

14 - C - 166

I dcd 150

FLAMINIO MANCALEONI



ESAME ESEGETICO-CRITICO

1353/I

DEL FR. 49 D. MANDATI 17. 1

Inv. čís.: 231

Signat: 149



MODENA

PRESSO LA DIREZIONE DELL' ARCHIVIO GIURIDICO

1898

B

Estratto dall' *Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*  
 Nuova Serie Vol. II fasc. 3  
 (dell'intera collezione Vol. LXI, fasc. 3)



Bologna 1898, Tip. Alfonso Garagnani e Figli

1. — L'interpretazione del fr. 49 mandati è una questione aperta (1), nè certamente credo di poterla definire io. Ardisco tuttavia presentare questi risultati di un esame attento delle diverse opinioni sinora manifestate.

Il frammento come lo riferisce il Mommsen è il testo della Fiorentina giustamente completato con altri codici e coi Basilici nelle parti non in corsivo:

Marcellus, libro sexto digestorum. *Seruum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius uendidit, cum g noraret suum esse, uel contra ego uendidit illius mandatu,*

(1) **Thibaut**, *Versuche*, II, p. 118 e seg. — **Glück**, *Erl.*, VIII, p. 112. not. 9. — **Savigny**, *System*, III, pag. 355 (Trad. Scialoja pag. 456) nota b. — **Renaud**, in *Arch. f. civ. Praxis*, XXVIII, pag. 256 seg. — **Mühlenbruch**, *Zession*, pag. 130 e seg. — **Göschel**, *Vorles.*, II, 1. pag. 171. — **Puchta**, *Vorles.*, I, pag. 446. — **Vangerow**, *Pand.*, § 311 n. 3. — **Arndts-Serafini**, *Pand.*, § 145, 2. — **Jhering**, *Jahrb. f. d. Dogm.*, I, 306 n. 35 - II, 158 seg. — **Scheurl**, *Beiträge*, p. 192 e seg. — *Jahrb. f. d. Dogm.*, II, p. 12 e seg. — **Exner**, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition*, p. 281. — **Eck**, *die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums*, p. 32 n. 3. — **Bernhöft**, *Der Besitztitel im röm. Recht.*, p. 80 e seg. — **Karlowa**, *Das Rechtsgeschäft*, p. 67 — **Huschke**, *Arch. f. civ. Pr.*, LXII, 332. — **Amann**, *Über den Begriff des procurator und des mandatarius nach R. R.* — **Brinz**, *Pand.*, § 151 n. 4-11, *Archiv. f. civ. Pr.*, LXIII, 319 seg. — **Towes**, *Grunhüts Zeitschrift*, X, 74 seg. — **Schwemann**, *Arch. f. civ. Pr.*, LXVI, pag. 112 sg. — **Esmarch**, *Noch ein Wort zur Construction des zweiten Falls der l. 49 mand.* — **Zittelmann**, *Irrthum*, 535 sg. — **Windscheid**, *Pand.*, § 172 n. 9-10. — **Brini**, *Intorno al 2.º caso del fr. 49 D. mandati vel contra XVII. 1* (Nozze Centazzo-Tamassia). — Per la bibliografia più antica vedere in **Vangerow**, l. c. — **Glück**, l. c. — **Jhering**, l. c.

*cum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de jure euictionis et de mandatu quaesitum est. et puto Titium, quamuis quasi procurator uendidisset, obstrictum emtori neque, si rem tradidisset, uindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri sed contra mandati agere posse, si quod ejus interfuisset, quia forte uenditurus non fuerit. contra mandator, si rem ab eo uindicare uelit, exceptione doli summouetur et aduersus uenditorem testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem.*

Come ci è stato tramandato il frammento presenta e decide parallelamente due casi. È opportuno esaminarli partitamente.

I.

2. — Il primo caso è esposto con le parole del frammento sino a *suum esse*, ed è deciso con le parole: *et puto . . . . . uenditurus non fuerit*. La questione proposta per entrambi i casi è: *de jure euictionis et de mandatu quaesitum est*.

Una traduzione possibilmente letterale di questa parte del frammento potrebbe essere fatta in questi termini: Comprai di buona fede da un altro uno schiavo di Tizio, e lo possiedo: per mio mandato Tizio lo ha venduto, ignorando che fosse suo . . . . . Si fa questione intorno al diritto di evizione ed intorno al mandato. Ritengo che Tizio, sebbene abbia venduto come procuratore, sia vincolato al compratore, e, se avesse consegnata la cosa, non gli si dovrebbe concedere la rivendicazione, e perciò non sarebbe tenuto con l'azione di mandato, ma potrebbe invece agire con l'azione contraria di mandato, se egli avesse qualche interesse, perchè forse non avrebbe venduta la cosa.

3. — L'opinione prevalente è che in questo passo si ritenga non trasferita la proprietà dello schiavo al compratore, a causa dell'errore del venditore, al quale però, quando volesse proporre la *rei vindicatio*, ostava l'*exceptio rei venditae et traditae* (1).

(1) **Mühlenbruck**, op. cit., p. 130. — **Göschén**, l. c. — **Puchta**, l. c. — **Vangerow**, l. c. — **Arndts**, l. c. — **Jhering**, o. c., p. 153 sg. e p. 176. — **Scheurl**, o. c., p. 199. — **Exner**, l. c., nota 93. — **Bernhöft**, o. cit., p. 81. — **Karlowa**, l. c. — **Brinz**, *Pand.*, § 151, I, p. 589, *Arch. f. civ. Pr.*, LXIII, 338 seg. — **Zittelmán**, op. cit., n. 503. — **Brini**, l. c., p. 17 seg. — **Dernburg**, *Pand.* § 216, n. 7. — Il **Windscheid**, (*Pand.*, § 197, n. 6) dice:

Si ottiene così la conciliazione con un altro notissimo frammento del *liber septimus Disputationum* di Ulpiano (fr. 35 de a. r. d. 41, 1):

*Si procurator meus uel tutor pupilli rem suam quasi meam uel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit* (1).

Per arrivare a questo risultato alcuni (2) ritengono che nel frammento si parli di una semplice *traditio*, compiuta dal rappresentante, senza che egli abbia preso parte al negozio giuridico, *causa traditionis*; altri (3) opinano che il frammento affermi il non trasferimento della proprietà, cosicché il fr. 49 mandati sarebbe un complemento del fr. 35, relativo alla teoria di rapporti obbligatori.

« nè maggiormente a parer mio può riferirsi a questo categoria (dei casi nei quali ha luogo l'*exc. r. v. e. t.*) il caso, in cui il trasmettente ritiene altri come proprietario per modo che la sua volontà era rivolta soltanto alla trasmissione della proprietà di quest'altro, la quale non sussisteva, non già al diritto di proprietà competente a lui stesso (fr. 49 *mand.*, 17, 1, fr. 10 *de distr. pign.*, 20, 5). Appunto perciò che la volontà era rivolta al trasferimento di un diritto di proprietà insussistente, egli non è punto vincolato neppure dalla sua dichiarazione di trasferimento della proprietà, egli risponde solo in base all'atto, in forza del quale egli ha fatto la trasmissione della proprietà, quindi senza trapasso dell'eccezione nei successori particolari ». Avremo più avanti occasione di occuparci di ciò.

(1) Alcuni (**Thibaut**, *Versuche* l. c. — **Glück**, o. c., l. c. — **Savigny**, o. c., l. c. — **Renaud**, o. c., l. c. — **Chlamtacz**, *Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition*, 1897, p. 180 nota) ritengono che questo fr. parli di un *error in corpore*, di uno scambio cioè di una cosa mia o del pupillo con un'altra del procuratore o del tutore. Questa opinione è ormai abbandonata poichè, a) la chiarezza del testo resiste a una tale interpretazione; b) la parola *quasi* non è mai usata nel senso di *invece*, nel qual senso si sarebbe dovuto dire *loco rei pupilli, pro re pupilli*; c) quando Ulpiano ha voluto parlare di un *error in corpore* lo ha fatto chiaramente (D. 41, 2: 67). Ha torto perciò il **Vangerow**, § 311 n. 3, quando, pure respingendo una tale interpretazione, la dice tuttavia possibile di fronte alle parole del testo. Vedi **Puchta**, *Pand.*, § 148 nota i. — **Mühlenbruch**, *Pand.*, § 246, n. 14.

(2) **Göschén**, l. c. — **Vangerow**, l. c. — **Mühlenbruch**, l. c., p. 131 n. 262 in f. — **Schwemann**, l. c., p. 129 n. 8.

(3) **Jhering**, l. c. — **Scheurl**, l. c. — **Brinz**, l. c. — **Zittelmán**, l. c. — **Brini**, l. c. — L' **Exner**, l. c., si riferisce cumulativamente al **Vangerow** ed allo **Jhering**.

4. — Contro la prima opinione si osserva giustamente, *a*) che il tutore deve avere partecipato, almeno come *uctor*, al negozio giuridico precedente alla tradizione e che quindi, anche pel procuratore, posto nella stessa linea del tutore, devono valere gli stessi presupposti di fatto (1); *b*) che il frammento non distingue le due ipotesi di tradizione pura e semplice e di tradizione, alla causa della quale il tradente abbia partecipato (2); *c*) che il passo non dice *nulla est traditio*, sibbene *nulla est alienatio* (3) e quindi, resta intaccato **tutto** il negozio giuridico: ora, essendo la ragione della nullità l'errore (*quia nemo errans rem suam amittit*), questo errore deve essere intervenuto nel negozio giuridico, al quale quindi, coloro che sono in errore (*tutor e procurator*) devono aver preso parte.

La seconda ipotesi non si concilia nè con le parole nè col concetto chiaro del frammento, *a*) perchè si afferma in esso che *nulla est alienatio*, ossia è nullo il negozio giuridico, a causa dell'errore incorso, e non so vedere come da una vendita nulla possa derivarsi un' *exceptio r. v. e. t.*; *b*) perchè mi sembra poco probabile, che Ulpiano omettesse di far cenno di questa eccezione, e dopo aver detto *non recessit ab eis dominium* non avesse aggiunto *sed eis vindicantibus nocebit exc. r. v. e. t.* o simili, oppure che i compilatori omettessero senza ragione di tramandarci l'aggiunta così necessaria a descrivere interamente il complesso rapporto giuridico; *c*) perchè finalmente all'ammettere la possibilità della *exceptio*, il cui effetto era di respingere l'azione di rivendicazione, osta la proposizione con la quale si chiude il frammento, *nemo errans rem suam amittit*: ciò non si sarebbe potuto affermare, se il tradente non avesse potuto riavere l'esercizio del suo diritto per l'ostacolo della *exceptio*, poichè in tal modo egli avrebbe effettivamente perduta la cosa sua, non ostante l'errore.

(1) Amann, op. c., p. 15.

(2) Amann, eod. loco.

(3) Che la parola *alienatio* non deva qui intendersi nel senso stretto di un *actus per quem dominium transfertur* (Severo, C. 5, 23: 1) lo ha dimostrato l'Amann, (op. cit., p. 130 sg.), quando ha rilevato che lo stesso Ulpiano (D. 50, 16: 17) ci offre esempio dell'uso della parola *alienatio* nel senso di *venditio*. Ed è logico intenderla in tal modo, perchè altrimenti le due proposizioni « *non recessit ab eis dominium* » e « *nulla est alienatio* » avrebbero lo stesso significato e sarebbero un'inutile ripetizione.

Non mi par dubbio perciò che il fr. 35 ponga il principio che il rappresentante, il quale alieni la cosa propria credendola del rappresentato, non la perde, ma mantiene il suo diritto illimitatamente.

5. — Nè questa decisione è isolata nelle fonti: Paulus, lib. I ad legem Juliam (D. 40, 9, 15 § 1) riferisce: « *Iulianus ait si postea, quam filio permisit pater manumittere, filium ignorans patrem decessisse manumisit uindicta, non fieri eum liberum* ».

Ora il fr. di Giuliano, citato da Paolo, si trova nel Digesto (40, 2, 4) ed è tratto dal libro 42 digestorum: « *Si pater permiserit seruum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, [libertas seruo fauore libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini uoluntas]* ».

Giustamente si ritengono interpolate le parole tra parentesi di quest'ultimo passo, pel confronto col passo di Paolo, che evidentemente ci riferisce la vera opinione di Giuliano. Il tentativo di una giustificazione giuridica (*cum non appareat mutata esse domini uoluntas*) contrastante con la concessione *fauore libertatis*, rivela la mano dei compilatori, riconoscibili sempre per le false motivazioni (1).

Però dal confronto dei due frammenti si deduce con certezza che la decisione si riferiva al caso di chi, ignorando di esserne proprietario, ha manomesso uno schiavo per incarico di chi credeva tuttora proprietario. Che nella specie di Giuliano il figlio fosse già diventato proprietario, se non risulta chiaramente dal passo di Paolo lo si rileva però con certezza dalle parole di Giuliano *et inde decesserit intestato*, con le quali si accenna appunto che il figlio era diventato erede del padre e quindi proprietario dello schiavo.

Senza insistere sulla non contestata identità, per quanto riguarda la perdita della proprietà, del rapporto giuridico nascente da una vendita e quello nascente da una manomissione di uno schiavo, consideriamo il modo reciso col quale Giuliano - citato da Paolo - nega la libertà (*non fieri eum liberum*) e scorgeremo subito come in

(1) In ogni caso l'essere la decisione fondata sul *favor libertatis*, elimina ogni contraddizione col fr. 35, in quanto « nelle disposizioni *fauore libertatis* non si può riconoscere l'espressione di un principio che debba applicarsi anche quando non si tratti di libertà. L. 23, § 3 D. de fideic. libert. 40, 5. » Windscheid, Pand. § 29, n. 3.

