GIOVANNI BRANDI

IL PATTO DI RISCATTO NEL DIRITTO ROMANO

Sommario: 1. Incertezze fenomenologiche e di struttura nei diversi sistemi di diritto. - 2. D. 19.5.12 (Proc. 11. epist.) e Cl. 4.54.2 (*Alexander A Charisio militi*, a. 222). - 3. conclusioni.

1. Scarsamente applicata nel mondo romano, la retrovendita trova riscontro, anche solo per tracce remote, in diversi luoghi delle fonti.

Così in D. 13.7.13 (Ulp. 38 *ad ed.*) e in D. 20.5.7 (Marc. *l. s. ad formulam hypothecariam*)¹ i quali assumono notevole significato per chi ricerca l'origine del fenomeno nella protezione accordata al debitore pignoratio qua-

¹ D. 13.7.13.pr. (Ulp. 38 *ad ed.*) *Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere. 1 Venit autem in hanc actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.*

D. 20.5.7.pr. (Marc. *l. s. ad formulam hypothecariam*) *Si creditor pignus "vel hypothecam" vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recipere: an, si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? Et Iulianus libro undecimo digestorum scribit recte quidem distractum esse pignus, ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori. Sed quod Iulianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est. 1 Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recipere. Et si quidem ita venierit, ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam: si vero tempus praeteriit aut si non eo pacto res venierit, non potest rescindi venditio, nisi minor sit annis viginti quinque debitor aut pupillus aut rei publicae causa absens vel in aliqua earum causarum erit, ex quibus edicto succurritur. 2 Quaeritur, si pactam sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius posita, ideoque veniri possit. Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.*

Cfr. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1911, 472; Viard, *Les pactes adjoint aux contrats en droit romain classique*, Paris 1929, 80 ss.

lora il suo creditore abbia venduto il pegno a terzi.

Alla domanda se il debitore possa riprendersi il bene ipotecario rimborsando il prezzo, Marciano risponde affermativamente ma esige che egli abbia alienato con la clausola “...*ut si intra certus tempus a debitore pecunia soluta fuerit*”².

Sia Marciano che Ulpiano riportano l’opinione di Giuliano per la quale il debitore non potrà agire direttamente nei confronti del terzo acquirente ma solo con l’azione pignoratizia contro il suo creditore (venditore) il quale ultimo lo legittimerà all’*actio venditi*. Tuttavia la chiusa di D. 13.7.13 ed i luoghi di D. 20.5.7 in cui se ne parla (...*vel hypothecam... e quod... hypothecam est*) quasi sicuramente sono da ritenersi interpolati.

In D. 18.1.75 (Herm. 2. *iur. epit.*) e D. 19.1.21.5 (Paul. 33 *ad ed.*)³ Ermogeniano e Paolo riferiscono casi in cui il venditore ha alienato il fondo con il patto che se l’acquirente decide di rivendere dovrà preferire esso venditore a chiunque altro. In particolare nell’ipotesi riportata da Ermogeniano oltre la clausola contenente la prelazione ve ne risulta una seconda nella quale è espressa una *locatio cum mercede*. Entrambi i giuristi legittimano l’avente diritto all’*actio venditi*.

In D. 45.1.122.3 (Scaev. 28 *dig.*)⁴ due coeredi hanno diviso tra di loro i fondi ereditari lasciandone uno in comune con la clausola che volendolo

² A parte i dubbi suscitati dallo scorcio “...*Nisi minor ...succurritur*” evidentemente in contrasto con lo sviluppo del testo precedente ivi compresa la clausola *de quo*, abbiamo notizia di una *restitutio in integrum* a favore di un minore che ha lasciato perire il termine di una *lex commissoria*; cfr. D. 4.4.38.pr. (Paul 1 *decretorum*). Per tutti Viard, op. cit.

³ D. 18.1.75 (Herm. 2. *iur. epit.*) *Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel, si vendat, non alii, sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id quod pepigerunt ex vendito agere poterit.*

D. 19.1.21.5 (Paul. 33 *ad ed.*) *Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.*

⁴ D. 45.1.122.3 (Scaev. 28 *Dig.*) *Coheredes cum praedia hereditaria dividerant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienatur voluisset, eam vel coheredi suo, vel eius successori penderet viginti quinque: quod si quis aliter facisset, poenam centum invicem stipulati sunt: quaero, cum coheredes mulier coheredis liberorum tutores saepus testato convenerit et desideraverit, ut secundum conventionem aut emant aut vendant, hique nihil tale fecerint, an, si mulier extero vendideri, poena ab ea centum exigi possit. Respondit secundum ea quae proponerentur obstaturum doli mali exceptionem.*

vendere, ciascuno dei comproprietari potrà alienare la sua quota solo a favore dell'altro (ovvero dei suoi successori) ad un prezzo determinato e con la previsione di una penale in caso d'inadempimento. Accade allora che la donna coerede, avendo deciso di cedere la sua quota, interPELLI vanamente i tutori dei figli dell'altro coerede affinché eseguano l'accordo, vendendo infine ad un estraneo. Alla *quaestio* se essa possa essere convenuta per la penale Scevola risponde che la *mulier* potrà opporsi con un'*exceptio doli mali*.

Alle stesse conclusioni di Scevola conduce la costituzione di CI. 4.52.3 di Diocleziano⁵. L'imperatore precisa ad Aurelio Eusebio, evidentemente caduto in errore, che i comproprietari di un fondo indiviso sono liberi di vendere la loro quota ad estranei. Ne deriva (com'è stato giustamente osservato)⁶ che in tema di comunione, prima della spiegazione della cancelleria imperiale, la prassi di vendere a favore dei soci fu così generalizzata da essere ritenuta conforme a regole di diritto.

Di qualche utilità appare infine la lettura di D. 19.5.7, CI. 4.54.7 e CI. 5.72.1⁷.

Le uniche testimonianze sicure della retrovendita è lecito però individuare nei soli D. 19.5.12 (Procul. *II epist.*) e CI. 4.54.2 (*Alexander A. Charisio militi*) e ciò per ragioni fin troppo note.

Fondandosi l'economia più o meno esclusivamente sulla proprietà fondiaria, seppure nei diversi modi d'appropriazione e sfruttamento della

⁵ CI.4.52.3 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Eusebio*) *Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam, communi dividendo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.*

⁶ Penta, *Sul diritto di prelazione tra il I e il IV secolo*, in *Index* 12 (1983-84), 526-528.

⁷ I testi citati non confortano legami tra le ipotesi ivi descritte e quelle che ci occuperanno per la retrovendita ed il riscatto. Le apparenze, in particolare con i casi di D. 45.1.122.3, CI. 4.52.3, D. 18.1.75 e D. 19.1.21.5 che si potrebbero definire di prelazione, non nascondono le diversità che le separano sul piano logico e strutturale. La retrovendita produce l'obbligazione per l'acquirente di rivendere mentre la prelazione obbliga solo a preferire l'alienante. In ogni caso è da riconoscere in entrambi i fenomeni lo sforzo dei romani di rafforzare in rapporto a certe fattispecie la posizione di uno dei contraenti.

terra, la posizione dell'uomo della *civitas* si rapporta direttamente alla consistenza del suo patrimonio immobiliare.

