

Luigi Garofalo (a cura di), Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali, in *Il giurista europeo*. Collana diretta da Luigi Garofalo, Percorsi Formativi, Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 356, ISBN 9788892100909.

Il volume curato da Luigi Garofalo analizza con dovizia di particolari le tutele in tema di rapporti obbligatori sotto vari punti di vista, sul filo di otto diversi contributi di vari autori di scuola veneta.

1. Le prime due ricerche appartengono al curatore del volume, e sono dedicate all'*actio redhibitoria*¹, concessa al compratore nei confronti del venditore che non avesse denunciato o non conoscesse i vizi dello schiavo o dell'animale negoziato: il rimedio era esperibile davanti al tribunale degli edili curuli entro sei mesi dalla conclusione della compravendita e mirava alla risoluzione del contratto. La formula doveva contenere una clausola restitutoria² che imponeva al giudice di impartire un doppio invito, quello a restituire la *res* e quello a restituire il denaro. Dopo la vendita e la consegna di schiavo o animale viziato, avrebbero potuto verificarsi fatti che ne impedissero la restituzione. Così ad esempio nel caso di manomissione dello schiavo vizioso prima che si instaurasse il processo per l'*actio redhibitoria*³: una parte della dottrina⁴ reputa che gli edili dovessero denegare la redibitoria in funzione di un principio di economia processuale, risultando *a principio* inutile la richiesta di un bene che non poteva essere restituito. Piuttosto che constatare un'ovvietà, secondo l'A. invece Labeone avrebbe affermato che l'accertamento del presupposto dell'esperibilità dell'azione – vale a dire che l'uomo fosse ancora in stato di schiavitù – doveva avvenire nella fase *in iure* dinanzi agli edili⁵. In caso di morte dello schiavo o dell'animale Paolo (11 *ad Sab.* D. 21.1.47.1) optava per la sopravvivenza dell'azione *post mortem*, mentre stando a Pomponio (23 *ad Sab.* D. 21.1.48 pr.) l'azione sarebbe stata ammissibile sintanto che la morte non fosse derivata da fatto imputabile all'attore. Era quindi compito dei magistrati indagare sulle cause del decesso. Secondo l'A. tra il tempo in cui scriveva Pomponio e quello in cui scriveva Paolo si era convenuta l'opportunità di spostare l'accertamento circa la riferibilità del fatto morte al compratore («che è facile presumere delicato e complesso nella maggioranza delle vicende», p. 12) dalla fase *in iure* a quella *apud iudicem* del processo. Nella stessa chiave dovrebbe leggersi Ulpiano (1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.31.1), là dove afferma

¹ La prima, *L'impossibilità della redibizione nella riflessione dei giuristi classici* (p. 1-30) è apparsa originariamente in AA.VV., *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz* 1, Varsovie 2000, 249 ss.; la seconda, *Garanzie per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano* (p. 31-88), è stata pubblicata in *Riv. Dir. Civ.* 47.2, 2001, 243 ss.

² G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, 189, preferisce parlare di «due clausole restitutorie, una riferita all'attore, l'altra al convenuto».

³ Sul punto part. D. 21.1.47 pr. (Paul. 11 *ad Sab.*).

⁴ G. Impallomeni, *L'editto* cit. 38 e 142.

⁵ Garofalo, *Impossibilità* cit. 10.