Ulpiano si trovi una negazione egualmente energica del trasferimento della proprietà (*non recessit ab eis dominium*).

Notevolissima pertanto l'identità della decisione nei due casi, cui sono applicabili gli stessi presupposti. Anche nel caso della manumissione il rappresentante, ignaro del suo diritto, aveva preso parte al negozio giuridico della manumissione, come il tutore e il procuratore nel caso della vendita (1).

6. — Un passo fu finora ritenuto in aperta contraddizione col principio del fr. 35 e cioè il fr. 41, D. 12, 1 di Africano tolto dal *libro octavo quaestionum*, che giustamente il Riccobono (2) afferma molto più chiaro di quanto finora non sia stato ritenuto: « *Eius, qui in provincia Stichum servum kalendario praeponderat, Romae testamentum recitatum erat, quo idem Stichus liber et ex parte heres erat scriptus: qui status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit, aut credidit, ut interdum stipularetur et pigora acciperet. consulebatur quid de his juris esset.... quas vero pecunias ipse credidisset, eas non ex maiore parte, quam ex qua ipse heres sit alienatas esse....* ».

Il caso è semplice e riferito così dal Riccobono: « in Roma si è recitato il testamento di un Tizio, nel quale il servo Stico, preposto ad un'azienda in provincia, è beneficiato della libertà ed insieme istituito erede in parte. Si chiede che cosa sarà mai di tutti quegli atti compiuti da Stico, ignaro della sua condizione, dopo la

(1) A tutto ciò non fa ostacolo il § 1 del fr. 4 cit., nel quale si afferma, che perveniva a libertà il servo che fosse manomesso dal vero padrone, il quale però lo ritenesse altrui. Il caso è completamente diverso: altro è manomettere o alienare uno schiavo proprio credendolo altrui, **ma per proprio conto**, altro è farlo per conto di colui, cui si creda appartenga. Nel primo caso il servo diventa libero e si trasmette la proprietà, perchè la volontà è diretta alla libertà o alla vendita di quello schiavo in vista dei propri vantaggi, e il non conoscere il proprio diritto non ha alcuna influenza sul negozio giuridico, che si sarebbe compiuto anche nel caso contrario. **Windscheid**, *Pand.* § 172, n. 9; **Brinz**, *Pand.* I, p. 589, n. 8 e in *Arch. cit.*, pag. 344. — Contro, ma ingiustamente: **Zittelmann**, *Irrthum*, p. 541 seg. in quanto egli afferma che nel caso di vendita per proprio conto fatta dal proprietario nell'ignoranza del proprio diritto non passa la proprietà nel compratore, ma soltanto è opponibile al venditore l'*exc. r. v. e. t.*; ed il **Perozzi**, *Tradizione*, pag. 190 e seg. — Per i legati *Inst.* 20, § 11.

(2) *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium* nel *Boll. dell'Istituto di Dir. Rom.*, VI, 156 e seg.

morte del padrone ». Tra questi atti pertanto vi erano dei mutui, nei quali egli alienava in parte danari propri credendoli altrui. Sarebbe il caso del fr. 35 aggravato dall'errore sulle proprie qualità giuridiche, ed Africano implicitamente affermerebbe il trasferimento della proprietà delle somme mutate per la parte appartenente allo schiavo manomesso ed istituito erede = *quas uero pecunias ipse credidisset, eas non ex maiore parte, quam ex qua heres sit alienatas esse*. Sembra deduzione inevitabile = *ex parte ex qua ipse heres est pecunias alienatas esse*.

Orbene a che si deve quest'affermazione di Africano, che sarebbe in contraddizione col principio del fr. 35? Secondo me non vi è contraddizione, perchè Africano non ha considerato la questione del trasferimento dei danari appartenenti allo schiavo manomesso, e se egli afferma in modo indiretto questo trasferimento, si è perchè su esso non cadeva questione, inquantochè si presumeva il consenso di Stico all'alienazione della sua parte. Siamo di fronte ad un *servus praepositus pecuniis* (1), ossia ad un'azienda di mutui. L'amministrazione di quest'azienda consisteva appunto nell'esigere e mutuare delle somme. Il fare tali atti costituiva una necessità di amministrazione, e perciò era lecito presumere, che Stico avrebbe mutuato i **suoi** danari anche conoscendo il proprio diritto, e quindi non avesse nulla in contrario all'alienazione, per tal modo compiuta, della sua *pars pecuniarum*. Tutto ciò è presupposto nella mente di Africano. Era in contestazione il trasferimento, non della parte dello schiavo, ma di quella degli altri coeredi e per questo solo decide Africano negando il trapasso della proprietà. Del passaggio della proprietà della parte di Stico non era questione, poichè era implicito nel caso che egli — non ostante avesse conosciuto, dopo il mutuo, la sua qualità di libero e di proprietario — consentiva all'alienazione e la voleva per suo conto. Dunque è più un rapporto di fatto che una decisione giuridica, che si può dedurre dal fr. di Africano relativamente alla parte di Stico delle somme mutate.

Se noi supponiamo che un servo preposto ad un'azienda rustica sia stato istituito erede, e - non sapendolo ancora - abbia alienato le

(1) Vedi **Ulpiano**, *lib. 28 ad ed. D.* 13, 7: 11, § 5; 14, 3: 5, § 1, 13, e *lib. 41 ad Sab. D.* 46, 3: 18; **Papiniano**, *lib. 3 respons. D.* 14, 3, 19 pr. e § 3; **Giuliano in Paolo**, *lib. 7 ad Plaut. D.* 47, 2, 67, § 3. — È tecnico a questo proposito l'uso di *pecunia* al plurale, appunto per dinotare la molteplicità delle operazioni.

frutta in conformità all'uso sino ad allora tenuto, può sorgere il dubbio, che lo schiavo abbia interesse a rivocare la vendita fatta secondo le regole di una saggia amministrazione? Ordinariamente questo non avverrà, e, quando si abbiano in mente i rapporti ordinari, quelle frutta si possono affermare alienate.

Con ciò non si dice che un giureconsulto - quando fosse stato chiamato a indicare l'influenza dell'errore sul negozio giuridico - avrebbe egualmente affermata l'alienazione. Ma a ciò non risponde Africano, e l'affermazione del trasferimento della proprietà della parte di Stico nelle somme mutuate non è come conseguenza di rapporti giuridici controversi, ma come constatazione di un fatto presumibilmente voluto dalle parti.

7. — Posto ciò è eliminata la contraddizione tra il fr. 41 e il fr. 35. Che se assolutamente si volesse dare al fr. 41 tale portata da dedurre un principio giuridico, questo principio dovrebbe in ogni caso essere relativo al rapporto pratico che ho descritto. Si potrebbe cioè ammettere tutt'al più che un proprietario, il quale aliena la propria cosa per conto e credendola d'un altro, solo allora trasferisca la proprietà, quando quest'alienazione è in conformità alla ordinaria destinazione della cosa, cosicchè si possa dire che il proprietario - se fosse stato conscio del suo diritto - avrebbe egualmente alienata la cosa.

Questo concetto della destinazione della cosa e del comportarsi in conformità a questa destinazione fu fatto giustamente valere dal Pernice (1) sotto un altro punto di vista. Gaio, come i giureconsulti posteriori (2), ha posto, nel *libro singulari ad formulam hypotecariam* (D. 20, 6: 7 § 1), il principio che per le alienazioni è necessario un mandato speciale non essendo autorizzato ad esse un semplice *procurator*. Un principio opposto sembra affermare lo stesso giureconsulto nel *libro secundo rerum cotidianarum* (D. 41, 1: 9 § 4). Ora la conciliazione dei due frammenti il Pernice la trova appunto nella considerazione che nel secondo caso la validità della alienazione dipende dall'essere fatta *ex negotiis*, in quanto *die*

(1) *Labeo* I, p. 499 n. 15.

(2) **Papiniano**, *lib. 3 resp.* (in **Ulpiano**, *lib. 32 ad Ed.*) D. 19. 1: 13 § 25 — e *lib. 6 quaest.* (in **Ulpiano**, *lib. 16 ad ed.*) D. 6. 2: 14 — **Ulpiano**, *lib. 28 ad ed.* D. 13. 7: 11 § 7 — **Modestino**, *lib. 6 differentiarum*. D. 3. 3: 63.

*Alienation dem Geschäftsbetriebe des Principals entspricht.* In tal modo si spiega anche il fr. 12 *de Pign. act* 13, 7 di Gaio (1).

Analogamente potrebbe farsi la conciliazione del fr. 35 col fr. 41, ed anche in tal caso il principio *nemo errans* etc. rimarrebbe soltanto limitato, ma non distrutto (2), e resterebbe sempre in aperto contrasto col fr. 49, che solo nei digesti presenta una decisione che

(1) **Ulpiano**, loc. cit.: *quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare* [**Gaio**, *lib. 9 ad ed. prov.*] uel *universorum bonorum administratio ei permessa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere.* Anche qui compare l'uso di *pecunia* al plurale. Contro il **Pernice** si è manifestato — quando già il presente lavoro era mandato alla stampa — il **Bonfante**, *Facoltà e decadenza del procuratore romano* (negli *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento* P. I, pag. 1, e seg.), il quale ritiene non classica la restrizione delle facoltà di alienare. Accolgo completamente i risultati cui è pervenuto il professore di Parma; ritengo però che l'argomento presentato nel testo resti integro, in quanto il fr. 41 di Africano si deve in ogni ipotesi riferire al caso speciale in esso considerato.

(2) **Zittelmann**, *Irrthum*, pag. 536 e seg. crede che il fr. 41 affermi il principio che il trasferimento è valido quando il tradente era diventato proprietario *ipso jure* per eredità. Non si sa vedere perchè l'acquisto per eredità dovrebbe avere un'efficacia maggiore degli acquisti per altro titolo. Per questa parte è almeno più logica l'opinione di coloro che estendono il principio accolto dallo **Zittelmann** a qualunque modo di acquisto. **Averanius**, *Interpretationum juris*, lib. I, cap. 16 § 12 e **Richelmann**, *Einfluss des Irrthums*, n. 207. Ma lo stesso **Zittelmann** è costretto a riconoscere che il fr. 41 nel modo come è interpretato da lui è in aperta contraddizione con i fr. 4 pr. D. 40, 2 e 15 § 1 D. 40, 9, che sono stati esaminati nel testo, ed ai quali egli dà la preferenza. — Quando il **Richelmann**, loc. cit., cerca di rimuovere la difficoltà affermando essere pur sempre la stessa proprietà quella che si vuole trasferire, e dipendere da ciò che « la volontà diretta a tale scopo e la enunciazione della natura della proprietà concordano esattamente » non fa che velare la difficoltà con parole poco chiare. Vedi **Exner**, *Die Lehre von Rechtserwerb durch Tradition*, pag. 282, n. 93, il quale accetta la spiegazione del **Cuiaccio**, *op. Omn.* II, § 526, *tract. VIII, ad Afr.*, il quale aveva in fondo già presentata la stessa opinione dello **Zittelmann** quando diceva: « *hic error non impedit alienationem, quia non multum aberrat persona testatoris a persona heredis, prope eadem, persona dispensatoris a persona heredis eadem, quae eodem momento desinit esse dispensator, et repentinum incipit esse heres.* » Ma l'**Exner** riconosce però che la l. 41 così interpretata costituisce pur sempre un'anomalia.

ove venisse accolta escluderebbe assolutamente quella del fr. 35 (1).

8. — Compiuta così l'esegesi del fr. 35 (2), e rilevata tutta l'estensione, è opportuno esaminare più da vicino la prima parte del fr. 49 per determinare e precisare meglio la contraddizione dei due testi.

Nel fr. 49 la decisione riguardante il trasferimento della proprietà è racchiusa nella frase: *neque si rem tradidisset vindicationem ei concedendam*. È stato affermato — come già si è detto — che queste parole non implicano un assoluto diniego della *rei vindicatio*, ma solo il concetto che la *rei vindicatio* è ostacolata dalla *exceptio rei venditae et traditae* in base ai seguenti argomenti: a) la necessità di conciliare il fr. 49 col fr. 35 (3); b) la posizione della questione, in quanto dal discutersi intorno all'evizione si deduce, che non è presupposto nel passo il passaggio della proprietà: se Tizio non avesse la proprietà — si argomenta — non avrebbe la rivendica e quindi non si potrebbe parlare di *jus evictionis* (4); c) il non potersi dal punto di vista del diritto classico ritenere tra-

(1) Accoglie l'opinione che i due frammenti siano inconciliabili il **Clausen** in *der Holst. jur. Zeitschr.*, 1844, p. 19 che io non ho potuto consultare. Vedasi **Vangerow**, *Pand.* §. 311 n. 3. **Amann**, op. cit. pag. 15.

(2) Oltre i passi esaminati sembra che non ve ne siano altri che possano influire sulla questione di cui si tratta. **Ihering**, l. c. p. 153 n. 80. **Vangerow**, l. c. **Exner**, l. c., p. 282 ed altri riferiscono allo stesso caso del fr. 35 il fr. di **Ulpiano**, *lib. 26 ad ed. D. 12. 4: 3 § 8*: «... cum tibi nummos meos quasi tuos do non faccio tuos...» Vedi pure **Scevola lib. 5 digestor. D. 12. 6: 67 pr.: erroneamente, perchè in questo fr. il tradente non ha intenzione d'alienare. **Zittelmann**, op. cit., pag. 536 not. 302. **Huschke**, l. c. pag. 332. Nel fr. di **Paolo**, *lib. 5 ed Sabin. D. 18. 1: 15 § 2* si fa una specie nella quale non è tradente ed alienante il proprietario e perciò si riferisce al secondo caso del fr. 49. Finalmente il fr. di **Paolo**, *lib. 6 responsorum D. 20. 5: 10*: « *et si is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad uenditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem qui fundum uendidit, si uelit eiusdem rei ex alia causa quaestionem mouere* » non può avere influenza sulla questione, perchè la decisione ne è determinata dall'aver il creditore agito nel proprio interesse, per cui si decide: *creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem*. **Paolo**, *lib. 1 decretor. D. 20. 5: 13*. Vedasi **Windscheid** § 237 n. 17 e 20.**

(3) **Brinz**, l. c., pag. 320.