Se il proprietario versa in cattivo stato e necessita per farvi fronte di ricchezza mobile, quasi sempre egli non si rivolgerà ad una classe organizzata di banchieri o di commercianti ma ad un altro proprietario che garantirà con privilegi reali e non certo ricorrendo ad una vendita con riscatto la quale sortendo effetti traslativi, decresce con il passaggio della proprietà, il peso socioeconomico di chi se ne spoglia: al più sarà convenuto un *pactum legis commissoriae* o *adiectionis in diem* che in nessun caso comporterebbero la perdita del bene⁸.

Ciò nondimeno emerge dai passi citati la volontà sia pure embrionale dei contraenti di realizzare investimenti per i quali chi vende non vuole farlo definitivamente ma per introitare denaro liquido e dietro una convenzione che gli conservi la possibilità di riavere il bene mentre chi compra non capitalizza la sua ricchezza ma la fa circolare, lucrando da tale flusso (senza il rischio di essere accusato di usura) il basso prezzo cui sono operate le cessioni a causa del patto e gli elevati interessi rappresentati dai frutti che la terra acquistata gli produce.

E a ben vedere D. 19.5.12 e CI. 4.54.2 si collocano cronologicamente nella seconda di quelle fasi di sviluppo dei rapporti e dei mezzi di produzione nelle quali il Serrao ha ricostruito l'evoluzione storica del diritto privato, cioè in quel periodo che va dal III sec. a. C. al III sec. d. C.⁹

Si tratta di un lungo lasso di tempo che iniziando con l'espansione imperialista di Roma vede la repubblica aristocratica trasformarsi da città

⁸ Oltre che nell'ormai classica opera del De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1979, questi argomenti vanno affrontati alla luce di tutta una serie di scritti recenti, i quali hanno recuperato anche nel sistema economico romano, tradizionalmente esaminato dalla sola angolatura della proprietà terriera, la rilevanza dell'attività imprenditoriale. Cfr. Serrao, *Diritto privato economia e società*, 1, Napoli, 1987, 9 ss; Petrucci, *Mensam exercere: studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli 1991; Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di economia nel mondo*, Pisa 1989; ID., *L'Impresa in Roma antica*, in *Studi De Sarlo*, Pisa 1989; Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo manager*, Milano 1984; Alfoldi, *Storia sociale dell'antica Roma*, 2, Milano 1987; Andreau, *La vie financière dans le monde romain: le manieurs d'argent*, Rome 1987; Capogrossi, *Max Weber e la storia antica*, 1, in *Estudios de derecho romano en hon. Alvaro D'Ors*, 1, Pamplona 1987, 345 ss.

⁹ Cfr. Serrao, *Diritto privato economia e società*, 1, cit., Napoli 1987, 9 ss.

stato in stato mondiale, attraverso fasi alterne di equilibri e di squilibri che degenereranno nel principato prima e nel dominio poi.

Dal punto di vista economico si afferma l'imprenditoria, continuamente trasformata dall'opera del pretore, il valore di scambio ed un notevole incremento del capitale commerciale, che innova tra l'altro i criteri di produzione agricola e dello sfruttamento delle terre per le quali si razionalizza l'organizzazione schiavistica sconosciuta dalle formazioni sociali precedenti basate per lo più sul valore d'uso nel sistema clientelare delle *gentes*.

Non si spiega allora l'indifferenza dei romanisti verso il *pactum de retrovendendo* (o *de retroemendo* secondo i casi)¹⁰ e la mancanza di scritti *ex professo* su quella gamma di fattispecie quali la rivendita, la rivendita condizionata, la promessa di rivendita, il riscatto e la ricompera, le quali sembrano operare tutte una sorta di neutralizzazione degli effetti del contratto consensuale.

E da qui forse deriva, nonostante la larga applicazione di questi fenomeni nel periodo intermedio¹¹ e quindi il notevole interesse dedicatogli dagli storici e dai giuristi del diritto comune, la difficile lettura dell'art. 1500 del codice civile che sulla scorta dell'art. 1659 del Code Napoléon e dell'art. 1515

¹⁰ Con il *pactum de retroemendo* il venditore si obbliga a riacquistare il bene entro un certo tempo a richiesta del compratore. Gli effetti che si producono e le motivazioni che ne inducono alla stipula sono quindi uguali e contrari a quelli del *pactum de retrovendendo* perciò (anche) per facilità espositiva userò quest'unica terminologia (peraltro non romana) per entrambe le situazioni.

¹¹ Per tutti Curtius, *Consilia*, Venetiis 1534, 9 ss; Baldus, *Commentaria in I Digesti veteris partem D. 2.14.59*, Venetiis 1572; Tiraquellus, *De utroque retractu municipali et conventionali, Commentarii duo*, Lugduni 1574, 2, 564; Zoannettus, *Tractatus de emptione et venditione sub pacto retrovenditionis*, Venetiis 1575, 372, 406 - 419; Calvinus, *Lexicon iuridicum iuris Caesarei*, Coloniae 1640, 665; Nigro, *De Laudemio*, Romae, 1650, 2, 57 - 58; De Luca, *Theatrum veritatis et Justitiae*, Venetiis 1716, 96 ss., 107 ss; Cujacius, *Opera ad lib IV, tit. 54 Cod. Just., col 972*, Venetiis-Mutinae 1758 - 82; Brunnemannus, *Commentarius in Pandectorum Libros*, Neapoli 1780, 863; Ferro, *Dizionario del diritto comune e veneto*, 9, Venezia 1788, voce *recupera*, 251 ss; Richerus, *Dictionarium iuris civilis canonici et feudalis*, Taurini 1792, voce *retractus*, 180 ss. Dalle definizioni dei giuristi medioevali, il meccanismo giuridico della convenzione è descritto in modo lacunoso. Non essendo precisata la natura degli effetti da essa spiegati, la sola circostanza che appare con certezza è che nella vendita interviene un patto per il quale il venditore entro un certo tempo può ottenere la *res* in restituzione.

del Codice del 1865 ha continuato ad inquadrare la vendita con patto di riscatto nel paragrafo del riscatto convenzionale, prescindendo come nelle passate esperienze, da un'adeguata ricerca storica che di certo avrebbe facilitato la soluzione di quesiti ancora irrisolti circa una scelta interpretativa di base dell'istituto.

L'art. 1500 del codice civile recita “ *Il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo ed i rimborsi stabiliti dalle disposizioni che seguono* ”.

Com'è stato giustamente osservato,¹² il Legislatore non ha dato di questa figura una definizione ma si è limitato a rappresentare gli effetti che nascono dalla sua esecuzione peraltro attraverso un dettato tecnicamente incerto che ha reso defaticante il tentativo degli interpreti di assodarne la funzione ed il fondamento.

Le parti stipulano il patto in vista della possibilità che esso attribuisce al venditore di recuperare il bene venduto per necessità od altra contigenza: perché vuole speculare sull'eventuale variazione di valore del bene alienato, perché trasferendolo nel momento in cui non gli è utile si cautela per l'ipotesi di averne bisogno in futuro o per altre ragioni ancora tutte ricollegabili ad un uso fiduciario del bene stesso.

Ciò non toglie che nella prassi esso venga utilizzato per realizzare una funzione di garanzia che non gli è propria¹³: il versamento del denaro da

¹² Rasi, *Il patto di riscatto nella compravendita*, in *Ann. Camerino* 24, 1958, 3 ss; ID., *Il patto di riscatto nella compravendita*, 2, in *Ann. Camerino* 26, 1960, 3 ss.