che se lo schiavo è morto prima del processo il nodo da sciogliere è l'eventuale colpa del compratore nella determinazione del decesso: in caso di imputabilità a lui *culpa*, lo schiavo dovrebbe considerarsi come vivo ai fini della concessione della redibitoria; se poi il decesso si fosse manifestato dopo l'inizio del processo, l'accertamento dell'imputabilità della morte avrebbe dovuto rimettersi al giudice. Da Ulpiano si deduce che il caso della morte dell'animale viziato era soggetto alle stesse regole. Ostavano alla restituzione da parte del compratore dello schiavo vizioso anche atti con cui il compratore avesse disposto dello schiavo (alienazione, attribuzione in usufrutto o assoggettamento a pegno), poiché redibendolo il compratore non avrebbe potuto estinguere il diritto reale acquistato dal terzo. I giuristi sottolineavano ripetutamente (anche per il caso della fuga dello schiavo vizioso) come la possibilità della restituzione fosse una condizione essenziale per l'esercizio dell'*actio redhibitoria*. Al compratore era poi precluso l'esercizio dell'azione in caso di *noxae deditio*. In D. 21.1.23.8, 1 *ad ed. aed. cur.*, Ulpiano tratta la questione del risarcimento del danno patito dal compratore per il delitto posto in essere dallo schiavo nei confronti del compratore stesso o di un terzo. Stando a Ulpiano, Giuliano avrebbe manifestato l'opinione che, nel caso in cui il venditore si fosse rifiutato di riprendersi lo schiavo che si fosse macchiato di un delitto, quest'ultimo poteva essere condannato al pagamento del prezzo equivalente al valore dello stesso, essendo così liberato da ogni responsabilità.

2. Nel successivo saggio, Garofalo realizza una disamina dell'azione redibitoria nell'ordinamento italiano. Il codice civile prevede la tutela dell'interesse del compratore stabilendo la responsabilità del venditore per i vizi della cosa preesistenti alla conclusione del contratto, ex art. 1476 n. 3 e 1490 co. 1. Secondo quanto previsto dall'art. 1492, il compratore può chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo: le due azioni, come noto, hanno stretti termini di decadenza e prescrizione. I presupposti perché l'azione possa essere esperita sono che la cosa in oggetto sia affetta da vizi che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano il valore⁶. I vizi devono preesistere alla conclusione del contratto perché nel caso in cui siano insorti successivamente, se imputabili al venditore, concretizzano un inesatto adempimento, legittimando il compratore a ricorrere ai rimedi contrattuali⁷. L'A. propende per la natura autonoma dell'azione redibitoria pur non rifiutando l'idea che per il completamento della sua disciplina si possa attingere a norme collocate al di fuori degli artt. 1490 e seguenti.

3. Nel terzo contributo⁸, di impianto giuspositivistico, Carlo Pelloso analizza il caso del deterioramento e del perimento del bene oggetto di compravendita, prima che questo venga trasferito. Sul filo di una disamina estremamente tecnica, l'A. parte dalla

⁶ Art. 1490 c.c. co. 1.

⁷ Trattasi dell'azione di adempimento, dell'azione di risoluzione e del risarcimento del danno.

⁸ C. Pelloso, *Il deterioramento e il perimento ante traditionem del bene compravenduto: rimedi consuméristici e di diritto comune*, p. 89 ss., già pubblicato sotto il titolo *Riflessioni sul micro-sistema del codice del consumo: la responsabilità del venditore per deterioramento e perimento del bene 'ante traditionem'*, in L. Garofalo (a c. di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli 2011, 213 ss.

direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio europeo del 1999, che ha costituito un momento di svolta per la disciplina della protezione del consumatore, incidendo sulla normativa civilistica esistente a riguardo⁹. Sul punto l'A. ritiene che nella fattispecie concreta, come può essere l'ipotesi della consegna di un bene compravenduto che sia difettoso, il consumatore ha salvo il diritto di ricorrere a rimedi contemplati dal solo diritto comune, negando allo stesso tempo la tutela offerta dalla *lex generalis* in materie già coperte dalla riserva esclusiva.

