

## ***Perle di qualità? La dazione ai fini dell'acquisto tra utilità delle parti e atipicità negoziale***

### *I. La testimonianza ulpiana*

Valutare correttamente la qualità e l'autenticità delle perle è un'operazione essenziale ai fini del loro acquisto. È quello che verosimilmente pensava una delle due parti della fattispecie descritta in una nota testimonianza ulpiana:

D. 19.5.17.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

*Ego* consegna (*dedero*) a *tu* una o più perle, già stimate, con l'intesa che *tu* restituisca le stesse oppure il loro prezzo. Tuttavia, non si realizza nessuna delle due situazioni prospettate, poiché le perle vanno perdute prima che vendita possa concludersi. Ulpiano pone la questione dell'attribuzione del rischio del perimento della cosa e, per darvi una risposta, richiama i pareri di Labeone e Pomponio, i quali adottano come criterio decisivo l'iniziativa della consegna delle perle: qualora la richiesta (*rogatio*) provenga dal *venditor-ego*, su di lui grava il pericolo della perdita; se, al contrario, sia *tu* a richiedere le perle a *ego*, il pericolo suddetto ricade sul primo; infine, se le parti si accordino in tal senso, senza che l'iniziativa dell'operazione possa attribuirsi a una di esse, *tu* risponde solo a titolo di dolo e colpa. La forma di tutela, quale emerge dall'ultima frase, risulta, dal tenore del passo, ascrivibile direttamente a Ulpiano, il quale, dopo aver citato i suoi predecessori nella risoluzione del caso, indica l'*actio praescriptis verbis* quale azione applicabile.

Questo testo suscita da tempo l'interesse della letteratura, che si interroga principalmente sulla qualificazione della fattispecie descritta da Ulpiano. Alcuni autori vi leggono un'ipotesi di *datio ad inspiciendum*<sup>1</sup>, altri prediligono l'ipotesi

<sup>1</sup> Tra gli altri, P. Meylan, *L'origine et nature de l'action praescriptis verbis*, Lausanne 1919, 141 ss., il quale esclude che si tratti di un caso di *aestimatum*; F.M. De Robertis, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana III*, Bari 1972, 721; R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*. 37, 1983, 118 s., che rimanda alle argomentazioni di Meylan. Più cauto, ma comunque a favore di una *datio ad inspiciendum* in luogo di un *aestimatum*, 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)* I, Milano 1988, 32; S. Angerer, *Die Gefahrtragung bei den sog. Innominatkontrakten*, in *Vestigia Iuris Romani. Festschrift Wesener*, Graz 1992, 13 s.

del contratto estimatorio<sup>2</sup>, e, secondo un'impostazione più recente, si tratterebbe di una vendita sospensivamente condizionata al gradimento<sup>3</sup>.

Anche la genuinità del testo ulpiano è stata oggetto di discussione. Se, a partire da Gradenwitz<sup>4</sup>, la critica interpolazionista si era schierata per la natura compilatoria della menzione dell'*actio praescriptis verbis*, oggi questa critica è stata superata<sup>5</sup> e fra i romanisti prevale una lettura conservativa del frammento<sup>6</sup>. La denominazione *actio praescriptis verbis* sarebbe, difatti, «usuale in Ulpiano»<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> In particolare, F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto. Corso di diritto romano I*, Torino 1992, 195 ss., che segnala la mancanza di ogni allusione a prova o gradimento e l'impossibilità di escludere nell'intento delle parti la previsione della vendita a terzi. L'*aestimatum* è la soluzione preferibile anche per P. De Francisci, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati I*, Pavia 1913, 100; L. Lombardi, *L'actio aestimatoria e i 'bonae fidei iudicia'*, in *BIDR.* 63, 1960, 132 ss.; M. Talamanca, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in F. Milazzo (a c. di), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli 1990, 90 s.; E. Stolfi, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio II*, Milano 2001, 192.

<sup>3</sup> Nel lavoro a due mani M.F. Cursi-R. Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR.* 105, 2011, 151 ss., gli autori giustificano la soluzione labeoniana dell'*agere praescriptis verbis* con l'inutilità dei risultati a cui l'esperimento dell'azione tipica – ossia l'*actio venditi* – condurrebbe, giungendo alla conclusione che «l'*agere praescriptis verbis* viene utilizzato in termini di residualità sostanziale, ossia per tutelare obbligazioni che non determinano la nascita di un contratto atipico, ma non si inseriscono in un contratto tipico efficace: l'*agere praescriptis verbis* tutela il 'nudo' *oportere ex fide bona*». Il fatto che qui Labeone abbia voluto tutelare con l'*agere praescriptis verbis* non un *novum negotium*, bensì casi ove appare difficile o inefficace ricorrere ad azioni tipiche (all'interno, comunque, di rapporti tipici) è ribadito da R. Fiori, *'Contrahere' in Labeone*, in E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix (a c. di), *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris 2012, 321 ss. Recentemente sul passo, anche E. Sciandrello, *'Nomen contractus' e 'nuovi contratti'. L'agere praescriptis verbis labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale*, in *Diritto@Storia* 12, 2014, 15 s.

<sup>4</sup> O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, 135 s., che pare, invece, non dubitare della classicità dell'*'agere praescriptis verbis'*.