(4) **Brinz**, l. c., pag. 332 e seg.

sferita la proprietà di uno schiavo con la semplice *traditio* (1); d) l'essere la proposizione *neque... vindicationem concedendam* in rapporto logico con l'altra *obstrictum emptori*, e perciò conseguenza di un rapporto personale, sia che si voglia considerare la negazione della *vindicatio* come conseguenza della *obstrictio emptori*, sia che questa e quella si vogliano considerare immediate e dirette conseguenze di un rapporto personale — il contratto — che è premessa ad entrambe (2).

9. — Questi gli argomenti a favore della opinione comune, e non si può negare che l'accento alla vendita ed alla tradizione, prima dell'affermazione *neque... vindicationem concedendam*, fanno pensare a quella eccezione che appunto richiede quei due momenti; l'*exc. r. v. e. t.* (3). Così pure non è senza altri esempi la frase *non concedere, non dare, denegare actionem* nel senso di azione ostacolata da un'eccezione (4). Perciò le parole del passo parvero più favorire che contraddire l'opinione prevalente, che non vede nel fr. 49 una diretta ed assoluta negazione dell'azione di rivendica.

Con tutto ciò non può negarsi, che queste parole non sono le più chiare che il giureconsulto potesse usare a indicare la natura dell'ostacolo che arrestava l'esercizio della *rei v.* Perchè non ha usato in questa prima parte del fr. la frase tecnicamente precisa che trovasi nella fine della seconda parte: *exceptione summoventi*? Nè bisogna trascurare di considerare che nel caso era essenziale il denotare che la proprietà non era passata nell'acquirente. Ora — osserva giustamente il **Tewes** (5) — non solo ciò non è detto espres-

(1) **Scheurl**, *Iherings Iharb.*, II, p. 18. **Brinz**, l. c., pag. 332. **Bernhöft**, O. c., pag. 82. — **Amann**, O. c., pag. 10 e seg. — **Karlowa**, O. c. pag. 67.

(2) **Brinz**, l. c., pag. 320.

(3) Il **Brini**, O. c., pag. 17 e seg., dice appunto: «... un'eccezione, che gli interpreti leggono sotto le parole « *neque... vindicationem ei concedendam*, » e che ogni parola del passo e in ispecie l'« *obstrictum* » ed il « *tradidisset* » paiono di per se additare e quasi nominare quale *exceptio rei venditae ac traditae* ».

(4) Il **Brinz**, l. c. pag. 338, (rispondendo all'**Huschke**, l. c. pag. 339 e seg., che riteneva non potersi la frase *neque... concedendam* riferire al caso di un'azione ostacolata da eccezione) cita a tal proposito i fr. 12 D. 4. 4; 21 § 9 D. 4. 8 e 28 D. 9. 4 confrontato con 17 § 2 D. 7. 1, e si richiama all'autorità del **Keller**, *röm. Civilpr.* § 36 n. 390, § 50.

(5) l. c. pag. 76.

samente nel passo, ma non è detto in alcun modo. Se il giureconsulto avesse avuto nella mente i rapporti che nascevano dall'essere la proprietà rimasta all'alienante e dall'ostargli allo stesso tempo l'*exc. r. v. e. t.*, non avrebbe omesso — è supponibile — di porre in maggiore evidenza questo doppio ordine di rapporti, tanto più quando si consideri, che nel secondo caso il giureconsulto si è condotto in tal maniera, mentre appunto ve n'era minor bisogno, in quanto nel secondo caso — come vedremo più avanti — resta indubitato per tutti che la proprietà non si era trasferita, perchè la cosa era alienata *a non domino*. Quest'argomento acquista maggiore evidenza, quando si contrappongano — come fa il Brinz (1) per sostenere la tesi opposta — i due casi. Secondo il Brinz tutta l'antitesi dei due casi sta nel fondamento per il quale viene negata in un caso la *vindicatio*, e nell'altro *Titius summouetur*: nel primo caso è la vendita fatta dal mandatario-proprietario, nel secondo la compartecipazione alla vendita del mandante-proprietario. Quest'antitesi del caso produrrebbe una diversa decisione nella quale « soltanto il genere della *exceptio* sarebbe diverso; *ipso jure* sarebbe attiva nell'un caso e nell'altro la rivendicazione ». Orbene se così fosse, se l'antitesi nella decisione consistesse nella diversità della eccezione, come sarebbe possibile, che il giureconsulto si fosse contentato d'indicare espressamente soltanto l'*exceptio doli* e di lasciare appena intravedere l'altro termine dell'antitesi l'*exceptio r. v. e. t.*?

Dunque se pure le parole del frammento si prestano alla comune interpretazione, resta sempre che sono equivoche in relazione al concetto che quella interpretazione vuole che rappresentino, e questo equivoco avrebbe certamente evitato Marcello.

10. — a) Passando all'esame degli argomenti che sono stati più sopra enumerati, mi sembra inutile occuparmi del primo relativo alla necessità di conciliare i due frammenti discordi. Dove esiste la contraddizione bisogna riconoscerla, senza ricorrere a interpretazioni forzate. In tali casi è solo doveroso ricercare le ragioni della contraddizione per stabilire a quale dei testi in questione deva darsi la preferenza per la costruzione dommatica.

11. — b) La questione *de jure evictionis* presuppone il non trasferimento della proprietà? Per il modo con cui la questione è presentata a me sembra di no. Ad un'affermazione contraria giunge il Brinz

(1) l. c. pag. 339 e seg.

considerando isolatamente la questione relativa alla evizione; ma è dato osservare che nel frammento non si questiona puramente e semplicemente *de jure evictionis*, ma anche e contemporaneamente intorno ai rapporti nascenti dal mandato. Ora per decidere su tali rapporti era necessario stabilire appunto, se la proprietà fosse passata o meno, essendo il trasferimento della proprietà il momento principale della esecuzione del mandato. Era dunque presupposto della questione posta nel frammento — dico io alla mia volta — l'incertezza sul trasferimento della proprietà, e la soluzione della questione doveva servire a togliere tale incertezza.

D'altra parte nell'argomento del Brinz vi è contraddizione nel ritenere inconciliabile con la questione *de jure evictionis* il trasferimento della proprietà, e conciliabile invece l'opponibilità alla azione di rivendica dell'*exc. r. v. e. t.* Il trasferimento della proprietà renderebbe per il Brinz impossibile l'*jus evictionis* e quindi la quistione su di esso; ma altrettanto deve dirsi per l'*exc. r. v. e. t.*, poichè il potere efficacemente opporre questa eccezione ha per effetto che il convenuto con la *rei vindicatio* mantiene il possesso della cosa venduta e non ha quindi alcun diritto dipendente da una evizione che non ha subito.

Il vero si è che con l'espressione *jus evictionis* nel frammento non si vuole indicare il diritto che avrebbe il compratore contro Tizio, se venisse evitto, ma il diritto in Tizio di evincere. Come si può parlare di diritti del terzo derivanti dall'evizione? O questo terzo rimane soccombente di fronte a Tizio, e in tal caso non si può ammettere che egli abbia azione contro Tizio in conseguenza di un procedimento giudiziario, nel quale questi è restato vincitore e non ha quindi trovato applicazione il noto principio *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*: se Tizio non fu respinto con un'eccezione, egli non era tenuto con l'*actio de evictione*, e di questa non si può più parlare. O Tizio è rimasto soccombente e il terzo rimane possessore della cosa, e in tal caso, appunto perciò, non può parlarsi di diritto nascente da un'evizione che non esiste.

Lo *jus evictionis* del frammento non può essere dunque un diritto del terzo, ma un diritto di Tizio: è sul diritto di evincere competente a Tizio che si questiona (1). Ora questa questione lascia presupporre tanto l'incertezza sul trappasso della proprietà, quanto

(1) Nello stesso senso, sebbene riferendolo a diversi rapporti, spiega la frase lo Schwemann, l. c. pag. 115.

quella sulla opponibilità della *exc. r. v. e. t.* Non è vero dunque che la posizione della questione offra un argomento a favore della opinione comune.

12. — *c)* Non mi sembra che anche considerando il fr. dal punto di vista classico possa ritenersi in esso escluso il trasferimento della proprietà. Se si dovesse attribuire a Marcello l'intero fr. 49, non si potrebbe fare a meno di ritenere che la sua decisione ha una portata più generale di quello che deriverebbe dalla specie presentata, poichè egli prescinderebbe dalla qualità dello schiavo e qualificando semplicemente *res* l'oggetto del rapporto giuridico, offrirebbe la dimostrazione che il suo giudizio non è preoccupato dal fatto che lo schiavo è una *res Mancipi*. La sostituzione di *rem* a *seruum* nel frammento — se si dovesse attribuire a Marcello — denoterebbe che la sua mente non si arrestò al caso particolare dello schiavo, ma abbracciò una regola più generale.

Anche dal punto di vista classico dunque il frammento, come ci è stato riferito nella compilazione giustiniana, non offre alcun ostacolo ad ammettere il trasferimento della proprietà, poichè non vi si dice « *si seruum tradidisset* » ma « *si rem tradidisset* » *uindicationem non concedendam* (1).

13. — *d)* Resta così l'ultimo argomento, che è anche il più interessante, perchè si riferisce direttamente al merito della questione, in quanto si ricerca per esso se la negazione della rivendica sia conseguenza di un rapporto reale o di un rapporto obbligatorio. Ma anche qui mi sembra che da premesse vere si siano dedotte conseguenze eccessive. Non si può negare che il *neque... uindicationem concedendam* sia messo in relazione con un rapporto personale, del quale fa espressa menzione il frammento: il contratto di vendita. Perciò — o conseguenza dell'*obstrictum emptori*, o conseguenza di un rapporto obbligatorio dal quale deriverebbero le due affermazioni *obstrictum emptori* e *neque... uindicationem concedendam* — bisogna ammettere, come presupposto di quest'ultima, un rapporto personale (2).

(1) **Huschke**, l. c. pag. 339, n. 15.

(2) Ha perciò ragione il **Brinz**, l. c. pag. 340 e seg., quando combatte l'**Amann**, O. c. pag. 9, il quale per stabilire un nesso logico tra le due proposizioni « *obstrictum emptori* » e « *neque... uindicationem concedendam* » richiederebbe nel frammento un « *ob id* » od un « *propterea* », e contro l'**Huschke**, l. d. pag. 339, il quale nega il rapporto personale obbligatorio alla *exc. r. v. e. t.* facendola invece derivare da un « rapporto obiettivamente vincolante » (?) e spiega l'*obstrictum emptori* » in relazione a tale rapporto.

Ma come se ne può dedurre che soltanto perciò debba essere obbligatorio e non reale anche il rapporto giuridico sul quale direttamente si fonda il diniego della *r. vindicatio*? Forse che il contratto — quando si effettui la tradizione — non è un modo di giungere al trasferimento della proprietà? La questione nel caso presente è appunto di sapere, se esista un rapporto personale e se in conseguenza di esso vi sia un trappasso di proprietà. L'una e l'altra cosa si affermano nel passo e non può dubitarsene, perchè l'una è imprescindibile conseguenza dell'altra.

L'esistenza di un rapporto personale valido suffraga, non distrugge, l'affermazione che la proprietà è passata. Non si deve dimenticare che Tizio — il quale si afferma *obstrictus emptori* — è proprietario della cosa. All'adempimento di un contratto di vendita si dichiara nel frammento vincolato il proprietario della cosa venduta. Ora questo adempimento da parte del proprietario porta appunto al passaggio della proprietà perchè « *si... dominus fuit uenditor, facit (sc. traditio) et emptorem dominum* » (1).

L'aver dunque il giureconsulto fatto precedere l'affermazione della efficacia del contratto di vendita, alla successiva affermazione, che, verificandosi la tradizione, non si doveva concedere la rivendica, conduce all'unica conseguenza possibile del trasferimento della proprietà.

Non mi sembra possibile, che si trovi risposta al precedente ragionamento. Quando il **Brinz** (2), dice che deve passare la proprietà soltanto di ciò che si è venduto: la proprietà del venditore o quella del mandante rispettivamente, secondochè quella o questa si è voluta vendere, e che non deve ritenersi trasferita la proprietà del venditore quando egli non l'ha voluta vendere, pone con ciò un fondamento per la nullità del contratto di vendita. Tali ragioni servirebbero per escludere l'affermazione « *obstrictum emptori* »; ma essendovi nel frammento tale affermazione, tutte quelle buone ragioni non hanno valore per escludere il passaggio della proprietà.

14. — Da tutto quanto si è detto risulta evidente la contraddizione tra i due frammenti, ed è eloquente il parallelo fra di loro. Ulpiano afferma che la proprietà non si trasferisce (*non recessit ab eis dominium*) e ne dà la ragione nella nullità del negozio giuridico (*et nulla est alienatio*) a causa dell'errore (*quia nemo errans*

(1) **Ulpiano**, libro 32 ad edictum D. 19. 1: 11 § 1.

(2) l. c. pag. 347 e 348.

*rem suam amittit.*); Marcello affermerebbe che la proprietà si trasferisce (*neque uindicationem concedendam*) e metterebbe come necessaria premessa a ciò l'efficacia del negozio giuridico (*obstrictum emptori*) nonostante l'errore (*quamuis quasi procurator uendidisset*).

