una sede monografica o quanto meno di un amplissimo saggio, impossibile qui da svolgere. In ogni caso la bibliografia consente al lettore di orientarsi sullo stato dell'arte.

Si è visto come la forma privilegiata di tutela fosse quella rimessa all'autonomia privata, la quale poteva riguardare qualsiasi bene, anche immobile, e poteva se del caso consistere anche nell'aspetto positivo di specifiche qualità del bene, garantite dall'alienante.

Il manuale di conduzione dell'impresa di allevamento del bestiame, scritto da Varrone nel 37, ma ambientato nel 67, permette di evincere che

⁷⁶ Concorso con la tutela edilizia il quale dovrebbe altrimenti porsi in termini di alternativa (così Burdese, 2009, p. 581 s.) piuttosto che di sussidiarietà (ribadendo conclusioni già rassegnate in sede monografica, così, invece, Donadio, 2007, pp. 510-518 nonché Donadio, 2010, pp. 84-149).

tali garanzie erano concluse nella forma di *sponsiones* e che, almeno nel 67, era disponibile e in uso un triplice strato di formulari: uno più antico, che si colloca prima del 200, in senso ampio nella seconda metà del III secolo, poi i formulari, stesi intorno al 145, del rinomato giurista Manio Manilio (console nel 149 e uno dei *tres* che, secondo Pomponio, *fundaverunt ius civile*), i quali circolavano anche in forma autonoma (dalla più vasta opera che originariamente li ospitava) nel I sec. a.C., infine una raccolta di un giurista non altrimenti noto degli inizi del I secolo, sostanzialmente degli anni 70 del I sec. a.C. In questi formulari non si usava peraltro liquidare preventivamente il danno, come pur riconosciuto nell'autonomia privata già ai tempi di Cato il Censore, intorno al 155.

In tutti i casi in cui l'acquirente riuscisse a provare l'esistenza del contratto e il vizio (che si considerava *ipso iure* preesistente all'accordo e noto all'alienante) poteva ottenere una compensazione per il danno subito, valutata equitativamente dall'arbitro nel processo *per legis actiones* (tramite una *legis actio per arbitri postulationem*), poi dal *iudex* nell'*actio ex sponsione* del processo formulare.

L'abitudine della tutela negoziale non rendeva pressante l'esigenza di predisporre una protezione da parte dell'apparato pubblico, tramite leggi o interventi magistratuali.

Il fatto tuttavia che, dopo la sconfitta di Cartagine, nel 202, e dopo la progressiva conquista del mondo greco nella prima metà del II sec. a.C., una quantità enorme di sventurati giungesse al mercato romano per essere ivi venduta come schiava rendeva più probabili comportamenti scorretti dei mercanti e poteva peraltro creare difficoltà con i contraenti italici, ai quali erano interdette *mancipationes* e *sponsiones* e ai quali perciò non si era soliti garantire alcunché circa l'assenza di malattie e vizi negli schiavi che essi acquistavano.

Una simile situazione fece sì che, intorno al 175 o forse anche più in là nel corso del II secolo stesso, gli edili, preposti alla sorveglianza dei mercati in pubblico, ordinassero a chi alienasse schiavi di dichiararne *morbi vitiae*, nominativamente compresi le precedenti fughe e la tendenza a girovagare (nonché l'aver causato danni non ancora riparati): ciò nell'umiliante forma di un cartello appeso sulle spalle del malcapitato. È ragionevole supporre che qualora l'alienante trasgredisse all'ordinanza edilizia fosse punito con una pena pecuniaria, nei limiti consentiti, irrogata dagli edili dopo che l'acquirente gli avesse informalmente provato l'esistenza del contratto e il vizio dello schiavo e in qualche modo si potesse ritenere verosimile che egli non fosse stato reso edotto del vizio tramite il cartello: se poi gli edili avessero

scoperto direttamente vizi non dichiarati nel cartello di vendita, a seguito di loro ispezioni, la conseguenza sarebbe stata la stessa.