<sup>5</sup> Se, da una parte, l'*'actio' praescriptis verbis* non è con certezza attribuibile a Labeone (come Meylan, *Origine* cit. 146 ss.; Santoro, *Il contratto* cit. 120; Talamanca, *La tipicità* cit. 90 s.; Gallo, *Synallagma* cit. 201 s. sostengono), dall'altra, secondo un altro orientamento, il giurista augusteo avrebbe conosciuto certamente l'*'agere' praescriptis verbis*: si veda L. Zhang, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazione di Labeone e di Aristone*, Milano 2007, 98 ss. Stolfi, *Studi* cit. 193 nt. 237 e 212 ss., ipotizza che la transizione da *'agere'* ad *'actio' praescriptis verbis* sia avvenuta con Pomponio. Dello stesso avviso è M. Artner, *Agere praescriptis verbis*, Berlin 2002, 199 s. La classicità dell'*actio praescriptis verbis* è un tema ancora oggi molto controverso, anche se, nella letteratura più recente, prevale l'idea che l'azione generale per l'adempimento sia stata introdotta in un momento precedente a Ulpiano: così C. Pelloso, *Do ut des e do ut facias*, in L. Garofalo (a c. di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 157 nt. 126.

<sup>6</sup> Così Stolfi, *Studi* cit. 191 nt. 229. Per una puntuale dimostrazione della sostanziale genuinità del passo, si veda Santoro, *Il contratto* cit. 119 ss. anche per la letteratura precedente.

<sup>7</sup> Così A. Burdese, *I contratti innominati*, in *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 238 s.

## II. *Vestiti e altre res inspiciendae*

La casistica delle fonti attesta altri casi in cui il proprietario di un oggetto lo consegna a qualcuno affinché venga esaminato da vicino e valutato, solitamente in vista di una futura compravendita. Si parla a tal proposito di *datio ad inspiciendum* ed i giuristi si sono interrogati principalmente sui rischi connessi alla perdita o al danneggiamento della cosa durante la fase dell'*inspectio*.

Anche il maestro di Ulpiano, Papiniano, è intervenuto sull'argomento e il suo parere è riportato dall'allievo. Si tratta precisamente del frammento successivo a quello che tratta il caso delle perle, ossia:

D. 19.5.17.2 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Papinianus libro octavo quaestionum scripsit, si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum agere. Secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.*

Il giurista, consigliere di Settimio Severo, scrisse nell'ottavo libro delle *Quaestiones* che, se una cosa consegnata al fine di essere esaminata va perduta, sul piano della responsabilità sarebbero configurabili diverse situazioni a seconda delle circostanze concrete e degli interessi coinvolti. Se la cosa è data nell'interesse del potenziale acquirente oppure di entrambi, questi deve rispondere della perdita a titolo di dolo e colpa, ma non per il *periculum* (*periculum non*). Qualora invece la cosa sia data esclusivamente nell'interesse del proprietario della stessa, dunque in una situazione concreta simile al deposito, la parte ricevente risponde solo per dolo. Esperibile è l'*actio praescriptis verbis*, qualora il proprietario ignori dove la cosa si trovi, e l'*actio furti*, ma anche, in alternativa, una *condictio* e un'*actio ad exhibendum*, nel caso in cui sia chiaro dove la cosa si trova.

Lo stesso Ulpiano propone nel § 4 del frammento 17 un altro caso simile in questi termini:

D. 19.5.17.4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si, cum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinquant, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.*

Dal passo emerge che qualora *ego* abbia richiesto al venditore di vestiti di lasciarglieli per farli esaminare da persone più esperte e questi siano andati perduti in un incendio, non è *ego* a dover rispondere del perimento, nonostante – precisa Ulpiano – su di lui ricada l'obbligo di custodia.

Dalle nostre prime osservazioni sui frammenti esaminati deriviamo che la posizione dell'*inspector* è verosimilmente quella di un detentore che ha la disposizione di fatto della cosa senza l'*animus possidendi*, poiché non può avere l'intenzione di tenerla come propria con l'esclusione di altri. Al pari di un comodatario e di un locatario, l'*inspector* ha soltanto la detenzione della *res inspicienda* in base ad un accordo con il suo proprietario ed è, pertanto, sprovvisto della tutela interdittale. Come sia da qualificarsi in termini obbligatori questo rapporto fra *dans* e *accipiens* è una questione più complessa, non rientrando certamente tra i rapporti tipici di natura contrattuale. La *datio ad inspiciendum* costituisce, pertanto, un accordo (*conventio*) in forza del quale un soggetto consegna ad un altro – l'*inspector* – un oggetto affinché quest'ultimo lo esamini oppure lo faccia esaminare da esperti. È molto probabile che tale valutazione fosse finalizzata all'accertamento del valore e, dunque, alla determinazione del prezzo: a tal proposito le fonti parlano di '*pretii explorandi gratia rem tradere*'<sup>8</sup>. Già la manualistica è concorde nel trattare tale fattispecie nell'alveo dei contratti innominati alla stregua di una convenzione atipica<sup>9</sup>. Tuttavia, come si evince già solo dai passi menzionati, quanto sembra importare ai giuristi romani non è tanto l'inquadramento della fattispecie in uno schema negoziale preciso<sup>10</sup>, quanto la regolamentazione del caso del perimento o deterioramento della cosa

<sup>8</sup> Tale scopo della valutazione è esplicito in D. 19.5.1.2, tuttavia non sarebbe l'unico fine della *datio ad inspiciendum*, come rilevano C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *Opere* III, Milano 1929, 134, secondo il quale la consegna di vestiti perché vengano mostrati ai periti è «una forma del negozio '*rem inspiciendam accipere*' nell'interesse dell'accipiente o almeno nell'interesse comune», e K. Misera, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, in *ANRW*. 2.14, Berlin-New York 1982, 529, per il quale «das explorare pretium ... ist jedoch nur einer der Zwecke des *inspiciendum dare*», senza però precisare quali potrebbero essere gli altri scopi della valutazione. In Santoro, *Il contratto* cit. 105, è persuasivo che lo scopo della *datio ad inspiciendum* potrebbe essere quello di consentire il riconoscimento di certe qualità della merce, che non influiscono necessariamente sulla determinazione del prezzo.