Dopo ciò non credo possa dubitarsi più oltre della contraddizione aperta nella quale i due frammenti si trovano (1), e che d'altra parte non si evita neppure dalla comune interpretazione. Giacchè riuscirà sempre molto difficile, se non impossibile, piegare la frase *nemo errans rem suam amittit* a significare il platonico sussistere della *rei vindicatio* resa inutile dalla *exc. r. v. e. t.* — Si ricordi che Paolo (2), parlando appunto dei risultati pratici delle azioni (3), ha detto espressamente: « nihil interest ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. » Si potrebbe affermare che non perdesi la cosa propria, quando di fronte alla tradizione già effettuata — questa è la specie del fr. 35 — non rimanesse alcun mezzo pratico per riaverla effettivamente?

15. — Non mi resta pertanto che dare un rapido cenno sulle opinioni individuali dell'Amann, dell'Huschke e dello Schwemann, che non trovarono alcun seguito, e che non riuscirono a togliere la constatata contraddizione.

L'Amann riferisce il fr. 35 al *procurator* e il fr. 49 al semplice *mandatarius*. Quello agirebbe per conto e a nome del rappresentato (Stellvertreter), questo nell'interesse del rappresentato, ma a nome proprio (Ersatzmann). Tale distinzione urta col fatto che anche il *procurator* agiva *suo nomine* (4), che anzi al tempo

(1) **Tewes**, O. cit.

(2) *Lib. 8 ad ed. D. 50. 17: 112.*

(3) **Gandolfo**, *Arch. Giur.* XXXIX, pag. 140.

(4) **Pernice**, *Labeo*, I, 492 e seg. **Brinz**, l. c. pag. 328 e seg. Ivi sono indicate le differenze tra *procuratore* e *mandatarius*, tra le quali certamente non v'è quella che vorrebbe porre l'Amann, la quale d'altra parte trova un ostacolo insormontabile nel fatto che le fonti accertano, che il procuratore doveva assumere in proprio i diritti e le obbligazioni. **Ulpiano**, *lib. 27 ad ed. D. 13. 5: 5 § 6*: « *Iulianus libro undecimo digestorum scribit procuratori constitui posse: quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino*, » il che è conforme al principio generale posto da **Scevola**, *lib. singulari ὄρων D. 50. 17: 73 § 4*: « *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* » Nelle fonti del resto è detto espressamente che il *procurator* è vincolato personalmente invece del rappresentato.

di Marcello si era già pervenuti, nello svolgimento dell'istituto giuridico del mandato, a ritenere che ogni mandatario fosse un procuratore (1). Tutto ciò autorizza il Pernice (2) ad affermare che « il *procurator* è in tutto e per tutto un Ersatzmann, cioè gli effetti dei negozi giuridici da lui conclusi si riferiscono alla sua persona. » Cade così completamente l'edificio dell'Amann che riposa su d'una differenza tra *procurator* e *mandatarius* sconosciuta alle fonti (3).

In secondo luogo sta contro l'Amann la motivazione che si legge nel fr. 35, nel quale è detto che *nemo errans rem suam amittit*. L'Amann ha visto l'ostacolo e non potendo vincerlo con una forzata interpretazione, come aveva fatto per il *quamuis quasi procurator uendidisset*, se n' esce col dichiarare interpolata la proposizione finale del fr. 35. Egli si sforza a dimostrare l'inutilità di tale proposizione per esprimere che il *tutor* o il *procurator* erano in errore intorno al loro diritto di proprietà. Ora per tale scopo essa era invece necessaria; infatti lo stesso Ulpiano altrove (4) dice: *curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit et dominium transferre*. Se nel fr. 35 non si accennasse all'errore riuscirebbe insolubile la contraddizione nella quale si troverebbero i due frammenti. Solo l'elemento dell'errore può giustificare la diversa decisione dei due casi, e come non può sottintendersi da se questo elemento nel passo riferito, così non si sarebbe sottinteso nel fr. 35. Non può dunque affermarsi che nel caso si tratti di una di quelle false motivazioni, che pure sono così frequenti nei

**Papiniano**, *lib. 2 respons. D. 3. 3: 67: Procurator, qui pro euictione praediorum quae uendidit fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio leuabitur: nam procurator, qui pro domino uinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat.* » Vedi pure *Vat. fragm.* 328 e 332. Vedi ora sul concetto di *procurator* la memoria del **Bonfante** sopra citata.

(1) **Ulpiano**, *lib. 9 ad edict. D. 3. 3: 1 § 1.*

(2) *Op. cit. loc. cit.*

(3) Che il procuratore acquistasse direttamente il possesso pel rappresentato (**Amann**, pag. 16 e 17) prova, che esso sotto questo aspetto era parificato ai tutori e curatori, ma non ha conseguenze relativamente alla questione se il procuratore agiva *suo nomine* o *alieno nomine* nei rapporti obbligatori. **Brinz**, l. c. pag. 331.

(4) *Lib. 16 ad edict. D. 27. 10: 10 § 1.*

compilatori, poichè è certo che Ulpiano dovette parlare dell' errore essendo questo il fondamento vero della sua decisione (1).

Finalmente lo stesso fr. 49, quando dice che è irrilevante per la decisione la qualità di *procurator*, distrugge tutta la teoria dell' Amann. Alle parole « *quamvis quasi procurator uendidisset* » non può darsi altro significato che questo: sebbene Tizio avesse venduto nella qualità di procuratore (2) e non per conto proprio. Se Marcello avesse dovuto esprimere il concetto dell' Amann avrebbe detto: « *quia quasi procurator non uendidit* » (3).

16. — L' Huschke ritiene decisivo per la spiegazione del fr. 49 il fatto che il mandante aveva la *bonae fidei possessio*, mentre ciò non si dovrebbe ritenere per il fr. 35.

Contro tale opinione è dato osservare, che non è possibile limitare la decisione del fr. 35 al caso in cui il pupillo e il rappresentato non avessero il possesso di *b. f.* poichè, a) è praticamente più verosimile l' ipotesi contraria, in quanto l' errore del tutore o del procuratore si deve fondare su false apparenze e quindi precipuamente sul possesso del pupillo o del rappresentato; b) il testo non offre

(1) Il fr. 35 fu tratto da una parte dell' opera d' Ulpiano, nella quale egli discorreva appunto del diverso atteggiarsi dei negozi giuridici in conseguenza di un errore. Vedi Lenel, *Palingenesia*, 123-126, II, pag. 441 e 442.

(2) Quando l' Amann dice che, come *quasi tutor* significa *pro tutore* e quindi una persona che non è tutore, così *quasi procurator* dovrebbe significare una persona che non è procuratore, non dà alcun esempio in cui la frase *quasi procurator* abbia il significato che egli vorrebbe dargli. La parola *quasi* ha non solo il significato di « pressochè » « invece di » ma anche quello di « quale » « nella qualità di ». Vedi Heumann, *Handlexikon*, verb. *quasi* n.° 3; e nell' espressione *quasi procurator* ha appunto quest' ultimo significato. Interessante sotto questo aspetto è un altro frammento, che lo stesso Amann, pag. 16, ritiene parli di un vero procuratore, e che appartiene anche ad Ulpiano, *lib. 29 ad Lab. D. 41. 1: 20 § 2*: « *Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi procuratori meo tradita sit...* »

(3) All' opinione dell' Amann è affine — se io l' ho bene intesa — quella del Karlowa, *Das Rechtsgesch.* pag. 67, il quale ritiene che Tizio nel fr. 49 abbia agito *suo nomine* nella vendita e il tutore o procuratore nel fr. 35 abbiano agito *alieno nomine*. Contro questa opinione si può obiettare con fondamento che di questa distinzione, che pure dovrebbe determinare la decisione, non si trova nulla nei due frammenti e che anzi è contraddetta dalle parole *quamvis quasi procurator uendidisset*. Il Karlowa ammette tuttavia che nel fr. 49 la proprietà non sia passata, ma ciò fa dipendere dalla mancanza di *mancipatio* di una *res Mancipi*.

accenno alcuno a questa distinzione, che dovrebbe essere capitale e perciò si sarebbe dovuta rilevare da Ulpiano.

D' altra parte non può disconoscersi l' esattezza della osservazione che a questo proposito fa il Brinz (1): « Se noi consideriamo la volontà ed il concetto del tradente Tizio, non troviamo che cosa possa influire la *b. f. p.* del mandante sul trasferimento della proprietà. Tizio vuole trasferire la proprietà tanto se il mandante è proprietario, quanto se è possessore di *b. f.* La possibilità di trasferire la proprietà egli la ricava soltanto dal fatto che egli stesso è proprietario. La *b. f. p.* del mandante non può nè aggiungere nè togliere nulla. »

L' Huschke a sostegno della sua interpretazione del fr. 49 porta anche delle testimonianze delle fonti. Ulpiano (2) dice: « *Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit et dominium transferre* ». Col *poterit* si accenna alla possibilità di casi, nei quali la proprietà passa e l' Huschke ritiene che tali casi siano quelli nei quali il furioso aveva il possesso di *b. f.*, escludendo che il curatore conoscesse il suo diritto. Mi sembra però decisiva l' osservazione del Brinz (3): « Quando il curatore — nulla sapendo della sua proprietà — dà la cosa come se fosse del furioso, e (presupponendo la *b. f. p.*, come vuole l' Huschke) trasferisce la proprietà; in tal caso egli cede la sua proprietà involontariamente. Una tale azione involontaria può dirsi un potere? non include in sè il potere anche la volontà? » Quanto è del fr. 5 § 2 D. 27, 9 (4), che non ha senso come si trova nella florentina, e che, come è completato dal Mommsen suona: « *... ea enim quae quasi [nostra bona fide possidemus, quodammodo nostra sunt. si fundum tutor uendidit qui eius est, quasi] pupillaris uero distractus est uenditio ualet* », quanto è di questo frammento, oltrechè non si può dire certa la ricostruzione del Mommsen, anche così completato non dice niente di più del fr. 10 § 1, ed in entrambi deve ritenersi, che il rappresentante alienasse scientemente una cosa propria come appartenesse al rappresentato. Di questa *b. f. possessio* che l' Huschke vorrebbe fosse l' elemento determinante le decisioni dei fr. 35, 10 § 1 e 5 § 2 sinora esaminati, non si fa cenno in nessuno di essi, e ciò è davvero meraviglioso!

(1) Op. cit. pag. 337.

(2) *Lib. 16 ad edict.* D. 27. 10: 10 § 1.

(3) Op. cit. pag. 345.

(4) Ulpiano, *lib. 35 ad edict.*

17. — Del tutto strana e forzata è l'interpretazione dello Schwemann, il quale pone come presupposto che l'*ego* del fr. 49 sia sempre il possessore, contro il quale avverrebbe l'evizione del servo, e per il quale si questionerebbe intorno al diritto di rivendicarlo da lui, posto in dubbio dai rapporti nascenti dal mandato (*de jure evictionis et de mandato quaesitum est*). Tale interpretazione non regge, giacchè alla questione, se Tizio avesse diritto di rivendicare dall'*ego* il servo si risponderebbe in modo così equivoco, da essere possibile intendere l'affermativa e la negativa — come ammette lo stesso Schwemann. Infatti la risposta sarebbe implicita nella decisione « *mandati eum non teneri* »; ora questa decisione si giustifica tanto affermando, che Tizio non è tenuto, perchè ha dato esecuzione al mandato, quanto affermando che non è tenuto, perchè il mandato non lo vincola. Nel primo caso la decisione implicitamente supporrebbe l'obbligo di eseguire il mandato e quindi la perdita della facoltà di rivendicare, nel secondo supporrebbe il perdurare della *rei vindicatio*, alla quale non si potrebbe ricorrere soltanto per il vincolo personalmente contratto col compratore e per la perdita della proprietà incorsa in forza della traditio. Ma ciò, che secondo questa interpretazione sarebbe anche poco comprensibile, è che il giureconsulto, dopo aver posto due questioni, espressamente non ne risolverebbe che una, quella del mandato.

Ciò che però ci interessa è, che anche con questa interpretazione la *vindicatio*, che il frammento dice non doversi concedere, sarebbe quella contro il terzo acquirente e resterebbe sempre nel frammento affermato il principio, che un mandatario trasferisce la sua proprietà, che gli era ignota, agendo per conto di chi credeva proprietario, e quindi resta la contraddizione col fr. 35. Tutta la costruzione dello Schwemann, oltrechè forzata, è dunque anche inutile.

18. — Quale delle due decisioni — la cui contrarietà credo di avere dimostrata — è però conforme ai principj?

Su questo punto si verifica che quasi tutti gli autori sono d'accordo nell'affermare, che nella vendita operata dal rappresentante di una cosa sua senza saperlo, manca la volontà diretta al trasferimento della proprietà realmente esistente, che è quella del rappresentante e manca la proprietà cui è diretta la volontà, che è quella del rappresentato. Da questa premessa si deduce soltanto il non trasferimento della proprietà del rappresentante, ma non si ha alcuna preoc-

cupazione intorno all'influenza, che quella premessa può avere sul contratto di vendita (1).

Ora 1) l'insegnamento accolto generalmente intorno ai negozi giuridici è, che quando non si vuole ciò che si è detto di volere e questa dichiarazione è effetto d'un errore, essa è nulla, non perchè vi sia un errore, ma perchè vi ha assenza di volontà (2). 2) D'altra parte è vero che nella vendita non è richiesto che si procaci il diritto, ma è pure indubitato che « il contratto è rivolto a che si procaci il diritto » e « la volontà del venditore dichiarata nel contratto di compra tende a che il compratore abbia la cosa giuridicamente, non a che egli debba averla semplicemente di fatto » (3).