¹³ Cfr. Cass. sez. un. 3. 4. 1989 n° 1611, in *FI* 1989, I, 1428 ss. “E’ nulla la vendita con patto di riscatto ove le parti nel comune intento di vincolare il bene a garanzia ed in funzione del rapporto di mutuo sottostante, subordinano gli effetti del trasferimento, apparentemente immediato, all’adempimento del debitore venditore”.

Cfr. anche Cass. 14.4.1981 n° 2245, in *Mass.* 1981; Cass. 6.12.1983 n° 7271, in *FI* 1984, I, 426; *Riv. Not.* 1984, 403; *Quadrim.* 1984, 347 nota di Oberto; *GI* 1984, I, 1, 169, nota di Rosvati; Trib. Cagliari 26.6.1984, in *Riv. Giur. Sarda* 1986, 94; Cass. 12.12.1986 n° 7385, in *GC* 1987, I, 545; *FI* 1987, I, 799; *RGE* 1987, I, 380; *GI* 1988, I, 1, 1230, nota Iofrida; App. Cagliari 10.5.1986, *Riv. Giur. Sarda* 1988, 28; App. Cagliari 4.6.1986 in *Riv. Giur. Sarda* 1988, 376 nota Luminoso; Cass. 16.4.1987 n° 3784, in *GI* 1988, I, 1, 1231, nota Iofrida; *NGCC* 1988, I, 139 nota Vigli; *Riv. It. Leasing* 1987, 711; Cass. 27.2.1991 n° 2126 in *GI* 1992, I, 1, 136 nota Arietti in *GC* 1992, I, 3167 nota Azzaro; Trib. Milano 26.9.1991, in *GI* 1993, I, 698 nota Calvo; Cass. 27.9. 1994 n° 7882, in *Mass.* 1994; Cass. 13.12.1994 n° 10648, in *Mass.* 1994; Cass. 16.10.1995 n° 10805, in *Corr. Giur.* 1995, 1360 ss.

parte del compratore (finanziatore) spesso non costituisce pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serve per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia oppure no all'obbligo di restituire il dovuto¹⁴.

Si comprende pertanto la prudenza del Legislatore nel dare spazio alla vendita con riscatto, specificandone la tipicità e la funzione di scambio¹⁵ nonché la cura dei giudici nell'accertamento dell'esatta volontà delle parti¹⁶.

Chi rapporta il riscatto ad un atto meramente negoziale parla di un recesso eccezionalmente retroattivo quale esercizio di un diritto potestativo di natura personale¹⁷; di revoca (retroattiva) unilaterale del rapporto di vendita¹⁸; di "riappropriazione del diritto venduto"¹⁹; di atto negoziale di ripristinazione *ex nunc* della titolarità del diritto venduto²⁰; d'opzione di rivendita²¹; di vendita a termine finale (nel senso che la proprietà, trasferita

¹⁴ E' evidente sotto questo profilo l'elusione del divieto del patto commissorio (art. 1693-2744 cc.) se non addirittura dell'usura.

¹⁵ A tal proposito è significativo l'intervento di Precerutti in sede di redazione del codice del 1865, in Gianzana, *Codice civile*, 1, Torino 1887; ID., *op. cit.*, 3, 327 ss; *op. cit.* 4, 36-37; Cfr. anche Atti della Commissione delle Assemblee legislative, Libro delle obbligazioni, verbale n° 17. 229, in Pandolfelli, Scarpelli, Stella Richter M, Dallari, *Codice civile, Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori*, Milano 1942, 301 ss.

¹⁶ Cfr. Cass. 3. 4. 1989 n° 1611 cit.

¹⁷ Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 7, Torino 1972, 569 ss; Gabrielli, *vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano 1985, 94, 101, 112.

¹⁸ Luzzato, *La compravendita*, Torino 1961, 417 ss; Rubino, *La Compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano 1962, 1030-1031.

¹⁹ Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, 1, Roma, 1930, 21 ss; Puleo, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)*, Milano 1959, 323 ss; Militerni, *Sulla natura giuridica del patto di riscatto*, in *Tem. Napol.* 3, (1967), 257.

²⁰ Luminoso, *La vendita con riscatto*, in *Il codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, artt. 1500-1509, Milano 1987, 120 ss., 190 ss.

²¹ Rasi, *op. cit.*

temporaneamente in forza del patto è soggetta ad un termine *ad quem*)²².

Sono però rare le decisioni giurisprudenziali che si collocano in questo filone²³.

Di diverso indirizzo è la dottrina prevalente, la quale non manca di ravvisare nel patto una vendita sottoposta a condizione risolutiva potestativa con conseguente applicabilità dell'art. 1359 cc.²⁴

La dichiarazione di riscatto rileverebbe alla stregua di un mero fatto al cui verificarsi il contratto si risolve retroattivamente e con efficacia reale²⁵ anche per i terzi aventi causa dal compratore: condizione potestativa semplice per Pugliatti, Greco e Cottimo²⁶; risolutiva meramente potestativa per Rescigno²⁷; risolutiva meramente potestativa mista ad elementi causali per

²² Gorla, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1937, 303 ss; Barbero, *Sistema e Istituzioni del diritto privato italiano*, I, Como 1946, 524 ss. I principi rassegnati mi sembrano muovere tutti dallo Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, 2, Leipzig 1898, 44 ss., il quale per primo ha inquadrato il riscatto tra i "diritti del potere giuridico".

²³ Cass. 24.9.1979 n° 4921, in *GC* 1980, I, 662 nota Costanza; Cass. 12.12.1986 cit; Cass. 3.6.1991 n° 6227, in *GC* 1991, I, 2676.

²⁴ L'obiezione più frequentemente rivolta ai sostenitori del sopracitato indirizzo trae spunto proprio dalla inconciliabilità dell'art. 1359 con il regime della condizione potestativa: della libertà dell'obbligato sotto condizione potestativa con il dovere di non ostacolare l'avveramento della condizione. A tal proposito Trimarchi, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *RTDPC* 1966, 809 ss.

²⁵ Il riscatto produce l'immediato ritorno della proprietà della cosa in capo al venditore senza bisogno di una nuova manifestazione di volontà del compratore, anzi anche contro la sua volontà. La retrovendita è invece una condizione che seppure conclusa contestualmente al contratto di vendita non entra a far parte del contenuto di questa ma ha carattere preparatorio o preliminare di un futuro contratto, perciò il potere d'acquisto è attribuito con efficacia meramente obbligatoria. Cfr. Cass. 3.8.1964 n° 2213, in *RFI* 1964, voce vendita, 83 ss; Cass. 16.5.1975 n° 1895, in *GC* 1976, I, 1, 1589; Cass. 3.11.1979 n° 5705, in *RFI* 1979, voce vendita 72; app. Napoli, 6.7.1961, in *FN* 1961, I, 129.

²⁶ Pugliatti, *La trascrizione immobiliare*, 2, Messina 1946, 7 ss; Greco e Cottimo, *vendita*, in *Commentario al Codice civile* a cura di Scialoja e Branca sub artt. 1470-1547, Bologna-Roma 1981, 277-278.

²⁷ Rescigno, voce Condizione, *Enc. Dir.* 8 (1961), Milano, 784 ss. Cfr. anche Natoli, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze 1948, 433 nt. 4.

Pelosi²⁸.

A questo movimento si riconduce anche la giurisprudenza maggioritaria²⁹.

Infine non mancano i rilievi di chi non ritiene così stridente la discordanza tra i due orientamenti: la condizione potestativa propria e il diritto potestativo, sotto l'aspetto causale, s'identificherebbero nella medesima struttura³⁰.