<sup>9</sup> A mero titolo esemplificativo si vedano E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 534; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1964, 564; M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt*, München 1971<sup>2</sup>, 581; A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001<sup>12</sup>, 956; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006<sup>3</sup>, 483 nt. 210. Sui contratti innominati, si rinvia, tra altri, agli studi di A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *IVRA* 36, 1985, 14 ss.; Id., *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in *Estudios Iglesias* I, Madrid 1988, 127 ss.; Id., *I contratti* cit. 225 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, si legga l'osservazione pertinente di R. Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, 379, che l'autore formula in merito al caso delle perle, ma che potremmo tranquillamente estendere ad ogni passo qui richiamato: «(...) potrebbe essere solo un problema del giurista moderno quello di voler inquadrare la fattispecie in una delle due ipotesi, rilevando per il giurista augusteo (sc. Labeone), ai fini del responso, probabilmente soltanto la sua 'atipicità'».

consegnata. La questione si presenta spinosa per il fatto che le parti coinvolte si muovono in una sfera precedente alla conclusione del contratto e, quindi, ancora in assenza degli effetti che derivano dal vincolo obbligatorio.

### III. *Inspectio ed experimentum finalizzato al gradimento della cosa*

In altre fonti, si fa menzione di un'altra fattispecie, molto simile, che prevede la consegna di un oggetto in vista di una compravendita futura: si tratta della *datio ad experiendum*. Naturalmente, si è posta la questione in merito alla configurazione di questa variante che, in apparenza, non sembra differenziarsi molto dalla fattispecie in esame. Vi è stato chi ha sostenuto che si tratti di un «gruppo eterogeneo di casi, a proposito del quale i giuristi classici dubitarono circa la figura contrattuale da identificare»<sup>11</sup>. Più in generale, le trattazioni generali ravvisano nell'*inspectio* una semplice variante dell'*experimentum*, che sarebbe una forma di ispezione più complessa<sup>12</sup>.

È il caso del noto frammento di Ulpiano tratto dal suo ventinovesimo libro *ad edictum*<sup>13</sup>, frequentemente esaminato dalla letteratura in tema di *pactum displicentiae*<sup>14</sup>:

D. 19.5.20: *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tu que desultor in his cucurreris et vice-ris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares. (1) Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies*

<sup>11</sup> Guarino, *Diritto* cit. 956.

<sup>12</sup> Così ricorda 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, 197 s. nt. 17.

<sup>13</sup> Nella Palingenesi leneliana il testo è collocato fra gli 'additamenta' alla vendita: O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* II, Lipsia 1889, c. 636 s., Ulp. fr. 943.

<sup>14</sup> L'aspetto più controverso di questa pattuizione rimane per la letteratura la sua natura giuridica si vedano i contributi di E. Levy, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Gesammelte Schriften* II, Köln-Graz 1963, 275 ss.; F. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien 1973; W. Flume, *Die Aufhebungsabrede beim Kauf – lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae – und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift Kaser*, München 1976, 324 ss.; Misera, *Der Kauf* cit. 525 ss.; V. Carro, *D.18.5.6 (Paul. 2 ad ed.) ... si intra certum tempus displicuisset, redderetur ... Riflessioni in tema di pactum displicentiae*, in I. Piro (a c. di), *Scritti per Alessandro Corbino* I, Lecce 2016, 575 ss.; A. Pókecz Kovács, *Rücktrittsvorbehalt und pactum displicentiae (Ulp. D.19.5.20 pr.)*, in *RIDA*. 58, 2011, 315 ss.

*singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. Et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari. (2) Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere.*

L'elemento che accomuna i tre casi descritti da Ulpiano è la *datio* di un oggetto – cavalli, mule e argento – ad un potenziale acquirente finalizzata alla sua prova. Ci troviamo, dunque, in una fase prodromica all'eventuale contratto di compravendita, al momento della prova solo nelle intenzioni delle parti ma non ancora venuto in essere, neppure in forma condizionata<sup>15</sup>. L'aspetto che va evidenziato in questi testi è il riferimento al 'patto di non gradimento' che qualifica la natura e lo scopo dell'*experimentum*, di regola gratuito. In questi casi, infatti, il fine della consegna non è con ogni probabilità la semplice valutazione esteriore della cosa, magari per stabilirne il prezzo di vendita, bensì il suo utilizzo e il suo esame da parte del (futuro) acquirente per determinarne la conformità rispetto alle sue aspettative. Tuttavia, i termini dell'utilizzo devono essere concordati fra le parti e, qualora venga meno il rispetto di tale accordo, la parte scorretta è tenuta a risponderne: questa sembra essere l'essenza della precisazione di Ulpiano in fine al *principium*: *nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares*.

Pare confermare tale lettura la seguente testimonianza:

D. 13.6.13.1 (Pomp. 11 *ad Sab.*): *Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit.*

<sup>15</sup> Così A. Bechman, *Der Kauf nach gemeinem Recht* II, Erlangen 1884, 236 s.; De Francisci, *Synallagma* cit. 296; F. Wieacker, *Lex commissoria*, Berlin/Heidelberg 1932, 74; Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit. 130 s.; Flume, *Aufhebungsabrede* cit. 325; Gallo, *Synallagma* cit. 205 ss.; M. Pennitz, *Das periculum rei venditae*, Köln-Weimar 2000, 397 nt. 124 e di recente Scévola, *Profili* cit. 197 ss. La scelta di «*emere nolueris*», «*si placuisset ... emeris* (ad indicare l'antiorità della prova e dell'eventuale gradimento rispetto all'acquisto)» ed «*emere velles*» sembrano confermare questa rappresentazione testuale.