4. Silvia Viaro analizza l'eccezione di inadempimento con riferimento alla *societas*, ovvero al contratto con cui due parti si obbligano reciprocamente a raggiungere uno scopo comune mettendo a disposizione i mezzi necessari¹⁰. A riprova di questa definizione, in Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, come notissimo, Labeone riconduce la *societas* alla categoria del contratto inteso come *ultra citroque obligatio*. L'A. fa tuttavia riferimento anche ai sostenitori della tesi della *societas* come contratto non sinallagmatico, essendo prevalente lo scopo di collaborazione¹¹. Nell'ottica dell'inquadramento labeoniano, risulterebbe esperibile in materia di *societas* anche l'*exceptio inadimpleti contractus*. Viaro si chiede tuttavia se i giuristi classici abbiano inteso applicare alla società proprio lo schema del sinallagma, cioè se un socio inadempiente potesse – stante il suo non adempimento – pretendere ugualmente l'adempimento degli obblighi altrui. Sulla questione si era già espressa la dottrina tedesca fra Otto- e Novecento¹² che sottolineava come Gaio ricomprendesse il contratto di *societas* tra quelli che oggi vengono detti 'a prestazioni corrispettive', perché caratterizzato dall'*alterum alteri et bono et aequo praestare*¹³. Viaro valorizza altresì l'elemento del *ius quodammodo fraternitatis* instaurato fra i soci, per cui nulla avrebbe violato la fiducia dei contraenti più del comportamento di un socio che avesse chiesto qualcosa ad un altro pur essendo egli stesso inadempiente. Gli studiosi hanno dedotto che, se due soci avessero dovuto conferire qualcosa per l'attività comune, lo avrebbero dovuto fare *Zug um Zug*, cioè contestualmente, come se si trattasse di uno scambio, così che la richiesta di un socio di condannare l'altro all'adempimento sarebbe stata totalmente da respingere nel caso in cui il richiedente non avesse ancora conferito quanto promesso¹⁴.

La dottrina italiana e straniera più recente sul tema è molto più frammentata. Hans Kreller ad esempio¹⁵, commentando Ulpiano, 31 *ad ed.* D. 17.2.63 pr., ravvisa più che una

⁹ Rappresentata dagli artt. 1490-1497.

¹⁰ S. Viaro, *Eccezione di inadempimento e 'societas'*, p. 167 ss.

¹¹ Vd. M. Bianchini, *Studi sulla 'societas'*, Milano 1967, 110 ss.; A. Burdese, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)* 1, Milano 1988, 21.

¹² Cfr. F. Zimmermann, *Ueber die Statthaftigkeit der sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen die 'actio pro socio'*, in *Arch. Civ. Praxis* 54, 1871, 255 ss.; W. Rosenblum, *Zur Lehre von der 'societas' in klassischen römischen Recht*, Zurich 1912, 87 ss.

¹³ Gai 3.135-137, dove i quattro contratti consensuali sono tutti indicativi come produttivi di obbligazioni reciproche tra le parti.

¹⁴ Si rinvia alla dottrina citata in Viaro, *Eccezione di inadempimento* cit. 171 s. nt. 11.

¹⁵ H. Kreller, *Recensione a S. Solazzi, La compensazione in diritto romano*, Napoli 1950, in *Iura* 2, 1951, 218.