A non meno complesse questioni interpretative induce, anche nel pensiero romano, l'esercizio del riscatto. La riserva di uno dei contraenti di ritornare sulla parola data al verificarsi di determinati eventi, si realizza per lo più attraverso l'aggiunta ad un negozio puro di particolari clausole che il Levj, anche sulla scorta della dottrina tedesca precedente e con non poca approssimazione dogmatica, ha chiamato "Rücktrittsvarbehalt" traducibile come "riserva di recesso"³¹. Qui non possono trovare luogo i dubbi che sorgono circa la loro esatta portata (*lex commissoria, in diem addictio, pactum displicentiae, pactum de retrovendendo o retroemendo, pactum*

²⁸ Pelosi, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano 1975, 288; ID., voce *vendita con patto di riscatto*, in *Enc. Dir.* 46 (1993), Milano, 517 ss.

²⁹ Cfr. Cass. 27.9.1994, n° 7882 cit; Cass. 25.1.1992, n° 812, in *Mass.* 1992; Cass. sez. un. 3.4.1989, n° 1611 cit; Cass. 16.4.1987 n° 3784, cit; Cass. 12.12.1986 n° 7385 cit; Cass. 6.12.1983 n° 7221 cit; Cass. 3.7.1980, n° 4254 e Cass. 24.5.1979, n° 2999, in *GI* 1981, I, 1, 292; Cass. 16.5.1975 n° 1895, in *GI* 1976, I, 1589; Cass. 18.9.1974 n° 2498, in *RGI* 74, voce *vendita*, 6162; App. Catanzaro 26.1.1965, in *CG* 1966, 629; Cass. 14.5.1962 n° 1004, in *FI* 1963, I, 365; Cass. 19.10.1957, n° 3994, in *VN* 1958, 46; Cass. 30.7.1957, 3229, in *RFI* 1957, voce *vendita*, 184; App. Catanzaro 7.3.1956, in *CG* 1956, 108; Cass. 30.12.1954 n° 4638, in *RFI* 1954, voce *vendita*, 220; App. Milano 14.6.1946, in *Temi* 1947, 119; App. Cagliari 11.5.1948, in *Foro Sardo*, 1949, 5; Cass. 22.12.1947 n° 1715, in *RFI* 1947, voce *vendita*, 291.

³⁰ Per tutti Romano, *Vendita e contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano 1967, 187 ss. Lo stesso Windscheid ne parla come di "formule risolutive concernenti in definitiva il contratto sotto il profilo di un particolare atteggiamento dell'esercizio dello stesso potere dispositivo", *Diritto delle Pandette*, 2, (nella traduzione italiana di Fadda e Bensa), Torino 1930, 262 ss.

³¹ Levj, *Zu den Rücktrittsvarbehalten des romischen kaufs*, in *Simb. Friburg. in hon. O. Lenel*, 1931, 108 ss.

protimiseus)³².

Basti dire con l'opinione della più recente giurisprudenza (che trova in Giuliano e per la *lex commissoria* in Nerazio Prisco le prime intuizioni)³³ che ci troviamo di fronte a "patti risolutivi sospensivamente condizionati".

³² La qualificazione giuridica dei patti è quesito assai rilevante poiché da essa dipendono conseguenze diverse (in materia di frutti, di usucapione, di *periculum* della *res*) a seconda della soluzione seguita. La più antica giurisprudenza ha inteso le clausole come condizioni sospensive. Così Sabino, Pomponio, ed i più antichi giuristi. Cfr. D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse fructus et accessiones lucrari...*; D. 18.2.4.pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere*; D. 18.2.15.pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Si praedio in diem addictio ante diem venditor mortuus sit, sive post diem heres ei existat sive omnino non existat, priori praedium emptum est, quia melior condicio allata, quae domino placeat, intellegi non potest, cum is qui vendat non existat: quod si intra diem adiectionis heres existat, melior condicio ei adferri potest*; D. 18.2.15.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Si fundus in diem addictus fuerit pluri, ut quaedam ei accedant, quae non accesserint priori emptori, si non minoris sint hae res, quam quo pluri postea fundus venierit, prior venditio valet, quasi melior condicio allata non sit: si minoris sint idemque aestimandum est, si dies longior pretii solvendi data fuerit, ut quaeratur quantum ex usura eius temporis capi potuerit...*; D. 41.4.2.3 (che leggeremo in seguito) e 4 (Paul. 54 *ad ed.*)...*alii et hanc sub condicione esse contractam*; *Inst. lust.* 3.23.4 *Emptio tam sub condicione quam pura contrahi potest. Sub condicione veluti "si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot"*.

³³ D. 6.1.41.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*) *Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti ed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit*; D. 18.2.6.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Si quis extiterit, qui meliorem condicionem adferat, deinde prior emptor adversus eum licitatus sit et penes eum emptio remanserit, dubitari poterit, utrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore condicione allata, an vero venditoris sint, licet eadem sit persona, quae meliorem condicionem attulit quod ratio facere videtur: intererit tamen, quid acti sit: et ita Pomponius scribit*; D. 18.2.18 (Afric. 3 *quaest.*) *Cum in diem duobus sociis fundum sit addictus, uno ex his pretium adiciente etiam pro ipsius parte a priore venditione discedi rectius existimatur*; D. 18.3.2 (Pomp. 35 *ad ed.*) *Cum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset*; D. 18.3.4. pr. (Ulp. 30 *ad ed.*) ...*videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris et*

Essi aggiunti ad un contratto consensuale puro (per lo più la vendita), agiscono esternamente sul consenso ma in modo diretto, spiegando efficacia variamente modellatrice dell'assetto negoziale diviso dalle parti.

In altre parole si pone in essere una vendita incondizionata ma in un secondo momento da un punto di vista logico (o effettivamente cronologico, *in continenti-ex intervallo*) si prevede un patto contenente modalità accessorie tali da far cessare gli effetti del contratto al verificarsi della condizione da esso contemplata³⁴.

quidem finita est emptio; D. 18.3.5 (Nerat. 5 membran.) ...*lege fundo vendito dicta, ut si intra certum tempus pretium soluta non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percipisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet*; D. 18.5.10 (Scaev. 10 dig.) ...*quaesitum est, an irrita emptio facta esset, respondit secundum ea quae proponerentur inemptam videri*; D. 18.2.1 (Paul. 5 ad Sab.) ...*Ille fundos centum tibi emptus nisi si quis meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat*; D. 44.7.44.2 (Paul. 72 ad ed.) ...*condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione non quae post perfectam eam ponitur, veluti centum dari spondes nisi ex Asia venerit? Sed hoc casu existere condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali*.