Pomponio ci insegna infatti che colui che ha ricevuto gratuitamente qualcosa *ad experiendum* è tenuto a restituire al *dans* il beneficio che ne abbia ricavato, perché è inammissibile che a ricavarne profitto sia colui che non risponde del *periculum*.

Nonostante la sua collocazione in tema di comodato, il brano è tratto dall'undicesimo libro di Pomponio *ad Sabinum* e si riferisce, secondo la ricostruzione palinogenetica di Lenel, all'*emptio venditio*<sup>16</sup>. In considerazione di ciò, il suo richiamo in tema di compravendita, preceduta da *datio ad experiendum*, è quindi più che plausibile. Tuttavia, trattandosi di una vendita non ancora conclusa, ma solo prevista in caso di esito positivo della prova, sussistono incertezze sul rimedio processuale da esperire nel caso dovesse essere restituito il *quaestum* (D. 19.5.20 pr.) oppure la *res experienda* andasse perduta per cause di forza maggiore (D. 19.5.20.1 e 2). Sulle proposte di Labeone (in *eod.* pr. e 2) e di Mela (in *eod.* 1) si possono soltanto fare congetture, sfortunatamente non supportate dall'evidenza testuale<sup>17</sup>. Come in precedenza menzionato, vi è sostanziale accordo in letteratura sulla genuinità della soluzione ulpiana in D. 19.5.20 pr. e, pertanto, questo punto non verrà qui messo in discussione. Centrale ai nostri fini è, piuttosto, che, nei casi di *datio ad experiendum* da lui enumerati, il giurista severiano abbia deciso di escludere l'azione contrattuale<sup>18</sup>, oppure la residuale *actio de dolo*, e abbia preferito l'*actio praescriptis verbis*. Alla luce del rimedio accordato, si può desumere la presenza, anche in questo caso come per la *datio ad inspiciendum*, di una convenzione atipica. Se fosse tale si tratterebbe di una fattispecie di *do ut facias*, ove il *dare* consiste nella consegna della *res experienda* alla parte interessata all'acquisto e il *facias* nell'*experimentum*, ossia nella prova della stessa nel rispetto dei termini della *conventio* e finalizzata al successivo acquisto, in caso di esito positivo. In merito a quest'ultimo punto, le parti concordano la durata ed eventualmente un compenso per il periodo di prova (pr. e § 1).

Se, dopo la consegna – e dunque dopo l'esecuzione della *datio*, ossia di una delle prestazioni stabilite – questi termini non vengono rispettati (pr.), oppure

<sup>16</sup> Lenel, *Palingenesia* cit. c. 114, Pomp. fr. 571.

<sup>17</sup> Sugeriscono per la soluzione di Labeone l'*actio de dolo*, tra altri, Gallo, *Synallagma* cit. 206 ss.; M. Sargenti, *Labeone, la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IVRA* 38, 1987/90, 62 ss. Propendono invece per l'*actio venditi*, tra altri, Flume, *Aufhebungsabreden* cit. 325 e C.A. Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. Vacca (a c. di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica (Palermo, 7-8 giugno 1995)*, Torino 1997, 40. Potrebbe anche trattarsi dello stesso *agere praescriptis verbis* per Santoro, *Il contratto* cit. 133 e Corsi-Fiori, *Le azioni* cit. 154.

<sup>18</sup> Sul perché Ulpiano abbia escluso l'*actio commodati*, nonostante nel pr. e nel § 2 si tratti di un uso gratuito delle cose, si veda J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 39 ss.

se la cosa da provare vada perduta prima della conclusione della vendita (§1) o della riconsegna al proprietario (§2), la parte inadempiente deve risarcire la controparte della lesione subita nel proprio interesse<sup>19</sup>.

Alla luce di quanto sin qui illustrato, mi pare che si possa concludere con una certa verosimiglianza che la *datio ad experiendum* sia trattata nelle fonti come un'ipotesi di *datio ad inspiciendum*, con caratteristiche peraltro proprie che la specificano rispetto a quest'ultima. Si tratterebbe della consegna di un bene ad un potenziale acquirente preordinata allo svolgimento di una prova, che va oltre la sola valutazione esteriore. In considerazione di ciò, siamo in presenza di una *datio ad inspiciendum* conclusa nell'interesse dell'*accipiens* e, probabilmente, anche in quello del *dans*, poiché la vendita si concluderebbe anche nel suo interesse. Un altro elemento distintivo fra le fattispecie è certamente il fatto che nell'ambito della *datio ad experiendum* il prezzo del bene consegnato è già stato fissato<sup>20</sup> e la prova è finalizzata esclusivamente a valutarne l'idoneità e la conformità alle esigenze del potenziale acquirente. Quest'ultima considerazione assume ancora più valenza se osserviamo che si tratta di un apprezzamento esclusivamente personale e soggettivo (*displicuere/placuere*), ossia slegato da criteri oggettivi<sup>21</sup>. Una valutazione del prezzo, ad esempio, richiederebbe certamente una tipologia di stima differente e improntata a parametri obbiettivi.

Alla *conventio* con la quale si determinano le reciproche prestazioni di *dare* e di *facere*, nonché i termini del regolamento negoziale, Ulpiano riconosce tutela per mezzo della *actio praescriptis verbis*, riconoscendole quindi efficacia obbligatoria. Secondo l'opinione più accreditata<sup>22</sup>, infatti, la natura *incerta* della sua *intentio*, che mirava probabilmente alla determinazione in sede di sentenza del *quidquid dare facere oportet* ed era preceduta da una *praescriptio* o da una *demonstratio*, la rendeva ideale per tutelare la singola fattispecie concreta 'atipica'<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Molto pertinente è l'osservazione di Scevola, *Profili* cit. 205, in merito alla vicenda del pr., secondo cui lo stesso concetto di *aequitas* esige che il *dans* non ricavi soltanto pregiudizi dall'intera operazione negoziale.