forma di compensazione, come ipotizzato da Solazzi, una forma di interdipendenza funzionale tra le obbligazioni dei soci come forma di estinzione dell'obbligazione. Di avviso totalmente opposto è Franz Wieacker¹⁶, il quale reputa non esperibile che l'*exceptio inadimpleti contractus* in riferimento al contratto di società, essendo questo non sinallagmatico. Talamanca¹⁷ invece per quanto riguarda l'eccezione di inadempimento nel contratto di società mostrava perplessità poiché nel processo formulare il socio avrebbe dovuto intraprendere una sorta di litisconsorzio necessario coinvolgendo tutti i soci. Passando ad analizzare l'*actio pro socio*, Viaro evidenzia e problematizza il dato che l'esperimento della stessa comporti l'estinzione della società, come affermato in Paul. 32 *ad ed.* D. 17.2.65 pr. e in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.63.10. Arangio-Ruiz, nel commentare Paolo¹⁸, è del parere che, di fronte alla controversia instaurata da un socio, il giudice avrebbe potuto operare all'occorrenza la compensazione. Paolo (in 32 *ad ed.* D. 16.2.9 pr.) sottolinea che nonostante il padre fosse tenuto a rispondere dei debiti contratti dal figlio *ex societate* soltanto *de peculio*, e quindi il più delle volte la responsabilità del primo fosse limitata al *peculium*, la compensazione, in caso di *actio pro socio* esperita dallo stesso *pater*, poteva essere opposta per intero senza alcun riguardo alla limitazione di responsabilità stabilita a suo favore. Concludendo l'A. ritiene che, facendo ricorso i *prudentes* allo schema della compensazione nei giudizi di buona fede instaurati con l'*actio pro socio*, sia da escludersi che possa ricorrersi alla configurazione del sinallagma funzionale fra i soci: «per addivenire all'estinzione dei reciproci crediti tra le parti ... parrebbe richiedersi pur sempre che non vi siano giustificati motivi per rifiutare l'esecuzione della propria prestazione, e quindi non si possa logicamente sussumere tra questi ultimi la circostanza che un altro contraente abbia a propria volta dei debiti rimasti inadempiti»¹⁹.

5. Roberto Scevola inizia la sua trattazione²⁰ sostenendo che nell'ordinamento romano la dinamica tra *ius civile* e *ius honorarium* affievolisse il rigore del rigido sistema contrattuale rendendolo «aperto e controversiale». È così che si sarebbero individuate nuove frontiere delle responsabilità forgiando mezzi processuali sempre più aperti, e spianando la strada alla responsabilità da fatto lecito. La *datio ad experiendum* era un contratto innominato consistente nel trasferire la disponibilità di una *res* ad un soggetto che intendesse concludere una compravendita, perché questi la provasse. Ulpiano (in 32 *ad ed.* D. 19.5.20 pr.) riferisce un caso esposto già in Labeone di *datio ad experiendum* di cavalli: l'acquirente se ne sarebbe servito (nei tre giorni concessi *ad experiendum*) per concorrere ad una gara, vincendola; dopodiché avrebbe restituito i cavalli rifiutandosi di comprarli. Labeone si sarebbe interrogato sulla concessione dell'*actio venditi* (ma nel frammento manca

¹⁶ F. Wieacker, *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, in ZSS. 69, 1952, 326.

¹⁷ M. Talamanca, s. v. *Società in generale (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* 42, 1990, 821.

¹⁸ Con riferimento a Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.38 pr. in V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli 1982, 187.

¹⁹ Viaro, *Eccezione di inadempimento* cit. 187.

²⁰ R. Scevola, *Profili di responsabilità e tutele processuali nella datio ad experiendum: il caso di Ulp. 32 ad ed. D. 19.5.20 pr.*, in L. Garofalo (a c. di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015, 189 ss.

la soluzione da lui espressa), là dove Ulpiano affermerebbe doversi preferire un ricorso all'*actio praescriptis verbis*, qualificando la fattispecie come *do ut facias*, con un'allusione al comportamento sleale consistente nell'impiego improprio della *res experienda*. Scevola passa in rassegna le opinioni dottrinali, fra cui quella di Cursi e Fiori, che reputano doversi fare risalire la concessione dell'*actio praescriptis verbis* già a Labeone²¹. Scevola appare aderire appunto a tale opinione, sulla scia, fra l'altro, del rilievo per cui non sarebbe necessario presumere un rapporto di successione diacronica fra i due diversi rimedi (*actio ex vendito* e azione *praescriptis verbis*). L'a. conclude con un riferimento comparatistico, rilevando come le due ipotesi previste ex art. 1520 e 1521 c.c., mostrando come le odierne vendite con riserva di gradimento e a prova si discostino in più di un punto dalla *datio ad inspiciendum* e da quella *ad experiendum* romane.