Da queste due premesse pertanto scaturisce come conseguenza necessaria la nullità della vendita, quando chi vende non ha la volontà

(1) È eloquente il riferire la formula che i vari autori usano. **Scheurl**, *Beitr.*, pag. 195: « La dichiarazione è appunto una dichiarazione senza volontà, come quando si sono scambiate due cose e si trade quella che non si vuol tradere... Per lui (il tradente) l'errore sul soggetto della proprietà è un errore che esclude la volontà, un errore essenziale ». **Ihering**, *Op. cit.*, pag. 153, « Qui si tratta appunto di un errore — per dirla col Savigny — improprio: cioè non tanto di un errore, quanto dell'assenza della volontà, che esclude gli effetti del negozio giuridico ». **Brinz**, *O. c.* pag. 336: « Chi non conosce la sua proprietà, non la può perdere, cioè non può rinunziarvi a favore di un terzo. Quando egli si trova nella erronea convinzione che la cosa appartenga a un terzo per conto del quale egli la cede, egli con ciò non cede ciò che è suo » — ed a pag. 347 e seg.: « ragionevolmente si può in conseguenza della vendita appropriarsi ciò che si è venduto: la proprietà del venditore, quando essa si è voluta vendere — la proprietà del principale, quando essa si è voluta vendere. » — **Zittelmann**, *O. c.* pag. 535: « la tradizione è nulla perchè la proprietà che il tradente ritiene di tradere non esiste, e quella che esiste egli non ha intenzione di tradere » — ed a pag. 540: « La proprietà, cui è diretta l'intenzione di trasferire, non trappassa, non per causa d'errore, ma perchè essa non esiste affatto. » **Exner**, *O. c.* pag. 282: « ... egli (il tradente) non perde di fatto la proprietà che gli appartiene, perchè non voleva affatto una mutazione del suo patrimonio. » **Karlowa**, *Das Rechtsgesch.*, pag. 68: « Se si ammette che l'errore esclude la volontà di trasferire la proprietà, si deve conseguentemente ammettere che la vendita è nulla: si deve quindi dire anche che la volontà del venditore era diretta soltanto alla vendita della cosa altrui non della propria. » Per quanto riguarda il trappasso oggettivo della proprietà concepito dall'**Huschke** vedasi la vigorosa opposizione del **Brinz**, pag. 335 e seg.

(2) **Windscheid**, § 75. **Arndts-Serafini**, § 60 n. 6.

(3) **Windscheid**, § 339 n. 2.

di procacciare all' acquirente la proprietà appartenente a lui venditore, ma solo la volontà di procacciargli una proprietà che non esiste. In questo caso l' errore produce l' assenza della volontà e questa la nullità dal contratto.

Dunque è giustissimo quanto affermano gli autori che, mancando la volontà di trasferire la proprietà, questa non si trasferisce, ma non si concilia con le loro premesse l' affermazione, che tuttavia sia valido il contratto di vendita e ne derivi una eccezione. Se manca la volontà diretta al trasferimento della proprietà, manca la volontà essenziale al perfezionamento del contratto di vendita e nessun effetto, neppure l' eccezione può da esso derivarsi.

In fondo ha ragione il Tewes (1), quando, dopo avere riferito quanto il Brinz dice sulla mancanza di volontà, nota che tutto tornerebbe benissimo, quando la *vindicatio* di Tizio dovesse approdare ad un effetto pratico: ma tutte le premesse cadono quando si voglia concedergliela soltanto come diritto formale, non come diritto materiale (2).

Queste considerazioni, presentate succintamente per non eccedere i limiti imposti dalla economia del lavoro, mi sembrano sufficienti a dimostrare, come sia una deviazione dai principj giuridici più sicuri l' affermazione del fr. 49, che Tizio rimane *obstrictus emptori*, con tutte le conseguenze di questo vincolo, specialmente il passaggio della proprietà che più sopra ho rilevato (3), mentre invece la proposizione *et nulla est alienatio* del fr. 35 è in tutto conforme a quei principj.

(1) Loc. cit. pag. 77.

(2) Col ragionamento fatto nel testo si contraddice anche a quanto dice il Windscheid, § 197 n. 7, nel passo riferito a pag. 333 n. 1. Quando egli dice che avendo voluto trasferire un diritto di proprietà inesistente il tradente non è punto vincolato dalla sua dichiarazione di trasferimento della proprietà, esclude l' efficacia del contratto di vendita. Come dunque può da questo contratto derivare un' eccezione? Di più il Windscheid pare non accetti l' opinione comune, che ritiene opponibile l' *exc. r. v. e. t.* Quale eccezione dunque si dovrebbe immaginare? L' *exceptio doli* forse? Ma di questa parla il fr. 49 nella seconda parte soltanto, non nella prima.

(3) Che il fr. 49 vada direttamente contro tali principj lo dimostra l' inciso « *quamvis quasi procurator uendidisset* », che non può avere altra significazione, che quella di rilevare la mancanza di volontà diretta all' alienazione della cosa propria.

19. — Finalmente è opportuno esaminare la decisione relativa alla questione del mandato, e prima di tutto il modo col quale essa è collegata ai precedenti del discorso, cioè l' importanza della congiunzione *idcirco*. Essa significa *perciò* e sta ad indicare un rapporto di causalità tra ciò che precede e ciò che segue. Ora quale è la ragione per la quale Tizio non è tenuto con l' azione di mandato? Forse perchè egli non può rivendicare la cosa sua da colui cui egli stesso l' ha venduta, o perchè egli è *obstrictus emptori*? Questo è l' unico significato possibile del passo, ma è pure un significato illogico, perchè anche quando Tizio non avesse venduto, e perciò fosse tuttora proprietario, e fosse venuto a conoscenza del suo diritto prima di dare esecuzione al mandato, egli non sarebbe ugualmente tenuto con l' azione *mandati directa*, stante la mancanza di volontà ad assumere il mandato di vendere una cosa propria. Dunque l' *idcirco* è illogico (1).

Ma non è priva di dubbi neppure l' altra parte della decisione relativa all' obbligazione del mandante. Ci troviamo di fronte ad un mandante il quale ha agito *bona fide*. Egli quindi non è obbligato a risarcire danni, appunto perchè a lui nulla si può rimproverare (2). Quando dunque il Brinz (3) giustifica l' *actio contraria mandati*, perchè Tizio ha risentito dei danni nell' esecuzione del mandato, ignorando senza colpa la sua proprietà, si mette in contraddizione col principio su formulato.

Potrà la perdita della proprietà sofferta da Tizio farsi rientrare tra quei sacrifici, a risarcire i quali può essere diretta l' *a. mandati contraria* e che devono essere stati fatti dal mandatario nella ese-

(1) Per ovviare a questo errore l' Amann, l. c. pag. 11, non accetta come genuina la frase « *mandati eum non teneri, sed contra.* » Ma che questa frase appartenga al frammento come fu inserito nella compilazione giustiniana, non se ne può dubitare, in quanto di fronte alla sua esistenza in qualche codice e specialmente nei Basilici, sta la probabile supposizione che sia stata omessa nella fiorentina a causa della ripetizione della parola *mandati*.

(2) Windscheid, § 410, n. 18. Arndts-Serafini, §. 293, n. 2.

(3) Loc. cit. pag. 344. Questo principio respinge poi il Brinz (pag. 375 testo e n. 76) per la vendita. È interessante la nota: « Nella prima parte del passo sembra affermarsi una così larga responsabilità del mandante, poichè egli risponde verso il mandatario per l' interesse, *quia forte venditurus non fuerit*, sebbene egli veramente non avesse colpa nel fatto che il mandatario dovesse essere proprietario. »

cuzione oppure per la esecuzione del mandato assunto? (1). La perdita non avvenne nella esecuzione, perchè il mandato non era diretto alla vendita della cosa propria del mandatario, e non avvenne neppure per la esecuzione, in quanto tal genere di sacrifici devono essere fatti sempre consapevolmente e devono bensì essere necessari alla esecuzione del mandato, ma non devono identificarsi con la esecuzione stessa (2).

In ogni modo si deve pure osservare, che l'oggetto dell'azione contraria è definito molto inesattamente. Tizio non sapeva di essere proprietario dello schiavo, e se egli ha perduta la proprietà in tanto può dolersi, in quanto soffre una diminuzione del suo patrimonio non completamente risarcita dal prezzo dello schiavo. Se il prezzo dello schiavo lo risarcisce completamente, non si sa vedere che cosa egli possa pretendere dal mandante. Ora la frase *quia forte uenditurus non fuit* non accenna alla differenza tra il prezzo ricevuto e il danno sofferto, ma a qualche cosa che non si riesce ad afferrare con precisione. Solo con molta buona volontà si può in quella frase vedere con lo Scheurl (3) e con l'Huschke (4) l'affermazione che Tizio doveva esercitare l'azione, quando fosse stato incaricato di vendere a un prezzo troppo basso per lui.

20. — Riassumendo i risultati ottenuti dall'esame precedente si può affermare *a*) che il fr. 49 nella sua prima decisione contraddice al fr. 35 e agli altri testi che indubbiamente pongono lo stesso principio di quest'ultimo frammento; *b*) che il fr. 35 è in pieno accordo con i principj relativi alle conseguenze della mancanza di volontà nei negozi giuridici, mentre vi contraddice il fr. 49; *c*) che anche la decisione relativa ai rapporti nascenti dal mandato non è dedotta da giuste premesse e non è sufficientemente precisa.

Si può pertanto affermare che il fr. 49 non può prevalere per la costruzione dommatica, e resta quindi inconcusso che l'errore del rappresentante che aliena la cosa propria credendola del rappresentato, producendo l'assenza della volontà, esclude la validità del negozio giuridico; e quindi la vendita fatta in tali condizioni è nulla e come tale non è titolo sufficiente al trasferimento della proprietà, che rimane con tutti i suoi effetti presso il proprietario. Per la stessa

(1) Windscheid, § 410, num. 2.

(2) Windscheid, § 410, n. 14.

(3) Beitr. pag. 200.

(4) Loc. cit. pag. 344.

ragione dell'assenza della volontà è pure nullo il mandato per vendere una cosa che il rappresentante credeva del rappresentato mentre era sua. Ne deriva la sussistenza con tutti i suoi effetti pratici della *rei vindicatio* e la libertà del mandatario dall'azione di mandato.

## II.

21. — Il secondo caso del fr. 49 è formulato con le parole: « ... *uel contra ego uendidi illius (Titii) mandatu, cum forte is cui heres extiterit eum emisset;* » ed è deciso con le ultime parole del frammento: « ... *contra mandator, si rem ab eo uindicare uelit, exceptione doli summouetur et aduersus uenditorem testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem.* »

Su questo secondo caso ferve vivissima la discussione, che fu sollevata sin dal 1857 dallo Ihering (1). Per lo scopo che mi prefiggo, basta riassumere quanto si è detto nella voluminosa letteratura sull'argomento, per dimostrare come le diverse interpretazioni di questo secondo caso o portano a conseguenze contrarie ai più sicuri principj, o non si conciliano con le parole del passo.

La interpretazione, che dai Basilici (2) sino allo Ihering era stata universalmente accettata, raffigurava il caso deciso nel modo seguente: Mevio ha comprato e ricevuto per tradizione da un terzo uno schiavo di Tizio, che ignora il suo diritto di proprietà. Questi succede a Mevio, trova lo schiavo nel patrimonio ereditario, e da incarico a me di venderlo. Compiuta la vendita e fatta da me la tradizione al nuovo compratore, Tizio — venuto a conoscenza del suo precedente diritto di proprietà — vuole rivendicare lo schiavo. Si decide che la proprietà non se n'è trasferita nel nuovo acquirente e quindi è esperibile la *rei vindicatio*, che però non conduce a pratico risultato, perchè è resa inefficace dall'*exceptio doli*. Resta però a Tizio l'azione nascente dal contratto di vendita contro colui che vendette lo schiavo al suo autore Mevio.

(1) In *Jahrbücher f. d. dogm.* I, p. 306 n. 35 e II, p. 149 seg.

(2) Lib. XIV, Tit. I, 49. Per la letteratura antica vedi Ihering, l. c. p. 159, n. 88.

(3) *Interpret. jur.* I, c. 16 § 9: *Volo enim transferre dominium in me a Sempronio translato jure hereditario, quod transferre non possum, quia non habeo. Dominium autem, quod habeo, non transfero deficiente voluntate; cum enim dominium illud me habere ignorem non possum habere voluntatem ejus transferendi. Sunt autem diversa haec dominia.*

22. — Lo Averanio (3) e lo Scheurl (1) dedussero da questa decisione il principio che non si trasferisce la proprietà, quando chi aliena non vuole alienare il diritto proprio, che ignora, ma quello del proprio autore ereditario che suppone esistesse. Il Richelmann (2) ne deduce più logicamente il principio più generale, che l'errore sulla causa della proprietà deva considerarsi un ostacolo al suo trasferimento. Il Bernhöft (3) insiste sulla opinione dell'Averanio e dello Scheurl cercando di dargli nuova veste, ma tradisce la stessa teoria, quando conchiude che se Tizio avesse conosciuto il vero fondamento della sua proprietà, avrebbe posseduto per questo fondamento e avrebbe trasferita, con la vendita per mandato, la sua proprietà. È dunque anche per lui l'errore sulla causa della proprietà che ne impedisce il passaggio, ed il riferire questo errore alla causa del possesso che si trade lascia immutati i termini della questione.