<sup>20</sup> Anche Misera, *Der Kauf* cit. 529, evidenzia questo aspetto però in rapporto al contratto di vendita condizionato in presenza del *pactum displicentiae*. Tuttavia, come abbiamo visto, la determinazione del prezzo ha luogo anche in assenza di un contratto di vendita, seppur condizionato.

<sup>21</sup> Così Michel, *Gratuité* cit. 40 s.

<sup>22</sup> Sul punto, si veda Cardilli, *L'obbligazione* cit. 380; Artner, *Agere* cit. 46 ss.

<sup>23</sup> Per la ricostruzione della formula dell'*actio de aestimato* quale modello di riferimento, cfr. O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927<sup>3</sup>, 300 ss. e D. Mantovani, *Le formule del processo*, Padova 1999<sup>2</sup>, 58 s. Sulla struttura formulare dell'*agere praescriptis verbis*, cfr. soprattutto R. Santoro, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi C. Sanfilippo IV*, Milano 1983, 683 ss. Per una ricostruzione delle discussioni della letteratura sulla formula, si veda Pelloso, *Do ut des* cit. 157 nt. 126.



#### IV. Res inspicienda o experienda e 'principio di utilità' quale criterio distributivo del periculum e della responsabilità

Se la *datio ad experiendum* appare come un caso di *datio ad inspiciendum*, si tratta ora di verificare i criteri di ripartizione del rischio e della responsabilità considerando le fonti relative ad entrambe le *dationes*. È opportuno prendere la mosse dal frammento D. 13.6.10.1, ascrivibile al ventinovesimo libro ulpiano *ad Sabinum* in tema di *emptio et venditio*<sup>24</sup>:

*Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam: et ideo furti habebit actionem. (...)*

Ulpiano si domanda se la consegna di una cosa all'*inspector* sia equiparabile sotto il profilo della responsabilità alla consegna ad un comodatario, circostanza che giustifica la collocazione del testo nel titolo 13.6 '*Commodati vel contra*'. Nel rispondere a tale quesito il giurista severiano segue il principio di utilità<sup>25</sup>: se la cosa è stata consegnata all'*inspector* nel mio interesse (*mea causa*), affinché questo ne determini il prezzo, sarebbe responsabile solo qualora la cosa perisse o si danneggiasse a causa di un suo comportamento doloso. Se, invece, la cosa

<sup>24</sup> *Supra* nt. 14.

<sup>25</sup> Ben noto in materia di contratti, il principio dell'*utilitas contrahentium* è riassunto brillantemente nelle parole di S. Tafaro, '*Regula*' e '*ius antiquum*' in D. 50.17.23. *Ricerche di responsabilità contrattuale* I, Bari 1984, 311 «Il principio dell'utilità dei contraenti postulava proprio la necessità di graduare la responsabilità in corrispondenza della utilità contrattuale», e questo si traduce «nella maggiorazione di responsabilità ove vi fosse stato l'utile del solo debitore, nella individuazione del criterio della *culpa* dove vi fosse stata reciprocità di utilità e nella attenuazione della responsabilità, limitata al dolo, dove il vantaggio economico fosse stato del solo creditore». Sull'argomento, la letteratura è molto vasta e ci limitiamo a segnalare qui i contributi di D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in ZSS. 73, 1956, 68 ss.; M. Navarra, *Ricerche sulla 'utilitas' nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002; Ead., *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo* 50, 2004, 84 ss.; Ead., '*Utilitas contrahentium*' e *sinallagma*, in L. Garofalo (a c. di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* II, Padova 2007, 225 ss.; E. Nicosia, '*Utilitas contrahentium*' e '*in diem addictio*', in L. Garofalo (a c. di), *La compravendita* cit. 259 ss.; L. Maganzani, *Il criterio dell' 'utilitas contrahentium' e il suo superamento nell'età del giusnaturalismo*, in '*Fides Humanitas Ius*'. *Studii Labruna* V, Napoli 2007, 3087 ss.; G. Santucci, '*Utilitas contrahentium*'. *Note minime su una 'regula' che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra*', in R. Fiori (a c. di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* III, Napoli 2008, 277 ss.; B.C. Carrà, *Utilitas contrahentium: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada?*, in G. Luchetti (a c. di), *Derecho de obligaciones. La importancia del derecho romano en la época contemporánea. Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano. (Bolonia-Rávena, 25-28 de marzo de 2015)*, Bologna 2016, 217 ss.

è stata consegnata all'*inspector* nel suo stesso interesse (*sui causa*), questo sarà tenuto a rispondere anche per custodia. In questo secondo caso, proprio in considerazione di questa estensione di responsabilità, si riconosce all'*inspector* la legittimazione attiva all'*actio furti*<sup>26</sup>.

Pertanto, se la *datio* avviene nell'interesse esclusivo del *dans*, come accade in caso di *traditio pretii explorandi gratia*, l'*accipiens-inspector*, incaricato solo di determinare il prezzo dell'oggetto, è tenuto a rispondere soltanto qualora esso perisca o si danneggi a causa di una sua condotta dolosa. Ciò viene esplicitato in D. 19.5.1.2, ove Papiniano<sup>27</sup> precisa che in questo caso non si è in alcun modo in presenza di un vincolo contrattuale di comodato o di deposito. La ragione dell'esclusione delle fattispecie contrattuali tipiche è facilmente intuibile: l'oggetto non viene concesso in uso gratuito all'*inspector*, così come non deve venire da questo custodito. Papiniano, tuttavia, aggiunge che il rapporto instauratosi fra le parti deve essere improntato ai principi della buona fede<sup>28</sup>, e ciò verrebbe naturalmente meno qualora l'*inspector* tenesse un comportamento doloso. In questo caso il pretore provvederebbe con un'*actio in factum civilis*<sup>29</sup>, come nel paragrafo precedente sul caso della locazione marittima.