6. Paola Ziliotto, nel proprio contributo²², prende le mosse dalle azioni penali per parlare dei casi in cui la stima del danno non patrimoniale giochi un ruolo nella sentenza del giudice privato. Infatti il diritto romano ha punito con pene pecuniarie, sulla base di un apprezzamento equitativo, condotte lesive di interessi non patrimoniali come ingiurie e violazione del sepolcro. Alla vittima è concessa l'*actio iniuriarum aestimatoria* e l'*actio de sepulchro violato*. Nei rapporti obbligatori e in ipotesi di responsabilità contrattuali non esiste un'azione specificamente concessa per le offese a valori non patrimoniali: spetta al giudice invece valutare se e come un interesse sia rilevante. In D. 17.1.54 Papiniano sostiene che nei giudizi di buona fede, una volta riconosciuto che l'inadempimento debitorio possa ledere interessi anche non patrimoniali, il giudice può determinare secondo la sua valutazione equitativa quale sia l'ammontare pecuniario, in una logica non più punitiva ma reipersecutoria. L'*actio iniuriarum aestimatoria* mira a punire ogni condotta oltraggiosa lesiva dell'integrità altrui. Funzione dell'azione è vendicare l'offesa e l'ammontare della condanna dipende dalla gravità dell'*iniuria*²³, che il giudice valuta sulla base dell'*aestimatio iniuriae*. Esempio è il caso dell'*actio de effusis vel deiectis*: Gaio in *ad ed. prov. D. 9.3.7* afferma che nel caso di ferimento di un uomo libero il giudice debba stimare le spese mediche e delle *operae* mancate: ma poiché il corpo non può essere oggetto di stima, sono escluse dal computo pecuniario del danno le cicatrici e le altre deformità. Ulpiano²⁴ non condivide l'opinione di Gaio, facendo riferimento all'intrasmissibilità dell'azione agli eredi del ferito in virtù dell'intrasmissibilità del danno al corpo, che avendo origine *ex bono et aequo* è un danno non pecuniario. Sebbene possa essere notato un parallelismo con l'azione *iniuriarum aestimatoria* e *sepulchri violati*, diverso risulta il contesto entro cui l'interesse non patrimoniale diventa rilevante, perché se nelle prime la pena ha funzione di vendetta, nell'*actio de effusis vel deiectis* l'accen-

²¹ Vd. M. F. Cursi, R. Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR.* 105, 2011, 154.

²² P. Ziliotto, *Il danno non patrimoniale nella sentenza del giudice privato*, già in *LR online*, 2012, e in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese* 4, Padova 2015, 389 ss.

²³ Vd. Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.10.1 pr.

²⁴ Ulp. 23 *ad ed. D.* 9.3.5.5.

to è posto sul danno in sé per cui la pena funge da riparazione del danno. Nell'ambito della responsabilità contrattuale invece, l'interesse non patrimoniale era tutelato all'interno delle azioni di buona fede. La testimonianza più esplicita ci è fornita da Papiniano in tema di mandato²⁵, dove il giurista fa riferimento all'*actio mandati* diretta ad ottenere una condanna pecuniaria a scopo di soddisfazione, liberamente rimessa all'apprezzamento del giudice. Tale azione, afferma, è esperita *affectus ratione*, secondo una regola generale approvata *prudentioribus*. Tuttavia è impossibile ricondurre a unità il sistema risarcitorio dell'interesse non patrimoniale: piuttosto l'a. afferma con sicurezza come, in diritto romano, fondamentale fosse il ruolo del giudice privato cui era rimessa in via equitativa la liquidazione giudiziale dell'offesa e del pregiudizio arrecato. Valutazione consentita, in caso di interesse extracontrattuale, dalla *condemnatio in bonum et equum* mentre in caso di responsabilità contrattuale dalla natura di buona fede dell'azione.