³⁴ Oltre gli autori già citati cfr. Girard, *Manuèle elementaire de droit romain* cit., 510, 592-95, 598; Landucci, *Azione per far valere il "pactum displicentiae" e la "lex commissoria" nella compravendita*, in *Atti dell'Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti, classe di scienze morali e lettere*, 2, 1915-1916, 137 ss; Longo, *Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria nella vendita*, in *Bull. ist. dir. rom.* 31, (1921), 40 ss; Grosso, *L'efficacia dei patti ne i "Bonae fidei iudicia"*, in *Studi Urbinati I e 2* (1927-28), Napoli, 29 ss., 3 ss; Wiard, *Le pactes adjoint aux contracts en droit romain classique* cit; Archi, *La restituzione dei frutti nella vendita con In diem addictio e con la lex commissoria*, in *Studi in onore di V. Ratti*, Milano 1933, ora in *Scritti di Diritto romano, I*, Milano, 1981, 695; Romano, *Note sulla In diem addictio*, in *Studi sc. giur. soc. Univ. Pavia*, 1937, 291; Sargenti, *Appunti sulla esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *Studi in onore di V. A. Ruiz nel 40° anno del suo insegnamento*, 2, Napoli, 1953, 233 ss; Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano I e 2*, Napoli 1956; Magdelaine, *Le consensualisme dans l'Edit du Preteur*, Paris 1958; Archi, *voce condizione (Diritto romano)*, in *Enc. Dir.* 8 (1961) Milano, 743-758; Roussier, *Le pacte adjoint in continenti à la stipulation*, in *Studi Betti 4*, Milano, 1962, 3 ss; Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, 178 ss; Burdese, *voce patto (Diritto romano)*, in *NssDI* 12 (1965), Torino, 708 ss; Bechmann, *Der kauf gemeinem recht*, Aalen 1965, 503 ss., 520 ss; Knutel, *Die Inhauren der "exceptio pacti"*, in *(bonae fidei iudicium)* in *ZSS.R.* 84 (1967), 133 ss; Wesel, *Zur dinglichen Wirkung der Ruchtrittsvorbehalte der romischen Kauf*, in *ZSS* 1968, 94 ss; Flume, *Die Aufhebungsabreden beim kauf lex commissoria, in diem addictio un sogenantes pactum displicentiae und die bedingung nach der Leher der Romischen Klassichen*, in *Festschrift fur Kaser*, Munchen 1976, 309 ss; Melillo, *voce Patto (Diritto Romano)* in *Enc. Dir.* 32 (1982), Milano 479 ss.

Questa struttura per quanto giuridicamente fondata non elimina i dubbi emergenti nelle diverse fattispecie, risultando difficile stabilire in concreto quando le parti hanno voluto apporre una condizione sospensiva e quando invece un patto di risoluzione.

A questo riguardo ci soccorrerebbero le fonti ³⁵.

³⁵ D. 18.2.2. e 4 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est ed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio quae sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est ut perficiatur emptio nisi melior condicio offeratur erit emptio condicionalis. Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere si res interierit....*

4 Ubi autem condicionalis venditio est negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere.

Per Ulpiano la *in diem addictio* sarebbe una condizione sospensiva o un patto di risoluzione a seconda della volontà delle parti.

D. 41.4.2.3 (Paul. 54 *ad ed.*) *Sabinus si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra certum diem soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Ed videamus utrum condicio sit hoc an conventio; si conventio est (emptio) magis resolvitur quam implebitur.*

Di fronte all'asserzione di Sabino per la quale il compratore non può usucapire *medio tempore*, Paolo rileva che la decisione dipenderebbe dalla diversa lettura della *lex commissoria* come condizione oppure come patto di risoluzione.

D. 18. 3.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvit emptio quam sub condicione contrahi videtur.*

Nelle ipotesi dubbie la *lex commissoria* andrebbe interpretata come patto di risoluzione.

La casistica rassegnata rivela queste questioni come problemi non di diritto ma di fatto, d'interpretazione della esatta volontà delle parti, questioni che riguardano il giudice e non il giurista poiché si deve appurare nella considerazione della specie, cosa esse abbiano effettivamente voluto per poi trovare nell'ordinamento la loro giusta regolamentazione. Concordo tuttavia con il Longo (al quale rinvio per un'attenta esegesi dei passi citati) quando esclude, anche sulla scorta degli apporti esegetici del Beseler e del Riccobono, che l'apparato testuale a nostra disposizione non corrobora l'idea che già in epoca classica il criterio seguito fosse quello della volontà delle parti, costituendo questo un punto di arrivo della dottrina giustiniana. Cfr. Longo, *Sulla In diem addictio e sulla Lex Commissoria nella vendita*, cit. 45, 49; Arango Ruiz, *op. cit.* 405-408.

2. D. 19.5.12. (Proc. *II epist.*) *Si vir uxori suae fundus vendidit et in venditione comprehensum est conuenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personas observandum.*

Il marito ha venduto alcuni suoi fondi alla moglie col patto che in caso di divorzio ³⁶, se Egli lo vorrà, potrà ricomprarli allo stesso prezzo dell'attuale alienazione.

Il riscatto è dunque subordinato a due condizioni: lo scioglimento del matrimonio e la mera volontà del venditore di riappropriarsi dei beni.

Per il caso patologico in cui l'*emptor* si rifiutasse di retrovendere, per quanto ampie siano le convenzioni tutelate con le *actiones empti* e *venditi*, è accordato al precedente proprietario solo un *iudicium in factum*.

La menzione dell'*actio in factum* ³⁷ quando già Labeone attribuisce, per ipotesi simili, l'*actio civilis incerti*, muove le perplessità dei giuristi nel considerare la retrovendita come intrinseca allo schema negoziale tipico della compravendita e spiega la difficoltà dei giudici di comprenderla nell'*ob eam rem quidquid fieri oportet* ³⁸.

Difatti l'interpretazione della volontà delle parti alimenta ricostruzioni diverse: quella di un contratto preliminare che incorporandosi nella vendita produce l'effetto della restituzione, ³⁹ del *negotium mixtum cum donatione*

³⁶ Più che a un divorzio, il testo sembra riferirsi ad un ripudio esercitato dalla sola moglie: "un divorce signifè par la femme", scrive Accarias. Diversamente sarebbe stata usata un'altra forma: *si nuptiae desissent*, per esempio. Cfr. Accarias, *Thèorie des contracts innomès et explication du titre de praescriptis verbis, au Digeste*, Paris 1866, 261-263.

³⁷ Nota bene l'Arangio Ruiz, *op. cit.* 420 nel rilevare gli ostacoli che si frappongono all'azione contrattuale: ponendosi dal punto di vista della condizione sospensiva, viene tutelata una convenzione che il verificarsi dell'evento pone nel nulla come mai verificatasi e dal punto di vista della condizione risolutiva, una convenzione che pur avendo parzialmente prodotto i suoi effetti, verificandosi l'evento cessa di esistere.

³⁸ Pernice, *Labeo*, 2, 1, *Neudruck der Ausgabe*, Halle 1895, 186 ss.

³⁹ Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 1966, 484.

⁴⁰ ovvero della donazione coperta da una vendita, della compravendita posta in essere per garantire un'obbligazione dietro un patto che tuteli anche l'interesse del marito a riavere i fondi ove le nozze si scioglano ⁴¹.

Per De Francisci e Bechmann ci troviamo ad esaminare una promessa di rivendita che non realizza automaticamente i suoi effetti ma obbliga le parti ad una nuova manifestazione di volontà ⁴².

Una più attenta esegesi dovrebbe forse dimostrare che nell'ipotesi descritta da Proculo siamo di fronte a due contratti di vendita di cui uno puro e l'altro sottoposto a condizione sospensiva (*si ea nupta ei esse desisset/ si ipse vellet*) per i quali sono state necessarie due specifiche dichiarazioni.