Lo stesso insegnamento di Papiniano viene ribadito da Ulpiano in D. 19.5.17.2<sup>30</sup>, ove quest'ultimo sembra riprendere ed integrare il caso proposto dal suo maestro con l'indicazione dell'azione esperibile in alternativa all'*agere*

<sup>26</sup> Sui dubbi di interpolazione del testo, ora superati, si veda V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958<sup>2</sup>, 111 nt. 1. È probabilmente a questa fattispecie che si riferisce il passo di Papiniano in D. 47.2.79 (Pap. 8 *quaest.*) *Rem inspiciendam quis dedit: si periculum spectet eum qui accepit, ipse furti agere potest*, ove il termine *periculum* è usato nel senso di custodia. In questo senso, Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit. 115.

<sup>27</sup> D. 19.5.1.2 (Pap. 8 *quaest.*): *Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositumneque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicituractio*. Secondo Santoro, *Il contratto* cit. 105, e Talamanca, *La tipicità* cit. 86 s., Papiniano riporterebbe, come nel paragrafo precedente, il pensiero di Labeone.

<sup>28</sup> Probabilmente per la somiglianza con il deposito e il comodato quali *iudicia bonae fidei*. In questo senso Artner, *Agere* cit. 199 s.

<sup>29</sup> La menzione dell'*actio civilis in factum* è da ritenersi genuina e la qualifica '*in factum*' denota il fatto che l'azione con *intentio iuris civilis* – e clausola di buona fede – era stata accordata in considerazione al particolare caso concreto (con anteposizione della *praescriptio* alla formula). Così Santoro, *Il contratto* cit. 97 ss. e Gallo, *Synallagma* cit. 236 ss., per il quale non sarebbe sfuggito ai compilatori che «la doppia qualifica rispondeva alle caratteristiche dell'*actio praescriptis verbis*» al tempo di Labeone. *Contra* Sargenti, *Labeone* cit. 59, che definisce la qualifica '*actio civilis in factum*' un'«inaccettabile contraddizione, un ermafrodito», recuperando la definizione di Kaser. Peloso, *Do ut des* cit. 157, è persuaso che nella locuzione '*actio in factum civilis*' la giustapposizione dell'aggettivo '*civilis*' alla qualificazione '*in factum*' sia frutto dell'omissione «di tutta una sequenza di parole contenuta in una riga (...), imputabile ad un copista e dovuta all'omoteleuto '*in factum*'».

<sup>30</sup> Cfr. *supra* § 1.

*praescriptis verbis*. Se il *dans* è certo che la cosa si trovi presso l'*accipiens*, può agire con l'*actio furti*, *condicere* oppure *ad exhibendum agere*. In seguito, Ulpiano illustra qui i criteri generali di ripartizione della responsabilità in caso di *datio ad inspiciendum*: a) se l'*inspectio* avviene nell'interesse dell'*inspector* oppure di entrambi – ad esempio in caso di *datio ad experiendum*, finalizzata alla conclusione di una compravendita –, l'*accipiens* risponde verso il *dans* a titolo di dolo e di colpa, non anche per il *periculum*; b) se, invece, l'*inspectio* avviene nell'interesse esclusivo del *dans* – come nel caso della *traditio pretii explorandi gratia* –, l'*accipiens* risponde solo per dolo<sup>31</sup>. In quest'ultimo caso, precisa Ulpiano sempre in D. 19.5.17.2, la fattispecie si avvicina a quella del deposito, ove è solo il depositante a trarne profitto, e ciò legittima l'accostamento delle discipline.

Che l'*accipiens* non risponda per il *periculum*, nonostante la *datio* sia avvenuta nel suo interesse, è confermato anche nel caso della consegna di vestiti in vendita nel citato D. 19.5.17.4. Se dopo avermeli consegnati, affinché io li possa far stimare da esperti, i vestiti periscono a causa di un incendio o per altra causa di forza maggiore, non dovrò risponderne perché il *periculum* rimane a carico del *dans*. Tuttavia, proprio perché la consegna è avvenuta nel suo interesse, l'*accipiens* risponderà per *custodia*, avvicinando così la sua posizione a quella del comodatario e applicando quel criterio di responsabilità particolarmente rigoroso che nel comodato è giustificato dal fatto che dal contratto è esclusivamente il comodatario a trarre vantaggio. Lo stesso richiamo alla custodia è presente anche in D. 13.6.10.1, proprio nello stesso caso in cui la consegna è avvenuta nell'interesse dell'*inspector*. Dunque, le risultanze delle fonti sembrano consentire di avanzare l'ipotesi che, se la consegna avviene nell'interesse esclusivo dell'*accipiens*, questo sarà tenuto a rispondere sino alla custodia proprio perché il grado del suo interesse coincide con quello del comodatario.

Un altro aspetto significativo in questo ambito riguarda il venir meno dell'oggetto esaminato durante il trasporto verso il domicilio del proprietario. Nella seconda parte di D. 13.6.10.1 Ulpiano propone come soluzione un'alternativa: se il *dominus* ha dato incarico a qualcuno di riportargli la cosa, e questa va perduta<sup>32</sup> durante il trasporto, il *periculum* ricadrà totalmente su di lui.