Una volta autorizzata legislativamente, verso la fine del II sec. a.C., anche fra i cittadini la forma processuale privata che i pretori urbani applicavano nelle liti fra Romani e Italici, i pretori presero a concedere tutela, al di fuori del diritto vigente, sulla base dei fatti narrati dall'attore, che essi giudicassero meritevoli di tutela, ciò che avvenne a partire più o meno dall'80. Gli edili presero spunto dai colleghi *maiores* e poiché gli edili curuli, che avevano la sorveglianza sui mercati, godevano di *imperium*, alla multa precedentemente comminata agli alienanti che trasgredivano la loro ordinanza, aggiunsero la concessione all'acquirente di un'azione giudiziaria volta, previa restituzione del corrispettivo, a restituire lo schiavo viziato, quando all'acquirente non fossero stati dichiarati i vizi sopra menzionati (anche in forma orale, e dunque anche per contrattazioni svoltesi al di fuori dei mercati): accettandone in giudizio la restituzione l'acquirente evitava la condanna, che forse era altrimenti al doppio di quanto incassato. Quest'azione, detta *redhibitoria*, fu introdotta più o meno intorno al 75, e dopo il 44 fu concessa anche a fronte di specifiche qualità dello schiavo promesse formalmente nella *sponsio* di garanzia, oppure assicurate nella *mancipatio* traslativa. L'azione reprimeva l'illecito, e dunque presupponeva il dolo (ma dopo l'opera di Quinto Mucio il criterio di imputazione dell'illecito privato era stato generalmente esteso alla colpa) dell'alienante, che la manifestazione del vizio faceva inizialmente presumere *ius et de iure*.

Sempre dopo il 44, probabilmente in età augustea (prima del commento di Labeone all'editto), gli edili estesero la tutela prevista per l'acquisto di schiavi a quello di *iumenta* (equini e bovini), ma con la previsione di un termine semestrale di decadenza: aggiunsero pure un'ulteriore azione, detta *aestimatoria*, volta alla riduzione del corrispettivo (per vizi meno gravi o qualora fossero scaduti i termini per esercitare la *redhibitoria*), soggetta al termine di decadenza annuale. Di quest'ultima azione, insieme al termine semestrale della *redhibitoria*, fu proposta da Labeone, nel suo commento all'editto edilizio (il primo apparso nella dottrina giuridica romana), l'estensione all'editto *de mancipiis*, ciò che gli edili in seguito accolsero (insieme all'applicazione del termine di decadenza semestrale per la *redhibitoria*, forse attuata tramite il diniego dell'azione esperita fuori termine). Simile accoglienza non dovette invece avere un'ardita tesi dello stesso giurista augusteo, volta a estendere la protezione edilizia all'acquisto di qualsiasi bene, anche immobile, recepita solamente in epoca tarda (a partire dal III secolo) per effetto dell'esautorazione della giurisdizione edilizia in seguito all'affermazione in via esclusiva della *cognitio extra ordinem*.

Poteva infine accadere che l'alienante riconoscesse tacitamente il vizio, riprendendo il bene, ma poi rifiutasse di restituire il corrispettivo, oppure che, a monte, si rifiutasse di prestare le garanzie convenzionali: in entrambi i casi gli edili concedevano tutela entro il termine tassativo di due mesi dal rifiuto, nel primo caso per recuperare il corrispettivo, nel secondo per restituire il bene e sciogliere il contratto traslativo (compravendita o *stipulatio* che fosse) a cui l'alienante non avesse voluto fare accedere le garanzie convenzionali (oppure per procedere, entro sei mesi, alla riduzione del corrispettivo d'acquisto).

L'azione nascente dalla garanzia convenzionale, imprescrittibile, era volta in termini moderni al risarcimento del danno, valutato equitativamente dall'arbitro (nelle *legis actiones*) e dal *iudex privatus* (nel processo formulare): tanto meglio, poi, se le parti avevano preventivamente liquidato il danno con la pena convenzionale.

Date queste caratteristiche dell'azione contrattuale non stupisce che essa concorresse cumulativamente con quella edilizia (in origine anch'essa imprescrittibile), volta invece a reprimere la scorrettezza dell'alienante e infatti successivamente qualificata come *poenalis* da parte dei giuristi. Il concorso si rese evidente quando, agli esordi dell'età augustea, gli edili estesero espressamente l'azione redibitoria per la restituzione dello schiavo all'ipotesi in cui l'alienante avesse prestato garanzie circa la sua salute, come avveniva abitualmente nella prassi (il che mostra come, *a contrario*, detta azione nacque al fine di proteggere gli acquirenti non negozialmente tutelati). Tramite il reciproco sistema delle restituzioni, che impediva la condanna, l'azione edilizia era peraltro volta alla pratica risoluzione del contratto (che l'azione contrattuale lasciava invece in vita, operando solamente sul piano compensativo).