Di fondamentale interesse per l'intelligenza del testo risulta l'uso del verbo *transcribere* come evidente riferimento ad un vincolo contratto *litteris* ⁴³. Con il manifestarsi da parte del marito della volontà di risolvere la vendita, la moglie ha annotato sul suo *codex* di essere creditrice del prezzo e debitrice della cosa vendutale così come avrebbe dovuto il coniuge in senso opposto. Ma dal rapporto controverso non nasce l'azione del contratto nominato per cui è lecito argomentare che il marito non ha annotato sul suo libro la pretesa, a tutela della quale, non trovando alcun mezzo nello *ius civile* ha esperito un'azione atipica. Non comunque l'*actio in factum* del testo poiché Proculo nel descrivere quest'ultima avrebbe inteso riferirsi

⁴⁰ Seidl, *Proculus als schueler Labeos*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, 3, Milano, 1231 ss.

⁴¹ Penta, *op. cit.* 526-528.

⁴² De Francisci, *Sinallagma, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavia 1913, 282; Bechmann, *op. cit.* 2, 490 ss.

⁴³ Accarias, *op. cit.* 262-263. In questa accezione la più antica testimonianza è in Ovidio (*metam.* 7.172-190) dove mi sembra evidente l'allusione al trasferimento di un rapporto obbligatorio (*transcriptio a personam in personam*, Gai 3.128-130).

...*Mota est pietate rogantis, dissimilemque animum subiit Aeeta relictus; nec tamen adfectus tales confessa "Quod" inquit "excidit ore tuo, coniunx, scelus? Ergo ego cuiquam posse tuae videor spatium transcribere vitae? Nec sinat hoc Hecate, nec tu petis aequa; ed isto quod petis, experiar maius dare munus, Iason. Arte mea soceri longum temptabimus aevum, non annis renovare tuis, modo diva triformis adiuvet et praesens ingentibus adnuat ausis"....*

all'*actio praescriptis verbis*⁴⁴.

Il *transcriberet* ritorna interessante anche da un altro angolo visuale ove ci si voglia scorgere la traduzione e quindi il riconoscimento nell'Ordinamento romano dell'ellenistica *καταγραφή* quindi del modo greco di trasferimento della proprietà sugli immobili e gli schiavi e del relativo sistema di pubblicità⁴⁵.

Il Segrè muovendo dalla traduzione di *καταγραφή*, reso in latino sia con *mancipatio* che con *transcriptio* e confrontando il testo di Proculo con quello di D. 32.41.9 (Scaev 22 dig.)⁴⁶ considera il *transcriberet* una sostituzione di *mancipare* motivando il rimaneggiamento con la volontà giustiniana di eliminare nei due testi classici ogni traccia dell'originaria *mancipatio*⁴⁷.

⁴⁴ Non si spiegherebbe altrimenti come mai il giurista dell'*actio praescriptis verbis*, anziché accordare la sua azione prediletta ed in una convenzione *sine nomine* dove avrebbe trovato facile giustificazione, preferisca ricorrere all'ormai desueta *actio in factum*. Per il Bonfante, *op. cit.* 282, i compilatori lasciarono inalterato il testo proculiano ed intesero il giudizio *in factum* come *actio praescriptis verbis*.

Contra Audibert, *Les différentes noms dell'actio praescriptis verbis*, in Melangès Gerardin 1907, 46 ss. e *L'expression "civilis in factum"*, in Melangès Fitting, 1, (1907), 40 ss.

⁴⁵ Nel significato tecnico corrispondente a quello di *καταγραφή*, *καταγράφω*, l'uso del *transcribere* ritorna in numerose fonti giuridiche e non giuridiche: Pseudoquint. *declamationes maiores* 12. 18; panegirico di Treviri 310 d. C.; Sidonio Apollinare, *Carm.* 2. 461; Agrecio, *Ars de orthografia* 1.117; D. 32.41.9 (Scaev. 22 dig.); CI. 7.75.3 (a. 290); C. th. 14.3.1 (a. 319); C. Th. 2.10.4 (a. 328); C. Th. 12.1.49.1 (a. 361); C. Th. 4.6.4 (a. 371); C. th. 8.18.6 (a. 379); CI. 14.4.5 (a. 389); CI. 11.25.1.1 (a. 399); CI. 11.3.3 (a. 399); CI. 1.2.14.10 (a. 470); CI. 5.74.3.2 (a. 529). Nello stesso senso del testo i glossari riuniti del *Corpus glossarium*.

Per tutti Kaser, *Das romische privatrecht*, 1. 2 (1971), 513 nt. 5, 561-562 e Frezza, *Istituti ellenistici nei testi del Corpus iuris civilis*, in *Studi in onore di V. A. Ruiz*, 4, Napoli, 209 ss. Quest'ultimo sulla scorta di una problematica instaurata dal Mitteis e dallo Schoenbauer riferisce la questione agli studi sull'applicazione della *Constitutio Antonina*.

⁴⁶ D. 32.41.9 (Scaev. 22. dig.) *Agri plagam, quae est in regione illa, Maevius Publio et Gaio transcribi volo, pretio facto viri boni arbitrato et hereditati illato, duplae evictione expromissa reliquis heredibus, ita ut sub poena centum promittant eam agri plagam partemve eius ad Seium posterosve eius non perventuram quaqua ratione cet.*

⁴⁷ Cfr. Segrè, *An essay on the Nature of Real Property in the classical World*, New York, 1943, 49 nt. 61, 68 ss.

La supposizione non mi appare fondata. Come nota il Frezza⁴⁸ *mancipatio* e *transcriptio* nel linguaggio giuridico tardo non sono usati uno in luogo dell'altro ma traducono indifferentemente in latino il greco *καταγραφή*. Inoltre bisognerebbe spiegare come mai il termine *mancipatio* (*mancipare*) che nei Digesta è sempre sostituito con *traditio* (*tradere*) sarebbe stato alterato con il *trascrivere* nei soli testi di Proculo e di Scevola. Invero le questioni sottoposte ai due giuristi non riguardano il modo di trasferimento delle cose (fondi rustici) ma la validità di atti di autonomia privata (divieto fedecommissario di alienare a persona data in D. 32.41.9) per i quali essi non avevano alcuna ragione di forzare a scopi scientifici il tenore del caso sottopostogli e quindi di modificarne le modalità traslative che vi emergevano.

Se valgono queste considerazioni, Proculo e Scevola rivelano diffuso, anche in Occidente già a partire dal I secolo, il trasferimento scritto e pubblicizzato delle vendite immobiliari (quindi del patto di riscatto) che ben conoscevano nei loro responsi spesso riferiti anche a fattispecie provenienti dal mondo ellenistico.

Nessuna ragione ostativa è emersa nell'azione legislativa e giurisdizionale delle cancellerie imperiali o nell'attività rispondente degli altri giuristi⁴⁹ anzi nei papiri di Ravenna è provato che in Occidente la registrazione degli atti di trasferimento degli immobili veniva raccolta nei libri catastali tenuti dalle curie⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. Frezza, *op. cit.* 211, 212.

⁴⁹ Come giustamente scrive il Frezza, la *καταγραφή* come modo formale ed astratto di trasferimento alla stessa stregua di una *iusta causa traditionis*, non urta contro nessuno dei principi romani in tema di alienazione degli immobili. Al contrario fonti diverse (Vat. Frag. 35. 4, 249.6 e 7, C. Th. 2. 29. 2) rivelano che le cancellerie imperiali colsero nella *traditio* un requisito essenziale per l'alienazione degli immobili anche quando essa fosse sottoposta all'adempimento della *scriptura quae praedium transfert*, ossia della *καταγραφή*. Cfr. *Istituti ellenistici cit.* 215-216; In questo senso anche Archi, "Civiliter vel criminaliter agere" in tema di falso documentale. *Contributo storico-dommatico al problema della efficacia della scriptura*, in *Scritti in on. di C. Ferrini* pubblicati in occasione della sua beatificazione, Milano 1947, 1 ss., 55.