7. Nel proprio contributo²⁶, Paola Lambrini esordisce affermando come, nella civilistica italiana, discussa sia la tesi del dolo colposo, secondo cui il contratto è annullabile in presenza di ogni violazione dell'obbligo di correttezza nelle contrattazioni, sia essa intenzionale o colposa, purché induca in errore la controparte. È figura analoga al dolo eventuale di diritto penale inteso come potenzialità lesiva del contegno, così come affermato da Donativi²⁷. Per i giuristi classici il concetto di dolo non richiedeva l'elemento della intenzionalità. L'attuale regime del dolo mira a tutelare la volontà dell'ingannato attraverso l'annullabilità del negozio e contestualmente sanzionare il raggiratore attraverso il risarcimento del danno. Corsaro²⁸ sottolinea che se è vero che esistono ipotesi concrete stabilite dal legislatore in cui sono disciplinati i vizi del volere, tali ipotesi non sono sufficienti così che solo l'opera interpretativa del giurista sarebbe in grado tutelare la situazione di inferiorità di cui il raggiratore abusa. Tale ipotesi è a supporto dell'interpretazione estensiva del concetto di raggirato soccorre la normativa comunitaria che tutela il consumatore che sia stato spinto a prendere una decisione commerciale tramite atteggiamenti ingannevoli. Si può rivedere in questa disposizione il vizio della volontà prodotto da un comportamento scorretto della controparte, senza la necessità che tale comportamento sia prodotto intenzionalmente. Infatti l'art. 20 del codice di consumo non fa riferimento né al dolo né alla colpa grave. Se la pratica scorretta ha inciso in concreto sulla volontà del contraente sarebbe applicabile anche l'art. 1439 c.c. così che anche la condotta colposa possa essere causa di annullamento per dolo.

8. L'ottavo e ultimo saggio è dedicato da Tommaso Dalla Massara²⁹ al dolo incidente. I civilisti più vicini alla Pandettistica non esitano a ritenere che tale figura fosse nota

²⁵ Pap. 27 *quaest.* D. 17.1.54 pr.

²⁶ P. Lambrini, *Raggirato colposo e actio de dolo malo*, p. 271 ss.

²⁷ G. Donativi, *Il dolo tra vizi del consenso ed elemento soggettivo della responsabilità per inadempimento*, in *Giur. It.*, 1997, 1.1.506.

²⁸ L. Corsaro, *Raggirato, dolo colposo e annullabilità del contratto*, in *Giur. it.*, 1989, 1.2.39.

²⁹ T. Dalla Massara, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, p. 307 ss.

già nel diritto romano classico³⁰. Ma la distinzione tra dolo essenziale e dolo incidente emerge da quanto nel testo vollero scorgere i successivi interpreti. In D. 4.3.7 pr. Ulpiano, dando voce a Papiniano sostiene che il *favor libertatis* impedisse al *deceptus* di avvantaggiarsi della *restitutio*. Questo offre a Giuliano l'occasione per un'intuizione anticipatrice: l'ingannatore poteva ritenersi sottratto agli effetti del contratto perché il dolo aveva impedito che un accordo si perfezionasse. Se infatti la volontà è distorta in virtù del dolo, questa si considera assente. L'affievolimento della natura delittuosa del dolo apre le porte ad un collocamento dello stesso in ambito contrattuale in veste di vizio della volontà accanto alla violenza e all'errore. Per Biondi³¹, nel diritto romano non sarebbe esistita alcuna differenza tra dolo essenziale e dolo incidente, ma si potrebbe affermare che l'*actio doli* comportasse una condanna, configurando una sorta di 'precedente' dell'art. 1440.

Occorre essere grati a Garofalo per aver ripercorso attraverso gli otto contributi dell'opera l'evoluzione dell'istituto dell'*actio redhibitoria*, alla luce delle fonti e della dottrina, e con un occhio all'attuale diritto privato ed europeo. Nonostante la complessa articolazione, l'opera risulta omogenea e ben articolata.

Roberta Abbadessa
Università del Salento
roberta.abbadessa@gmail.com

³⁰ Vd. G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano* 4, Firenze 1891, 114 ss.

³¹ B. Biondi, *Stusi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis'*, Palermo 1912.