Orbene lo Ihering (4) dimostrò come lo Averanio, lo Scheurl e quindi anche il Bernhöft mascherassero con parole poco chiare lo stesso concetto del Richelmann, limitandolo alla sola causa ereditaria. Infatti giustamente rilevò lo Ihering che, dopo la morte del *de cuius*, non si può parlare di una proprietà di lui: vi è una sola proprietà ed è quella dell'erede, il quale, quando aliena una cosa credendola ereditaria, mentre era sua anche prima dell'acquisto della eredità, aliena sempre la sua proprietà, dando ad essa una falsa causa. E giustamente del pari il Brinz (5) osservava, rispondendo al Bernhöft che non si può — senza sconfessare tutta la teoria dell'errore — ricondurre quello di Tizio sotto il concetto di un *error in corpore*

(1) *Beiträge*, p. 200 e 201, in *Jahrb. f. d. Dogm.* II, pag. 14: « Questo scambio di proprietà è un errore essenziale, che esclude l'accordo tra la dichiarazione e la volontà; poichè la dichiarazione di Tizio: io voglio vendere questo schiavo ad X e traderglielo, significa, secondo l'ordinario senso della tradizione di un venditore: io voglio trasferire la mia proprietà sullo schiavo; la sua volontà e però per le circostanze speciali di questo caso la seguente: io voglio trasferire non la mia proprietà, ma quella del mio autore ereditario. Tizio ha così manifestato ciò che non voleva, e conseguentemente la tradizione dello schiavo ad X compiuta da me per incarico di Tizio, non può trasferire ad X la sua proprietà. Tizio può pur sempre di fronte ad X con piena verità affermare: *servum suum esse ex jure Qu.* »

(2) *Der Einfluss des Irrthums auf Verträge*, p. 105.

(3) *Op. cit.* pag. 86 e seg.

(4) *Loc. cit.* pag. 160 e seg. Vcdi pure **Amann**, *loc. cit.* pag. 18, 19.

(5) *Loc. cit.* pag. 351.

poichè si è venduto proprio lo schiavo che si voleva vendere, nè sotto il concetto di un *error in substantia*, poichè non vi è alcuna differenza, nè di valore nè di qualità, che dipenda dal fatto che lo schiavo sia ereditario o no.

L'errore dunque di Tizio è sempre un errore sulla causa e — posta la interpretazione tradizionale del secondo caso del fr. 49 — è più logica l'opinione del Richelmann, che estende a tutte le cause l'influenza dell'errore che nel fr. sarebbe rilevata per la causa ereditaria.

23. — Ma il principio che così si dedurrebbe dal fr. 49 sarebbe completamente errato, *a*) perchè chi erra credendo di non essere proprietario mentre lo è, trasferisce la proprietà (1), e quindi sarebbe assurdo che non la trasferisse chi errasse ritenendosi proprietario in forza di un titolo, mentre lo è per un altro (2); *b*) perchè sulla *exceptio rei judicatae* relativa alla *rei vindicatio* non ha influenza la *causa petendi*, in quanto « *omnes causae una petitione apprehenduntur, neque enim amplius quam semel res mea esse potest* » (3) o con altra forma, « *qualecumque et undecumque dominium acquisitum habet, vindicatione prima in iudicium deduxit* » (4); ora il rapporto è, più che analogo, identico e basta sostituire la parola *traditione* alle parole *petitione* e *vindicatione* per accertarsi che la causa della proprietà è senza influenza per l'alienazione di essa (5); *c*) perchè finalmente la decisione sarebbe in contrasto con la nota regola *plus est in re quam in estimatione mentis* (6).

Queste ragioni si oppongono ad accogliere la massima che dalla decisione del frammento si dovrebbe assolutamente dedurre, e resta l'alternativa o di ritenere nel frammento errata la decisione, o di

(1) Vedi sopra pag. 8 not. 1.

(2) **Ihering**, *loc. cit.* pag. 164 e seg. **Amann**, *loc. cit.* pag. 19. **Brinz**, *loc. cit.* pag. 350 e seg.

(3) **Paolo**, *lib. 70 ad edict. D. 44. 2: 14 § 2.*

(4) **Ulpiano**, *lib. 75 ad edict. D. 44. 2: 11 § 5*, molto interessante anche nella specie identica: « *Itaque acquisitum postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere, mutavit opinionem et coepit putare, ex causa donationis; haec res non parit petitionem novam, nam . . . .* »

(5) **Ihering**, *loc. cit.* pag. 165 e seg. **Amanu**, *loc. cit.* pag. 19. **Brinz**, *loc. cit.* pag. 349 e seg.

(6) **Ihering**, *loc. cit.* pag. 168 e seg.

ritenerla relativa a un caso diverso da quello tradizionalmente supposto, introducendovi degli elementi di fatto che rendano possibile la decisione.

24. — A questo secondo mezzo si è appigliato lo Ihering (1) e con una acutissima costruzione ha sostenuto, che il caso doveva supporre nel modo seguente: io ho comprato e ricevuto per tradizione da un terzo uno schiavo di Tizio, che ignora il suo diritto di proprietà. Io vendo a Mevio lo schiavo che aveva acquistato, ma non gli ne faccio la tradizione. Mevio muore e gli succede Tizio, che ignorando la sua proprietà, incarica me di vendere per suo conto lo schiavo che avrei dovuto consegnargli in forza della vendita fatta al suo autore. Io vendo e consegno al nuovo compratore lo schiavo. Deciderebbe il giureconsulto: la proprietà di Tizio non è passata però al suo esercizio mediante la *rei vindicatio* osta l'*exceptio doli*, e a Tizio rimane l'*actio ex empto* contro me, venditore del suo testatore, per diritto ereditario.

Il caso sarebbe press' a poco uguale ad un altro presentato dal giureconsulto Paolo (2): « *rem meam mihi ignorantem uendideris et jussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium transire: et ideo etiam si donaturus mihi rem meam jussu meo alii tradas, idem dicendum erit.* »

Anche in questo secondo caso, come in quello del fr. 35 esaminato, si tratterebbe di un errore che ha l'effetto di escludere la volontà di alienare una cosa propria, e perciò è applicabile il principio *nemo errans rem suam amittit* (3).

(1) Loc. cit. I, pag. 306 n. 35 e II, pag. 170.

(2) **Paulus**, *lib. 5 ad Sab. D. 18. 1: 15 § 2*. Il caso non è perfettamente identico, perchè in questo fr. il mandatario aveva incarico di tradere soltanto e non anche di vendere come sarebbe nel fr. 49. Vedi su ciò **Huschke**, loc. cit. pag. 336 e seg. **Brinz**, loc. cit. pag. 363 e seg. — Di questo frammento danno una interpretazione completamente errata il **Westphall**, *Lehre der gem. R. vom Kauf § 81* e il **Glück**, *Erl. IV*, pag. 149. Vedi **Brini**, loc. cit. pag. 20: « Inteso, adunque, anche questo passo quale escludente il passaggio di proprietà; e non già, come pare troppo difficile ammettere, quale affermando esso un trappasso ». I fr. di **Ulpiano**, *lib. 16 ad edict. D. 1. 19: 1 § 1 e 27, 10: 10 § 1* fondano la loro decisione su altri elementi che non siano quelli del passo in questione.

(3) Riferiscono il fr. 15 § 2 a questo principio quasi tutti gli autori. **Schuberting**, *ad. h. l. Vangerow, Pand.*, § 311 n. 3. **Averanius**, *Interp. jur.*,

Pertanto, costruendo in tal modo il secondo caso del fr. 49, bisogna supporre che l'*ego* sia sempre possessore. Infatti l'Ihering (1) e i sostenitori della sua opinione (2) ritengono che la proposizione iniziale del frammento *seruum Titii emi ab alio bona fide et possideo*, debba ritenersi un presupposto dei due casi decisi.

Per maggiore giustificazione della sua opinione l'Ihering (3) faceva pure notare, come fosse necessario trovare, una ragione, per la quale i due casi erano stati proposti e decisi simultaneamente, invece che ad uno ad uno. Ora egli notava che, secondo l'opinione tradizionale, non v'era ragione di connessione, poichè l'errore era nei due casi di diversa natura: nel primo si sarebbe errato sulla proprietà, nel secondo sul fondamento della proprietà. Con la sua spiegazione invece a) il possessore rimane sempre lo stesso, b) esso è nei due casi ritenuto erroneamente proprietario, c) e l'errore è sempre un errore sulla proprietà. L'antitesi dei due casi consisterebbe soltanto nel rapporto di mandato, nel primo essendo mandante il possessore presunto proprietario, nel secondo il vero proprietario non possessore.

25. — Questa opinione dello Ihering diventò opinione prevalente (4),

I, cap. 16. **Ihering**, loc. cit., pag. 153. **Renard**, *Civ. Prax.*, XXVIII, pag. 258. **Brinz**, loc. cit. pag. 367. **Zittelmann**, *Irrthum*, pag. 538. **Exner**, op. cit. pag. 282. **Karlowa**, op. cit. pag. 68. **Brini**, loc. cit.

(1) Loc. cit. pag. 173.

(2) **Brinz**, loc. cit. pag. 348 e seg. **Brini**, op. cit. pag. 9 e seg. Vedi anche **Amann**, op. cit. pag. 19.

(3) **Ihering**, loc. cit. pag. 173.

(4) **Brinz**, loc. cit. e *Pand.* § 151 not. 7. **Zittelmann**, op. cit. pag. 355 e seg. **Exner**, op. cit. pag. 282. **Brini**, op. cit. **Windscheid**, *Pand.*, § 172 n. 10. Il **Brini** accetta il caso dello **Ihering**, ma riportandosi alla costruzione di **Celso** — in **Ulpiano**, *lib. 32 ad Sab. D. 24. 1: 3 § 12* — per la quale nel caso si dovrebbe vedere « una specie di tradizione doppia riunita in una, » dà alla decisione un diverso fondamento di quello proposto dallo **Ihering**. Per questo il dominio dello schiavo sarebbe rimasto sempre in Tizio, perchè egli non aveva mai dall'*ego* ricevuto in tradizione lo schiavo. Se invece si ritiene che nella vendita e tradizione fatta dall'*ego* per conto di Tizio vi sia inclusa anche la *traditio nuda voluntate* dall'*ego* a Tizio, cade il fondamento della decisione dello **Ihering** e si è ricondotti ad un errore sulla causa. In che cosa trovare dunque la spiegazione della decisione? « E verrebbe ovvio e naturale il dire — propone il **Brini**, pag. 21 — che la spiegazione si trovi nella specialità delle circostanze, consistente in quell'attualità della origine o causa supposta, in quell'unicità dell'atto complesso, in quella compenetrazione che sopra si notò. Nelle

ma non mancarono oppositori. Lo Scheurl reagì subito presentando le principali obiezioni, alla maggior parte delle quali non si diede ancora sufficiente risposta (1).

a) Si è già rilevato che la costruzione dello Ihering poggia sul supposto che l'ego sia nei due casi sempre possessore. Ora l'antitesi dei due casi vorrebbe invece, che come l'ego era compratore e possessore nel primo caso, deve essere ritenuto tale nel secondo l'autore ereditario di Tizio. Io non comprendo la meraviglia, con la quale lo Ihering risponde a questa obiezione. « L'ego, egli dice, è qualificato nel principio del passo come possessore di buona fede puramente e semplicemente, cioè non soltanto con riguardo al primo caso » (2). Ora tutto ciò è questione d'interpunzione: se si collega la proposizione iniziale con le parole *mandatu meo eum Titius vendidit*, non vedo perchè il possesso dell'ego non possa restringersi al primo caso. L'antitesi non solo può essere tra i due termini *mandatu meo eum Titius vendidit — ego illius mandatu vendidi*, ma estendersi anche agli altri due *servum Titii emi bona fide et possideo — cum is cui heres estiterit eum emisset*. Niente v'ha nel passo che si opponga a ciò: non la forma presente del *possideo*, perchè essa deve essere sempre considerata come quella di un presente storico (ciò è vero anche per la opinione dello Ihering, in quanto allorchè viene proposto il caso l'ego ha cessato di possedere, avendo venduto e consegnato lo schiavo per incarico di Tizio); non la mancanza di congiunzione, poichè nella esposizione di un fatto è eleganza il rilevare staccati i singoli elementi importanti; non finalmente il tacersi del possesso relativamente alla compra dell'autore di Tizio, in quanto questo elemento

quali circostanze l'attuale acquisto si presentasse e si presumesse senz'altro come un elemento di per sé essenziale, come un motivo determinante, quasi una qualifica dedotta espressamente con tale valore nell'atto; ossia intendendosi che in tanto si voglia alienare, in quanto così si crede acquistare. » Con ciò il Brini ha svolto, dandogli una costruzione dommatica, il concetto appena accennato dall'Huschke, loc. cit. pag. 333.

(1) Non è tale quella che si riferisce alla pretesa risoluzione della vendita, che sarebbe avvenuta in forza del mandato di rivendere e che secondo lo Scheurl, loc. cit. pag. 17, eliminerebbe la possibilità dell'*actio ex empto*. Vedi anche Bernhöft, Op. cit. pag. 85; e neppure quella che si fonda sulla rarità nella vita pratica del caso. Vedi su ciò l'Huschke, loc. cit. pag. 336 e seg. e Brinz, loc. cit. pag. 363.

(2) Loc. cit. pag. 173.

facilmente si sottintende quando la compra dell'ego e quella dell'autore di Tizio si pongano in antitesi.

Dunque non si hanno argomenti decisivi per ritenere, che la prima proposizione del passo sia indipendente dall'antitesi e perciò comune ai due casi (1).

26. — b) Il giurista inoltre, nel proporre il secondo caso, non ha fatto rilevare che Mevio aveva comprato da me, mentre ciò sarebbe stato facilissimo dicendo: « *cum is cui heres extiterit eum a me emisset*. » Lo Ihering (2) dice inutile quest'aggiunta, perchè, secondo lui, il senso del passo porterebbe a ritenere che da nessun altro poteva avere comprato il *de cuius*. « Da chi altri, più che dal presunto proprietario poteva aver comprato il defunto, se quello ci è indicato insieme come possessore e come colui che deve rivendere lo schiavo? » Questo argomento è conseguenza del preconcetto che l'ego debba essere ritenuto possessore per i due casi, e cade perciò, quando sia svanito questo preconcetto. Giustamente il Tewes (3) risponde alla domanda dello Ihering: « Da chi altri? appunto da quello stesso dal quale nel primo caso lo ha comprato l'ego ».