⁵⁰ L'istituzione nell'Egitto greco romano della Βιβλιοθήκη ἐγκθήσεων servì con ogni probabilità a perfezionare il sistema di pubblicità.

Proculo chiude il passo aggiungendo che le pattuizioni di cui si discute possono operare anche al di fuori dei rapporti tra marito e moglie tuttavia lo scorcio *Idque ...observandum* è unanimemente ritenuto un'aggiunta suppletiva dei compilatori.

Veramente fondamentale per lo studio della retrovendita risulta il testo di

Cl. 4.54.2 (Imp. Alexander A. Charisio militi)

Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoquaque, vel intra certa tempora obtulissent restitueretur; teque parato satisfacere, conditioni dictae, heres emptori non pareat, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur: habita ratione eorum, quae post oblatum ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.

I proprietari di un fondo lo hanno venduto, accordandosi con l'acquirente circa la sua restituzione che dovrà realizzarsi tramite rivendita ove essi stessi o un loro erede offrano lo stesso prezzo.

Si verifica il caso che nonostante Charisio figlio dei venditori sia pronto a rispettare il contratto, l'erede del compratore si rifiuta di retrovendere. Alessandro Severo accorda nella specie l'*actio ex venditi* anziché il *iudicium in factum* di Proculo tenuto conto dei frutti maturati a favore della controparte dopo l'offerta della ricompera nonché l'*actio praescriptis verbis*.

La Costituzione di Alessandro è l'unico frammento che riferisce senza alcun dubbio il fenomeno ad un'ipotesi che potremmo definire di riscatto

Pap. Rav.115 (a. 540), 1.1.9-10

...quolibet modo aut quolibet tempore quando eidem emptori placuerit sollemnem traditionem celebrari ut agnoscat ad se deinceps omnia pertinere nomen quoque meo de polypticis publicis eximi faciatis et nomen s.s. emptoris in loco prosterni faciatis cet.

Pap. Rav.116 (a. 540), 1.1.10-13

...fieri traditionem legi actisque ventris indi Tabulario quoque Civitatis vestrae admonere curavit ut cispitis iugationem memorati loci quae in documentis insertum est sicuti supra legitur idem comparatori Actoribusque eius designari praecipiat ut omnia a praesenti indictione ad suum dominium pertinere cognoscat cet.

Contra Segrè, op. cit. 49.

nel diritto romano. Che essa sia indirizzata ad un militare conforta quanto si diceva in premessa circa l'origine del patto per l'essere i *milites* spesso senza denaro e quindi costretti alle convenzioni più inusuali per procurarsene ⁵¹.

Dalla lettura del testo può trarsi che il riscatto deve essere inserito nel contratto in continenti, l'azione può essere ceduta (salvo accordo contrario), l'obbligazione dell'*emptor* si trasmette *iure* ai suoi eredi ed aventi causa.

Il patto non crea i suoi effetti automaticamente ma è necessario che l'interessato ne faccia operare il meccanismo chiedendone l'esecuzione, quindi con l'offerta del prezzo. Sulla base dell'*obtulisset* del brano, la semplice offerta verbale dovrebbe essere sufficiente per far operare il meccanismo della rivendita non essendone specificato alcun deposito reale o una qualsiasi operazione di enumerazione.

La Glossa tuttavia commenta l'*oblatio* come *consignatam et depositam*.

Il riscatto non può essere soggetto a termine (*quandocumque*). Se inserito il *dies* è però di decadenza per cui se il venditore lo farà perire senza offrire la somma, il patto sarà nullo e la ricompera non potrà trovarvi luogo ⁵². E' lecito argomentare che la mancanza del termine facesse notevolmente diminuire il prezzo della vendita ritornando particolarmente oneroso per il compratore un contratto tanto indefinitivamente sospeso.

La duplicità dei mezzi processuali in una costituzione che come scrive il De Francisci ⁵³ non si propone la disquisizione di principi teorici ma la composizione pratica di una controversia insorta tra le parti desta forti sospetti di interpolazione ⁵⁴.

Probabilmente i compilatori hanno voluto inserire accanto all'*actio*

⁵¹ E' questo un rilievo del Rasi che muove tuttavia da premesse diverse nel ricercare l'origine del patto, da D. 13.7.13.4 e D. 20. 5. 7 (sopracitati) nei quali riposerebbe l'interesse al riscatto del debitore pignoratizio quando il creditore ha venduto ad altri il pegno... *si creditor pignus vendiderit hoc pacto, ut liceat, sibi reddere pecuniam et pignus recipere: an paratus sit*. Cfr. *op. cit.*, 1, 43.

⁵² Forse a riprova D. 20. 5. 7. 1. cit. nonostante i già menzionati sospetti.

⁵³ De Francisci, *op. cit.* 283.

⁵⁴ Pernice, *op. cit.* 186-87; Girard *op. cit.* 723.

venditi sulla cui esperibilità a tutela di rapporti di retrovendita non sorgevano più discussioni⁵⁵, l'*actio praescriptis verbis* che ormai risultava obsoleta già all'epoca dei Severi con la disapplicazione della procedura formulare.

E' quindi da eliminare lo squarcio "*praescriptis verbis vel*" al quale in ogni caso non sostituirei in *factum*: ammessa l'azione contrattuale *ex venditi* quella da contratto innominato sarebbe stata veramente superflua⁵⁶.

3. E' facile accorgersi che ci troviamo di fronte a due convenzioni con efficacia obbligatoria le quali comunque vengano intese⁵⁷ rafforzano la posizione dell'alienante, garantendogli con la *res* "un rapporto economicamente più significativo"⁵⁸ tale cioè da imporre all'acquirente l'obbligo di *retrovendere*.

Ricorrendo ai principi generali, è certo da escludere che l'offerta del

⁵⁵ Cfr. D. 18.3.4. pr. (Ulp. 32 *ad ed.*) *Si fundos lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum inemptus fieret: videamus quem admodum venditor agatam de fundo, quam dehis, quae ex fundo percepta sint? Itemque si deterior fundos effectus sit facto emptoris? Et quidem finita est emptio; sed Jam decisa quaestio est ex (a) vendito actionem competere, ut rescriptis Antonini et Divi Severi declaratur.*

⁵⁶ Alla fine dell'epoca classica (oltre che nei brani esaminati) si continua a parlare di azioni diverse dalla vendita nei soli D. 18.1.50 e D. 18.5.6. La loro autenticità è però quasi unanimemente disconosciuta.

⁵⁷ Pur volendo annoverare il *pactum de retrovendendo* tra i *pacta adiecta* così come studiati dalla dottrina di cui sopra e per la quale (come si è visto) da una prima interpretazione come condizioni sospensive sarebbero stati considerati risolutivi sospensivamente condizionati, rimangono i dubbi del Beseler, più volte espressi nelle Critiche ed in altri scritti, dello Henle e dello stesso Arangio Ruiz. Per quest'ultimo ricostruire il pensiero romano nei termini su esposti (a parte l'appiglio testuale di D. 41.4.2.3) significherebbe postulare un vero e proprio *monstrum*: "...per rappresentarsi un patto condizionale bisogna anzitutto potersi rappresentare il patto in se e per se come puro e semplice e poi aggiungervi la condizione, ma un patto puro e semplice di risoluzione significa disvolere quello che si vuole, cioè *nihil agere*". Cfr. Arangio Ruiz, *op. cit.* 407; Henle, *op. cit.* 69; Beseler, *Beitrag zur Kritik der romischen Rechtsquellen*, 1, Tubingen 1910, 85 ss., 2, Tubingen 1911, 57 ss., 167.