D. 13.6.10.1: (...) *Sed et si dum refertur periit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, aequae culpam mihi praestabit, si sui causa accepit,*

<sup>31</sup> Nel già citato D. 13.6.10.1 si trova conferma di questa regola nella parte in cui Ulpiano afferma che *Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit.*

<sup>32</sup> Si deve pensare ad un caso di furto, perché un'ipotesi di *vis maior* escluderebbe a priori la responsabilità dell'*inspector*.

Se, invece, l'*inspector* ha incaricato una persona di sua fiducia di restituire la cosa al *dominus*, si presentano due possibili soluzioni, integrate, nella tradizione del Digesto, da una riflessione di Paolo, ossia:

D. 13.6.11 (Paul. 5 *ad Sab.*): *qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit:*

D. 13.6.12 pr. (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Si mei causa, dolum tantum.*

La dimensione soggettiva occupa, anche in questa testimonianza, una posizione centrale. Se ha ricevuto la cosa esclusivamente nell'interesse del *dominus* (*mei causa*), l'*inspector* risponde della perdita solo per dolo, altrimenti, se l'ha ricevuta nel suo stesso interesse (*sui causa*), risponde anche per *culpa*<sup>33</sup>, poiché non si è avvalso di una persona idonea all'incarico. A questa riflessione fa eco l'ultima parte di D. 19.5.20.2, in cui Ulpiano, citando l'insegnamento di Labeone, precisa che il potenziale acquirente di oggetti d'argento, che ha incaricato un servo di restituirli al proprietario, deve rispondere del loro perimento nei limiti della colpa<sup>34</sup> e in ciò è compresa anche la scelta di incaricati che non si sono rivelati adatti allo scopo<sup>35</sup>: saremmo di fronte ad un'ipotesi di *culpa in eligendo*. Il fatto che il *prae-stare* dell'accipiente si estenda sino al dolo e alla colpa è una soluzione coerente con le regole classiche che sono state enunciate in precedenza in caso di interessi concorrenti delle parti (qui: alla futura conclusione della vendita).

È possibile, alla luce di quanto emerso, tornare al caso delle perle da cui

<sup>33</sup> Arangio-Ruiz, *Responsabilità* cit. 112 s., evidenzia la contraddizione fra la prima e la seconda parte del testo, perché al posto di *culpam mihi praestabit* «avremmo avuto il diritto di aspettarci 'per custodia'», e propende per un intervento pregiustiniano. Suggerisce la sostituzione dell'originaria *culpa* con *custodia* anche Nörr, *Die Entwicklung* cit. 78 nt. 39. *Contra* Wicke, *Respondeat* cit. 77 s., con ulteriori indicazioni bibliografiche. Per quanto ci consta, invece, è plausibile che l'apparente contraddizione, se si vuole confidare nella classicità del passaggio come fa la letteratura più recente, possa riguardare la diversa fase negoziale considerata. Mentre la responsabilità per custodia riguarda la fase dell'*inspectio*, durante la quale la cosa si trova appunto nella sfera di controllo dell'*inspector*, la responsabilità per colpa riguarda invece un momento successivo, ossia quello del trasporto, quando la cosa è stata consegnata ad un'altra persona. E ci pare illuminante in questo senso la connessione con il caso dell'orafo che, trattando solo della fase del trasporto, non fa per l'appunto menzione della *custodia*.

<sup>34</sup> F. Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen Recht*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 38, 1911, 18 ss., propone di sostituire *culpa* con *custodia*.

<sup>35</sup> Knütel, *Haftung* cit. 384, precisa che l'espressione *aeque culpam praestabit* implica non soltanto la colpa dell'*inspector*, ma anche quella del suo incaricato per il trasporto, e lo stesso discorso varrebbe anche per il *dolus*. Nello stesso senso anche Cardilli, *L'obbligazione* cit. 390 che ricomprende nel *culpam praestare* «le eventuali condotte colpose poste in essere da chi abbia avuto da lui (sc. *tu*) in consegna l'*argentum* per riconsegnarlo».

abbiamo preso le mosse. Riassumendo brevemente la fattispecie, *ego* consegna a *tu* delle perle già stimate, con l'intesa che *tu* – verosimilmente dopo averle esaminate – le restituisca oppure ne paghi il prezzo<sup>36</sup>. Le perle periscono (*perierint*) prima che la vendita possa concludersi. La questione che Ulpiano pone riguarda la sopportazione del rischio: *cuius periculum sit?* Citando e aderendo all'opinione di Labeone (*ait*) e allo scritto di Pomponio (*scripsit*), Ulpiano risponde che la soluzione dipende da quale delle due parti abbia assunto l'iniziativa negoziale (*rogatio*). Se la proposta proviene da *ego*, il *venditor*, su di lui grava il *periculum* dell'operazione. Se è stato *tu* a proporla, allora se ne assume il pericolo, nonostante non ne sia il proprietario<sup>37</sup>. Probabilmente, a determinare questa diversa attribuzione del *periculum*, è proprio la circostanza che, senza l'iniziativa negoziale di *tu*, la consegna non avrebbe avuto luogo e, pertanto, *ego* non avrebbe corso il rischio di perdere le perle. Soltanto se nessuna delle due parti ha assunto l'iniziativa decisiva, viene applicata la regola del *dolum et culpam praestare* e di conseguenza si indaga se il perimento delle perle sia imputabile ad una condotta dolosa o colposa di *tu*. In caso di perimento non imputabile all'accipiente, è il proprietario a sopportare il danno<sup>38</sup>. Si potrebbe allora concludere che la parte che invita l'altra alla consegna si assuma volontariamente il rischio del perimento fortuito della cosa, invertendo così il brocardo '*periculum sentit dominus*'<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> L'uso della parola *venditor* induce a ritenere che le perle vengano date in vista di una futura vendita. Sui problemi legati all'interpretazione di tale qualifica attribuita al *dans*, si veda E. Scian-drello, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, 176 ss.