Infatti anche il più strenuo difensore della opinione dello Ihering non può fare a meno di ammettere la necessità delle due parole *a me* per l'intelligenza del caso. Il Brinz (4) riconosce che senza quelle parole il passo costituisce un indovinello, e, seguendo l'ipotesi dello stesso Ihering, che l'*a me* possa essere scomparso per geminazione, acutamente suppone che si sia erroneamente scritto *eum* invece che *a me*. Nel campo delle possibilità si può ammettere anche questa. Certo è però che l'*eum*, se non è necessario assolutamente, è però di uso conforme al latino classico (5), e che dell'*a me* non si ha traccia nè in alcun codice, nè nei basilici. Non è dunque arbitraria la correzione?

27. — c) Fosse almeno imposta da ragioni imprescindibili si vede invece per altro verso, che la costruzione del caso dello Ihering non si concilia col modo di esprimersi del frammento. Infatti la omissione dell'*a me* nella esposizione del fatto trova il suo riscontro in una qualifica generica — come di persona ignota — con la quale

(1) Bernhöft, op. cit. pag. 24.

(2) Op. cit. pag. 175 e seg.

(3) Op. cit. pag. 83.

(4) Op. cit. pag. 364.

(5) Tewes, op. cit. pag. 83.

si designerebbe l'*ego* nella decisione. Si tratterebbe secondo lo Ihering nella fine del frammento dei rapporti tra Tizio e *me*, nascenti dalla vendita *da me* fatta all'autore di Tizio, e il giurista vorrebbe significare che *contro di me* Tizio ha l'azione *ex empto*. Era logico dire *adversus me*, invece si dice *aduersus uenditorem testatoris sui*, come questo venditore sia un terzo sconosciuto al lettore (1).

Ad eliminare l'obiezione che il giurista non si poteva esprimere in tal maniera, perpetuando l'equivoco già posto nella esposizione di fatto, si risponde che si dà all'*ego* la qualifica di *venditor*, come a Tizio si era data poco prima quella di *mandator* (2). Si vedrà più innanzi quale importanza abbia nella critica del testo questa qualifica generica sostituita all'indicazione concreta delle persone indicate nel caso; ma pur mettendosi dal punto di vista dell'opinione dominante, si può sempre osservare che, se è ammissibile, che, per ragione di brevità, si rilevasse — ciò che pure era necessario — la qualità di Tizio, il quale era respinto dall'*exceptio doli* appunto perchè era *mandator*, non era invece necessario rilevare la qualità di venditore del testatore in colui che si diceva sottoposto all'*actio ex empto ex jure hereditario*, poichè la decisione si ricollegava subito con un atto di vendita fatta all'autore di Tizio.

28. — *d*) Un altro elemento necessario nella costruzione dello Ihering è che l'autore di Tizio non avesse ricevuto per tradizione lo schiavo. Orbene si è giustamente osservato che neanche di ciò si fa cenno nel passo (3). Si risponde che la parola *emere* deve intendersi relativa al solo contratto di vendita (4). Che essa come anche la parola *vendere* abbiano questo significato ristretto e che anzi ciò si verifichi nel fr. 49, quando si dice nel primo caso « *Titius uendidit... neque, si rem tradidisset...* », non si può contestare; ma l'*emere* dell'autore ereditario bisogna intenderlo assolutamente nel senso di comprare e ricevere per tradizione. Che in questo senso si trovi usato nelle fonti, è ammesso da tutti (5). Ora fa giustamente

(1) Huschke, loc. cit. pag. 347. Amann, Op. cit. pag. 27. Bernhöft, op. cit. pag. 84. Tewes, op. cit. pag. 82.

(2) Ihering, loc. cit. pag. 178. Brinz, loc. cit. pag. 366.

(3) Amann, Op. cit. pag. 27.

(4) Brinz, loc. cit. pag. 366 e seg.

(5) Amann, Op. cit. pag. 21, 27. Bernhöft, Op. cit. pag. 82. Brinz, loc. cit. Tewes, Op. cit. pag. 81.

osservare il Tewes — chiudendo a mio avviso definitivamente la discussione su questo punto — che nel passo si trova un parallelismo eloquente: l'*emisset* del secondo caso, sta in relazione col *bona fide emi* del primo, nel quale la parola *emere* è presa nel senso di acquisto completo. Invece *uendidit* e *uendidisset* del primo caso, corrispondono al *uiddi* del secondo.

29. — *e*) Finalmente rileva il Tewes (1), che per la interpretazione tradizionale — cui non può negarsi il merito di adattarsi benissimo alle parole del testo — nei due casi del fr. 49 si tratterebbe sempre di due contratti di vendita successivi: nel primo: *ego emi — Titius uendidit*; nel secondo: *is cui heres Titius extiterit emit — ego uiddi*. Invece secondo l'interpretazione dello Ihering nel primo caso si hanno due atti di vendita, nel secondo invece tre: *ego emi — is cui heres T. extiterit emit — ego uiddi*. Si presenta perciò contro lo Ihering molto più grave l'obiezione, che non è supponibile, che un giureconsulto abbia trattato così cumulativamente due casi tanto diversi. Ma di ciò nell'ultima parte del lavoro.

Queste obiezioni possono forse vincersi isolatamente prese, dimostrando volta per volta, che il giureconsulto abbia potuto esprimersi in modo poco normale, ma nel loro insieme dimostrano assolutamente che, per intendere il passo come vorrebbe lo Ihering, troppe lacune vi si trovano e troppi equivoci da eliminare. È possibile che uno scrittore lasci idovinare qualche cosa al lettore, quando questo qualche cosa si intende facilmente da se; ma non è supponibile che un giurista classico si prenda cura di non dire mai chiaramente ciò che è essenziale per la decisione, rendendo questa assolutamente sibillina.

L'opinione dello Ihering si può solo sostenere mutando il testo in modo che l'equivoco sia eliminato (2). Ciò vuol dire che il frammento, come è, non dice quel che gli si vorrebbe far dire. Le correzioni d'altra parte sono quasi sempre espedienti arbitrari.

30. — Ma v'ha di più. La costruzione tradizionale presentava un caso, per il quale era impossibile negare il trasferimento della proprietà; lo Ihering va troppo oltre e ne presenta uno, per il quale mi sembra non si possa ammettere la perdita della proprietà, neppure per effetto della eccezione di dolo, che non sarebbe punto giustificata

(1) Tewes, loc. cit.

(2) Brinz, loc. cit. pag. 364.

e renderebbe errata, anche pel caso dello Ihering, la decisione del frammento.

Ritornano a questo punto gli stessi concetti che si sono fatti valere nella prima parte del lavoro. Chi crede e vuol vendere per conto altrui una cosa che ignora essere sua, non vuol vendere la cosa propria. Vi è assenza di volontà nel negozio giuridico e non si sa vedere in che cosa Tizio agisca contro la buona fede, quando domanda una cosa sua, che egli non ha voluto vendere. Se in tali condizioni non perde la proprietà chi ha venduto direttamente, come credo di avere dimostrato nella prima parte, non può perderla neppure chi ha dato mandato di vendere. Le stesse ragioni per le quali si dimostrò errato l'*obstrictus emptori* del primo caso, si dovrebbe — data la costruzione dello Ihering — ritenere errata la concessione dell'*exceptio doli* nel secondo. Questa *exceptio doli* non potrebbe essere altro che la eccezione che altrove è formulata più concretamente: « *si non ex uoluntate tua uendidit* » (1) — « *exceptio rei uoluntate ejus uenditae* » (2); è la *exceptio rei uenditae et traditae* che dalla persona del mandatario si estende a quella del mandante, tanto che Ulpiano (3) la chiama appunto così: « *Si quis rem meam mandatu meo uendiderit, uindicanti mihi rem uenditam nocebit haec exceptio, nisi probetur me mandasse, ne traderetur, antequam pretium soluatur* ». Questi sono concetti giustissimi dello stesso Ihering (4), il quale però non ha notato che in tutti questi frammenti, o si mette in rilievo, o si suppone e si rileva facilmente la *uoluntas* del mandante come estremo necessario per la concessione della *exceptio*, e che invece nel caso da lui costruito, questa volontà non esiste, perchè chi crede e vuole alienare la cosa altrui, non vuole alienare la propria (5).

31. — Nè manca a questo proposito un argomento fortissimo che si trae dal frammento già riferito di Paolo e che s'è visto presenta un caso quasi identico a quello immaginato dallo Ihering. Orbene nel fr. 15 § 1 D. 18. 1, si dice che il dominio non si trasferisce, ma non si fa cenno alcuno di una eccezione di dolo che competesse a

(1) Ulpiano, *lib. 16 ad edict.* D. 6. 2: 14.

(2) Giuliano, *lib. 44 digest.* D. 41. 4: 7 § 6.

(3) Ulpiano, *lib. 46 ad edict.* D. 21. 3: 1 § 2.

(4) Op. cit. pag. 177.

(5) Bernhöft, Op. cit. pag. 85: « Tizio non ha nè fatto vendere il suo diritto, nè ha partecipato in alcun modo alla vendita. »

colui, cui la cosa fosse stata consegnata per incarico del proprietario che si trovava in errore sulla sua proprietà (1). Ora a me sembra impossibile che Paolo, a questo punto, non dovesse rilevare appunto l'ostacolo, che dalla vendita e dal mandato sorgeva contro l'esercizio della proprietà che si diceva non perduta dal mandante. Egli discorreva, proprio nel libro da cui il frammento fu tolto, dei rapporti nascenti da un contratto di vendita (2), e, come sembra dalle cose dette precedentemente nel passo e nei fr. 5 e 10 dello stesso titolo (3), precisamente in quel punto, dell'errore e della sua influenza sulla validità del contratto. È perciò inammissibile l'ipotesi del Brinz (4) che il giurista volesse rilevare, che il *dominium* non era trasferito, solo per stabilire che al compratore competeva contro i terzi la pubbliciana, e che egli doveva usucapire la cosa per diventarne pieno proprietario. Non era questo il tema del discorso di Paolo, ma tale, per il quale egli doveva essere portato, ove questa fosse stata la dottrina dei giureconsulti romani, a parlare della eccezione di dolo competente al consegnatario della cosa. Nè sembra verosimile che — dato il posto che occupa nel digesto — i compilatori abbiano ommesso quella parte del frammento di Paolo che si fosse riferita a tale eccezione. Il fr. 15 § 1 è inoltre come quello 35 *de a. r. d.* in pieno accordo coi principii che già si sono accennati (5).

Questi brevi accenni mi sembrano sufficienti a dimostrare come l'interpretazione dello Ihering, oltrechè non si concilia con le parole del testo, non è neppure sufficiente a dare ragione di tutte le parti della decisione in esso contenuta.

32. — È perciò che altri autori hanno cercato di spiegare in altro modo il frammento, ci occuperemo nell'ultima parte del lavoro della opinione dell'Amann (6), il quale ritiene tanto l'esposizione, come la decisione del secondo caso un glossema.

L'Huschke (7), a giustificare la decisione del secondo caso, tenta di dimostrare la massima che il mandatario, che abbia venduta e consegnata una cosa del mandante, non ne trasferisce mai la pro-

(1) Amann, Op. cit. pag. 28.

(2) Lenel, *Palingen.* 1701-1710, I, 1264 e seg.

(3) Lenel, loc. cit. 1705, 1706.

(4) Loc. cit. pag. 367.

(5) Vedi note 71 e 72.

(6) Op. cit. pag. 17.

(7) Loc. cit. pag. 344 e seg.

prietà, e perciò al compratore compete solo un'eccezione contro il mandante che volesse rivendicarla. L'autore sostiene che il mandatario non include nella sua tradizione la volontà di trasferire la proprietà, ma soltanto quella di dare esecuzione al mandato. Io non ho bene inteso la forza di questa concezione dell'Huschke. Certo è che le fonti — come ha dimostrato il Brinz (1) — dimostrano che nella vendita per mandato si ha riguardo alla volontà del mandante. È inutile ritentare la dimostrazione di una tesi universalmente ammessa e basterà rimandare a ciò che ne dice il Brinz.

Un'osservazione sola per dimostrare, anche indipendentemente da ogni altra considerazione, inaccettabile la opinione dell'Huschke. Se fosse vera la sua teoria, si dovrebbe ammettere che il giureconsulto abbia deciso insieme due casi completamente diversi, poichè nel primo si discorrerebbe dell'influenza dell'errore sulla proprietà, nel secondo questo errore non avrebbe nessuna influenza sulla decisione (2).

33. — Finalmente lo Schwemann (3) presenta una costruzione del caso così strana che basta enunziarla per respingerla. Ecco il caso: Io sono possessore di buona fede e dal vero proprietario Tizio sono incaricato di vendere lo schiavo. Lo vendo senza tradurlo al compratore, il quale muore e lascia erede Tizio. Questi agisce contro di me con la *rei vindicatio* ed io rispondo con un'eccezione di dolo (1), perchè in forza del mandato ricevuto sono autorizzato da Tizio a consegnare lo schiavo al compratore cui lo ho venduto e che — per

(1) Loc. cit. pag. 355 e seg. L'Huschke fa valere per la sua opinione il fr. di Ulpiano, *lib. 46 ad edict.* D. 21. 3: 1 § 2, sopra riferito. Certamente in quel passo si parla di un caso, nel quale il dominio non era stato trasferito e si suppone possibile la *rei vindicatio*. Però da ciò non deve dedursene che in tutti i casi di alienazione per mandato la proprietà non si trasferisce. Sul caso che ha potuto produrre il non trasferimento della proprietà nel fr. 1 § 2 si sono manifestate due opinioni. Il Brinz, loc. cit. pag. 357 e seg., ritiene che si trattasse dal giurista della vendita di una *res mancipi* senza *mancipatio*; il Scialoia, *Arch. giur.* XXV, pag. 382 e seg., ritiene, come credo, più giustamente che si trattasse di un mandato di vendere soltanto e non anche di consegnare, e che avendo il mandatario anche consegnata la cosa venduta il mandante volesse rivendicarla. Vedi anche lo stesso Ulpiano, *lib. 16 ad edict.* D. 6. 2: 14. Per quanto si è detto nel testo vedasi anche Windscheid, *Pand.* § 197 n. 6.