⁵⁸ Penta, *op. cit.* 527.

prezzo faccia ritornare automaticamente la proprietà al venditore, facultandolo se del caso alla *rei vindicatio* poiché questa in ogni caso presuppone la *mancipatio*. A parte l'inadeguatezza di una clausola contrattuale al perseguimento di un effetto reale, gli *acta legitimi* essendo autonomi non tollererebbero l'apposizione della clausola accessoria recante la condizione. E' possibile invece rinvenire nelle fonti, esempi diversi di *res Mancipi* che dietro la pattuizione del recesso sono messe a disposizione della controparte con la sola *traditio*. E a tal proposito l'Arangio Ruiz in più luoghi della sua compravendita ha spiegato come preconcepita, in tema di obbligazioni del venditore, la dottrina che questi debba *mancipare*. Per l'esecuzione di un contratto di *ius gentium* basta la *traditio*, se si ricorre alla *mancipatio* è per la generalizzazione dei mezzi solenni all'atto del trasferimento del *dominium* e sicuramente per meglio garantire l'acquirente. Ma nel caso di fattispecie progressive quali quella in oggetto (ed escludendo il *pactum displicentiae*) il venditore non vuole garantire che se stesso.

Quanto detto è messo in dubbio da una serie di testi: D. 6.1.41. pr. (Ulp. 17 ad ed.), D. 18.2.4.3 (Ulp. 28 ad Sab.), D. 20.6.3 (Ulp. 8 disputat.), D. 39.3.9 (Paul. 49 ad ed.), CI. 4.54.4.4 (*Imp. Alexander A. Juliano*)⁵⁹ i

⁵⁹ D. 6.1.41.pr. (Ulp. 17 ad ed.) *Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiecto sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit.*

D. 18.2.4.3 (Ulp. 28 ad Sab.) *Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.*

D. 20.6.3 (Ulp. 8 disputat.)... *Ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret.*

D. 39.3.9 (Paul. 49 ad ed.) *In diem addictio praedio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut, sive remanserit penes emptorem sive recesserit, certum sit voluntae domini factam aquae cessionem.*

CI. 4.54.4 (*Alexander A. Juliano*) *Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

quali legittimando anche nel caso delle convenzioni accessorie l'avente diritto alla *rei vindicatio*, affaticano la dottrina di questioni che ancora oggi rimangono irrisolte. Né risulta appagante la spiegazione di chi rapporta il fenomeno all'atto stesso del *mancipium*. Tra questi il Frezza, il quale convenendo che una clausola contrattuale non possa operare il trasferimento della proprietà, vede ad esempio nella *in diem addictio*, una *lex rei suae dicta* in grado di rendere possibile l'automatica revocabilità del dominio passato con la *mancipatio*⁶⁰.

Dunque è forse da escludere nella giurisprudenza romana, in ordine alle suddette convenzioni un orientamento unitario, configurandovisi invece una varietà di clausole a ciascuna delle quali corrisponde un particolare regime giustificato dalla convenienza del caso. Così se la lettura di D. 19.5.12 conforta l'idea di una doppia vendita, il rescritto di Alessandro Severo autorizza l'ipotesi di una rivendita condizionata già pattuita all'atto del riscatto. Verificatosi il fatto previsto come condizione sospensiva (l'offerta del prezzo) il contratto di vendita cui esso è apposto si risolve *ipso iure* e l'*emptor* è obbligato a dare esecuzione ad un secondo contratto che neutralizza gli effetti del primo senza la necessità di una nuova manifestazione di volontà. Questa rivendita che strutturalmente non può considerarsi un elemento del contratto o parte dello stesso, logicamente lo diventa (e per di più con il suo meccanismo automatico) nel momento in cui realizza lo scopo ultimo di tutto il negozio e cioè facendo ritornare il bene nella disponibilità del venditore con la sola offerta del prezzo. Ne consegue che durante il periodo del

Per un'accurata analisi cfr. Arangio Ruiz, *La compravendita cit.* 424 ss., il quale non tace le difficoltà che l'analisi dei brani (non potendosi *sic et simpliciter* prescindere come interpolati) frappone alla reale comprensione di quanto i giureconsulti scrissero nelle loro opere.

⁶⁰ Cfr. Frezza, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, in *Riv. it. sc. giur.*, 8, 1933, 413 ss., il quale adduce come prova il caso di D. 18.2.11.1 e 13 (Ulp. 28 *ad Sab.*). Tra le diverse obiezioni cui la teoria presta il fianco (e per le quali si rinvia ad Arangio Ruiz, *op. cit.* 358 ss; 423) va osservato che i *dicta* anche quelli relativi alle qualità della cosa sono perseguibili unicamente con l'*actio empti*.

riscatto l'*emptor* sarà un pieno proprietario e come tale prescriverà *uti dominus*, farà suo il tesoro ritrovato nel fondo, le alluvioni e l'isola *nata in flumine*; potrà pignorare e cedere la *res* così come graveranno su di lui tutti gli oneri relativi ed in particolare il *periculum rei*.

L'acquirente non è tenuto a restituire i frutti, tanto è che CI. 4.54.2 parla di frutti maturati dopo l'offerta del prezzo. Questo principio (che mi sembra giustificabile nella sola ipotesi in cui le clausole siano configurate come una promessa di rivendita che spiega efficacia *ex nunc*)⁶¹ mal si concilia con la disciplina della condizione risolutiva (e della rivendita condizionata).

Retroagendo *ex tunc* gli effetti della rivendita, l'alienante è da considerarsi *dominus* fino dal momento della sua stipulazione per cui messa nel nulla la vendita dovrebbe ritornargli la *res* con tutti gli accrescimenti. Qui però lo stretto diritto cede di fronte a ragioni pratiche di giustizia equitativa: obbligare l'*emptor* a restituire i frutti, significherebbe svuotare il patto del suo contenuto in gran parte rappresentato dalla possibilità per quest'ultimo di lucrare le *usurae* rappresentate dagli stessi.

Nulla ci dicono le fonti circa il riscatto delle *res mobiles*. A parte le difficoltà probatorie che ne sarebbero derivate, appare difficile (tanto più accettando per vero l'uso della *transcriptio* delle vendite di immobili e quindi del riscatto) che esse potessero supportare investimenti di un qualche rilievo. In realtà i casi prospettatici si riferiscono sempre agli immobili, il che significa che solo per essi tale rimedio era ammissibile.

In conclusione, nella dialettica delle modalità imposte al consenso (quelle interne - condizione termine modo- connaturate allo stesso e quelle esterne- *pacta adiecta*- che ne rimangono distinte) per disciplinare il comportamento delle parti, le fonti romane si confermano anche in rapporto alla fenomenologia della retrovendita e del riscatto come una, necessità epistemologica imprescindibile per potere assumere risultati più consoni alla natura dell'istituto di quanto non lo siano quelli delle fonti normative che regolano attualmente la materia.

⁶¹ Cfr. De Francisci, *op. cit.*