<sup>37</sup> Ciò esprime una soluzione estranea alla logica del *dominium*. Così Cardilli, *L'obbligazione* cit. 377 ss., che pone l'accento anche sulla distinzione labeoniana fra la spettanza del *periculum* (*periculum esse*) e la responsabilità dell'accipiente per dolo e colpa (*dolum et culpa praestare*), quali aspetti diversi dell'*actione teneri*. Che nel frammento si discuta effettivamente di due concetti differenti ('Gefahrtragung' e 'Haftung'), è certo anche Nörr, *Die Entwicklung* cit. 89.

<sup>38</sup> Il fatto che il *periculum* delle perle stimate non sia riconosciuto a *tu* depone a sfavore dell'ipotesi di *aestimatum*, il cui tratto peculiare è proprio l'attribuzione del pericolo del perimento fortuito della *res aestimata* all'accipiente quale temperamento della sua posizione di vantaggio: Cfr. D. 19.3.1.1 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Aestimatio autem periculum facit eius qui susceperit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit*.

<sup>39</sup> Sul tema del *periculum* gravante sul proprietario, si vedano gli studi di F. Haymann, *Periculum est emptoris* (*Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht. II.*), in *ZSS.* 41, 1920, 44 ss.; G. Beseler, *Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte* (*Romanistische Studien*), in *TR.* 8, 1928, 279 ss.; W. Ernst, *Periculum est emptoris*, in *ZSS.* 99, 1982, 216 ss.; I. Molnár, '*Periculum emptoris*' im römischen Recht der klassischen Periode, in *Sodalitas. Scritti per A. Guarino V*, Napoli 1984, 2227 ss.; F. Peters, *Periculum est emptoris*, in *Iuris Professio. Festschrift Kaser*, Wien 1986, 221 ss.; W. Gordon, *Risk in Sale in Roman Law*, in *Collatio iuris romani. Festschrift Ankum I*, Amsterdam 1995, 123 ss.; M. Bauer, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf* (Diss. Regensburg), Berlin 1998; Pennitz, *Das Periculum*, cit.

## V. Osservazioni conclusive

Al termine di questo esame ‘incrociato’ delle fonti è possibile individuare alcuni punti fermi.

Se la cosa consegnata va perduta o si danneggia per una causa di forza maggiore, non imputabile a nessuna delle parti, è il *dans* a sopportarne il rischio del perimento, a meno che l’iniziativa negoziale non provenga esclusivamente dall’*accipiens*, come ci insegnano Labeone e Pomponio nel caso delle perle. Qualora l’operazione negoziale sia frutto di un accordo delle parti, è necessario ricorrere al principio dell’*utilitas contrahentium* ed indagare l’assetto degli interessi che si presentano nella fattispecie negoziale concreta. Se la *datio* ha luogo nell’interesse del *dans*, allora l’*accipiens* risponde soltanto per dolo; se nell’interesse dell’*accipiens*, quest’ultimo risponde anche per condotte colpose, tra le quali rientra la scelta di una persona non idonea al trasporto dell’oggetto. Sembra poi emergere dai testi esaminati che la *datio* avvenuta nell’interesse esclusivo dell’*accipiens* implichi la sua responsabilità per custodia, al pari di un comodatario.

L’allocazione del *periculum* e i criteri di responsabilità con riguardo alla *datio ad inspiciendum* risultano allora elaborati dalla giurisprudenza romana sulla base di un ‘principio di utilità’, là dove al centro della riflessione viene posta la dimensione soggettiva delle parti. I *prudentes* a partire da Labeone avrebbero elaborato il principio del *dolum et culpam praestare* quale criterio di responsabilità dell’*accipiens* in caso di perimento o danneggiamento della *res inspicienda*, ispirandosi alle figure tipiche del deposito e del comodato, alle quali la convenzione negoziale atipica si avvicina. La circostanza che per risolvere il caso delle perle Ulpiano abbia rinviato a tale soluzione labeoniana in materia di accollo del *periculum* sembra un valido argomento per prediligere l’ipotesi di *datio ad inspiciendum* in luogo di quella di *aestimatum*, nel qual caso, al contrario, il *periculum* graverebbe sull’*accipiente* una volta effettuata la stima.

Vi è peraltro un altro profilo di interesse emerso dalle testimonianze considerate. La tutela tramite l’*actio praescriptis verbis* lascia intendere che la *datio ad inspiciendum*, ossia la consegna di un oggetto finalizzata al suo esame e, in alcuni casi, alla determinazione del prezzo, veniva ascritta tra le convenzioni atipiche che i giuristi romani hanno conosciuto. Se poi l’*inspectio* assumeva la forma di un vero e proprio *experimentum*, i cui termini erano di volta in volta definiti tra le parti e all’esito del quale il potenziale acquirente decideva se acquistare l’oggetto, si trattava più propriamente di *datio ad experiendum*, che potrebbe, pertanto, essere considerato un caso di *datio ad inspiciendum* posta in essere nell’interesse di entrambe le parti.

Considerata l’impossibilità di inquadrare tale fattispecie nelle categorie

contrattuali tipiche, i giuristi avrebbero ammesso la tutela della parte creditrice mediante l'*agere praescriptis verbis*. Ciò suggerisce, per quanto mi risulta, un accostamento della fattispecie ad una convenzione bilaterale atipica nella forma di '*do ut facias*' secondo la definizione paolina, dove la prestazione di *dare* consiste appunto nella consegna dell'oggetto all'*inspector* e quella di *facere* nell'espletamento dell'esame o della prova, nel rispetto delle condizioni specifiche stabilite dalle parti.

Linda De Maddalena  
Universität Bern  
linda.demaddalena@roma.unibe.ch