Se la garanzia convenzionale non era stata prestata (non ancora disponibile la successiva azione volta ad ottenerla, pena la restituzione del bene), sussisteva solamente la tutela edilizia: concluso infatti il contratto traslativo in forma verbale, l'obbligazione dell'alienante era soddisfatta dalla consegna del bene, mentre se era stata conclusa un'informale compravendita, Cicerone mostra come, in questo periodo, la semplice reticenza circa i difetti del bene (tranne quelli di cui gli edili imponevano la dichiarazione, è ovvio) o anche il pure mendacio, consistente nel vantare qualità del bene invero insussistenti, non si ritenevano cozzare con la buona fede che presidiava il rapporto, bensì si stimavano rientrare in comportamenti frutto di un'accettabile tutela dei propri interessi da parte dell'alienante. Erano invece gli artifici o i raggiri, volti ad occultare difetti o a fare apparire qualità inesistenti, a garantire la tutela, dal 66, con la pretoria *actio de dolo*.

Una protezione capillare dell'acquirente, analoga ai moderni diritti europei, con i rimedi risolutori o manutentivi attualmente a disposizione, era impensabile in una società come quella romana antica, che demandava in buona parte al privato la forza di sapersi tutelare contrattualmente: tuttavia essa raggiunse nella prima età imperiale livelli non trascurabili di tutela legale; infatti il rimedio contro il rifiuto dell'alienante di prestare le garanzie convenzionali rappresentava un deterrente efficace contro la prepotenza di quest'ultimo. Ovvio poi che l'estensione massima era professata da Labeone, secondo cui la tutela edilizia si doveva applicare alla cessione a titolo oneroso di qualsiasi bene. A prescindere da questa tesi —che fu recepita solamente quando la giurisdizione edilizia venne meno— un altro ampliamento della tutela poteva provenire da una valutazione più ampia della buona fede che informava il contratto di compravendita, la quale poteva condurre a giudicare contrari a buona fede la semplice reticenza e il puro mendacio, come ragionevolmente avvenne in età imperiale (in scia ad un'opinione che, per primo, doveva avere professato Aulo Ofilio). È anche vero che nell'*actio empti*, onde ottemperare all'*oportere ex fide bona*, una volta estese la portata, il venditore avrebbe potuto rimediare eseguendo “in modo corretto”, prima della condanna, “la prestazione alla quale era tenuto secondo contratto”.⁷⁷ Il che sarebbe potuto avvenire anche riparando il vizio (relativamente ai beni inanimati, per schiavi e animali una riparazione è più difficilmente configurabile) oppure sostituendo la merce viziata, sebbene tali possibilità —già ardue a verificarsi in epoca imperiale— è da escludere rilevassero in origine, quando la tutela scaturente dal contratto traslativo del bene era di fatto inapplicabile a difetti materiali dello stesso.

Gli obiettivi a cui miravano le parti e le ordinanze edilizie erano piuttosto quelli della restituzione del bene e del risarcimento del danno, con un indiretto scioglimento del contratto, consentendo in tal modo all'acquirente di rivolgersi altrove sul mercato per la soddisfazione dell'esigenza a cui mirava l'acquisto del bene poi rivelatosi difettoso.

V. BIBLIOGRAFIA

ARICÒ ANSELMO, Giuseppina, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino, Giappichelli, Dipartimento Iura. Sezione di storia del diritto, Università degli Studi di Palermo, 10, 2012.

⁷⁷ Così Dalla Massara, 2012, p. 859.

- BEHREND, Otto, *Dalla mediazione arbitrare alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in *Scritti italiani*, Napoli, Jovene, Antiqua, 12, 2009.
- CARBONE, Teresa, “Hac lege venire oportet... Alcune riflessioni sui formulari di vendita di Catone”, *RDR*, nuova serie, 1-2, 2016-2017.
- CORBINO, Alessandro, “La risalenza dell’emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio”, *Iura*, Napoli, 64, 2016.
- CARDILLI, Riccardo, *L’obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano [II sec. a.C. - II sec. d.C.]*, Milano, Giuffrè, II Università di Roma. Pubblicazioni del Dipartimento di Storia e teoria del diritto, 1, 1995.
- GUARINO, Antonio, *Storia del diritto romano*, 12a. ed., Napoli, Jovene, 1998.
- LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (1889), rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000.
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Como, New Press, 1992.
- SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di Guglielmo Nocera, Firenze, Sansoni, 1968.
- STOLFI, Emanuele *et al.*, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, “L’Erma” di Bretschneider, Scriptores iuris Romani (dir. Schiavone, Aldo), 1, 2018.