(2) Hushke, loc. cit. pag. 345.

(3) Loc. cit. pag. 124 e 125.

il suo titolo ereditario — è lo stesso Tizio rivendicante, il quale perciò dovrebbe ritirarsi dall'azione di rivendica e intentare contro di me l'*actio empti*! (1).

È così che io ho inteso l'opinione dello Schwemann, ma mi sembra tanto strana che ammetto la possibilità di averla fraintesa. Oltre tutte le assurdità, che contiene tale spiegazione, essa è possibile supponendo che il giurista prima usi il pronome « *ab eo* », quindi la qualifica « *uenditorem testatoris sui* » per designare l'« *ego* » del principio del frammento (2).

Come si vede dunque i nuovi tentativi per aggiustare le falle, che da ogni parte si formano, sono stati inutili.

34. — Consideriamo ora brevemente l'ultima parte della decisione contenuta nel frammento, e cioè quella relativa all'*actio ex empto* concessa a Tizio. Anche su di essa si disputa e si contendono il campo tre opinioni diverse.

Lo Scheurl (3) e lo Jhering (4) opinano che l'azione sia diretta all'interesse per la mancata prestazione della cosa, per non avere cioè il venditore soddisfatto all'obbligo di *prestare rem habere licere* (5); perchè il compratore nulla avrebbe ricevuto in forza della vendita, essendo lo schiavo già suo ed essendo anzi esso andato perduto in relazione alla vendita.

(1) Sostanzialmente identica a quella dello Schwemann e l'opinione dello Esmark nell'opuscolo citato e che apparve nel 1883, nello stesso anno in cui nell'*Arch. f. Civ. Pr.* apparve l'articolo dello Schwemann. Non posso perciò precisare se uno dei due autori abbia mutuato dall'altro la nuova interpretazione, non essendovi citazione che ciò riveli, o se entrambi abbiano avuto contemporaneamente la stessa idea. L'Esmark, parte dal presupposto che sia errato il ritenere che il proprietario Tizio abbia dato incarico dopo avere ereditato: prima egli avrebbe dato l'incarico, il possessore avrebbe venduto ma non consegnato, e Tizio sarebbe succeduto al compratore. L'opinione dell'Esmark è anche inaccettabile, perchè dà alla prima parte del fr. l'interpretazione del Brinz, cosicchè non si sa trovare alcun punto di comune col secondo caso.

(2) L'Esmark, ad attenuare questa obiezione suppone che nel testo vi sia una trasposizione e legge l'ultima decisione nel seguente modo: « *Contra mandator aduersus uenditorem testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem et, si rem ab eo uindicare velit, exceptione doli summouetur.* » A parte che tutto ciò è arbitrario, non si saprebbe spiegare l'uso dell'*et*, che dovrebbe essere sostituito dal *sed*.

(3) Loc. cit. pag. 15.

(4) Loc. cit. pag. 177 e seg.

(5) Windscheid, *Pand.* § 389 n. 7 e testi ivi citati.

Giustamente oppone l' Amann (1) che non si sa vedere come possa Tizio agire per la mancata prestazione dell' *habere licere*, quando egli stesso ha rinunciato volontariamente, mediante il mandato di vendere, al possesso (2).

I due frammenti di Paolo (3), ai quali i due autori si riferiscono per sostenere la loro opinione, con l'accentuare che *non potest euinci*, dimostrano che l' *actio ex empto*, di cui in essi si parla, non è diretta all' *habere licere*. Di ciò inoltre offre la prova lo stesso Paolo — *Sent. Rec. II. 17 § 8* — quando dice espressamente che l' *actio* è diretta *ad pretium recipiendum*.

L' Huschke (4) e il Brinz (5) ritengono che l' *actio ex empto* sia diretta al risarcimento del danno sofferto in conseguenza della vendita. Il primo fa consistere il danno — come nel primo caso — nel fatto che Tizio *forte uenditurus non fuit*; l' *actio ex empto* nel secondo caso sarebbe diretta allo stesso risarcimento, cui nel primo è diretto l' *actio contraria mandati*.

Contro questa opinione, che è presentata senza alcuna giustificazione, si possono ripetere le obiezioni che si sono fatte all' *actio contraria mandati* del primo caso. Se nè Tizio, nè il suo autore hanno sborsato alcuna somma per la compra dello schiavo; se Tizio può avere dalla seconda vendita effettuata per suo incarico il giusto prezzo, in che cosa sarebbe egli danneggiato? Se il prezzo non è giusto di chi la colpa se non di Tizio che ha dato incarico di vendere a un prezzo basso? E se il mandato a vendere a tal prezzo non v'era, il risarcimento non era dovuto piuttosto in forza dell' *actio mandati* che dell' *actio ex empto*?

Il Brinz pone invece il danno da risarcirsi nella perdita del diritto di rivendicare efficacemente la cosa. Anche contro di lui valgono le obiezioni fatte testè. Il Brinz però ha tentato di dare alla sua opinione l' appoggio di altri testi, e dal fr. 45 § 1 D. 19. 1 (6) ha dedotto il principio che colui, il quale per la fiducia che il venditore sia proprietario ha sofferto dei danni, ha per risarcirgli l' *actio*

(1) Op. cit. pag. 24.

(2) Windscheid, *Pand* § 391 n. 6 e testi ivi citati.

(3) *lib. 76 ad Edict D. 21. 2: 9* e *lib. 2 ad Edict. Aedil. Cur. D. 21. 2: 41 § 1*.

(4) Loc. cit. pag. 347 e seg.

(5) Loc. cit. pag. 374 e seg.

(6) Paolo, *lib. V. Quaest.*

*ex empto*. Ora il frammento citato e tutti gli altri (1) che parlano della così detta evizione impropria, presuppongono sempre la mancanza della prestazione dell' *habere licere*, se non in conseguenza di una evizione, in conseguenza di altre cause, che escludono il possesso del compratore. Ma se — come lo stesso Brinz ritiene — non si è nel nostro caso dal venditore violata l' obbligazione della prestazione dell' *habere licere*, egli non è responsabile dei danni che non possono ricongiungersi con una violazione del contratto. È dunque errata l' illazione che il Brinz deduce dal fr. 45 citato e la sua opinione resta, senz' alcun altro appoggio, esposta alle obiezioni sopra formulate contro l' Huschke.

L' unica opinione pertanto, che sembri accoglibile su questo argomento, è quella dell' Amann (2). L' *actio* sarebbe diretto *ad pretium recuperandum*, in conformità alle numerose testimonianze delle fonti, che assegnano all' *actio empti* anche tale scopo. Contro questa opinione si obietta prima di tutto, che nella esposizione del fatto non è detto che il prezzo fosse stato pagato dall' autore di Tizio, e secondariamente, che il giureconsulto avrebbe data la soluzione di una questione che non era stata proposta (3).

Di ciò vedremo l' importanza dell' ultima parte del presente studio. Intanto è opportuno notare qui, che sul frammento mentre si risolve la questione relativa all' *actio ex empto* non proposta, si lascia senza risposta quella relativa al mandato (4). Ma anche di ciò più avanti.

35. — Riassumendo pertanto le osservazioni, che si sono presentate succintamente — perchè ormai troppo note — sul secondo caso del fr. 49, si può affermare che il frammento presenta delle incongruenze da qualunque punto di vista lo si sia sinora considerato. Se si accetta il caso come surge senza sforzare le parole del testo, si ha una decisione assolutamente sbagliata e indegna di Marcello; se per volere conservare la decisione si va in cerca di nuove interpretazioni del caso, queste diventano forzate e illogiche di fronte alla connessione grammaticale del testo e non si riesce a giustificare l' *exceptio doli*, restando così sempre errata la decisione. Intanto il frammento risolve questioni non proposte e omette la soluzione di quelle proposte.

(1) Eck, *die Verpflichtung des Verkäufers* ecc. Windscheid, § 389 n. 8.<sup>a</sup> e testi ivi cit.

(2) Op. cit. pag. 23 e seg.

(3) Brinz, loc. cit. pag. 373.

(4) Amann, Op. cit. pag. 33.

## III.

36. — Sinora si è considerato il fr. 49 scindendo i due casi che vi si propongono e mettendoli in relazione con le rispettive decisioni. — Per arrivare ai risultati ultimi del presente studio è opportuno ora considerare la esposizione di fatto del frammento per se sola, indipendentemente dalle decisioni.

Tutte le interpretazioni, che della esposizione di fatto si sono date, si fondano sulla presupposizione che vi siano compresi due casi così diversi, che debbano essere diversamente decisi, e tale interpretazione si impone a chi consideri il frammento nel suo insieme, quale ci è riferito nella raccolta giustiniana, poichè essendo diverse le soluzioni dei due casi, è imprescindibile farle derivare da diversi elementi di fatto.

Si è però sentito da coloro che hanno trattato questo tema, quanto fosse anormale questo accoppiamento di casi diversi sottoposti a diverse norme giuridiche (1). Non se ne è portato altro esempio nelle fonti, e perciò uno degli sforzi degli interpreti fu appunto quello di diminuire le differenze per rendere verosimile e spiegabile il fatto di questo anormale cumulo di casi giuridici. Ma inutilmente, perchè le differenze restano sempre così gravi, che l'obiezione guadagna forza per ogni nuovo tentativo non riuscito. L'interpretazione antica pone due casi nei quali si tratterebbe di errore di diversa natura, e cioè nel primo caso errore sul diritto, nel secondo sulla causa del diritto; l'interpretazione dello Jhering — a parte la dimostrata inconciliabilità col testo — porterebbe nel primo al caso al trasferimento della proprietà e non nel secondo e supporrebbe due atti di vendita nel primo caso e tre nel secondo; l'interpretazione dell'Huschke farebbe nel primo caso influente l'errore, nel secondo no; quella dello Schwemann tanto è strana che non occorre insistervi.

Dunque per tutte le interpretazioni resta insuperabile la obiezione, che si formula nella domanda: perchè Marcello avrebbe riunito insieme due casi così diversi? Non si potè trovare una ragione scientifica, un nesso logico e sistematico, e la chiarezza del discorso richiedeva assolutamente una trattazione separata dei due casi. Se ciò non fosse per se stesso evidente, sarebbe dimostrato dal fatto, che quanti hanno preso a spiegare il frammento, a principiare dai

(1) Amann, loc. cit. pag. 17, 20, 30. — Jhering, loc. cit. pag. 173.

Basilici (1), hanno visto la necessità di separare nella esposizione i due casi. Sembra d'altra parte che Marcello usasse logicamente contrapporre, separandoli, i casi che — pur presentando degli elementi di fatto identici — ne avevano diverso qualcuno che determinava una diversa soluzione. Tale almeno è il procedimento logico del discorso, che si rivela da una citazione di Ulpiano (3): « *Si uenter ab institutis exheredatus sit, a substitis praeteritus, Marcellus negat in possessionem eum mitti posse uiuentibus institutis, quia exheredatus est: quod uerum est* [7]. *Per contrarium autem si ab institutis praeteritus sit uenter, a substitutis exheredatus, uiuis institutis mittendus est in possessionem: quod si non uiuant, negat mittendum, quia ad eum gradum deuoluta hereditas est, a quo exheredatus est* ».

37. — Orbene leggendo appunto l'esposizione del fatto del fr. 49 senza la preoccupazione che sorge dalle due diverse risoluzioni successive, a me sembra evidente che il giureconsulto presentasse un solo caso giuridico, invertendo semplicemente la posizione rispettiva delle persone che nel negozio giuridico rappresentavano una parte.

Non sono infrequenti casi analoghi nelle fonti. Dello stesso Marcello se ne ha un esempio riferito da Ulpiano (3): « *si a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego: solui iudicium Marcellus libro tertio digestorum scribit, quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere*. » — Così fanno i giureconsulti per dare maggiore evidenza alla decisione. Gaio (4) nel seguente frammento espone i due casi identici, invertendo la posizione giuridica delle parti, e rileva l'identità della soluzione adottata: « *Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit*. » Importante è però rilevare che in molti di questi casi si trova l'uso del « *vel contra* », come nel fr. 49, per dinotare appunto questa inversione della posizione delle parti. Eccone gli esempi:

Inst. I. 10: § 8 — *Mariti tamen filius ex alia uxore et uxoris filia ex alio marito, uel contra . . . . .*

(1) Lib. XIV. tit. I. L. 49 e scolii. Heimbach, II 129 e seg.

(2) Libro 41 ad Edict. D. 37. 9; 1 § 6 e 7.

(3) Libro 12 ad Edict. D. 5. 1: 11.

(4) Lib. 2 rer. cotidian. sive aureor. D. 41. 1: 7 § 13 — Vedi Ist. II. 1: 31.

Paolo — . . . . *si forte reus extra iudicium actore inferente juraverit se dare non oportere et actor reo deferente dari sibi oportere uel contra . . . .* (1) ».

Ulpiano — *Si praetor tutoribus permiserit uendere, illi obligauerint, uel contra, an . . . .* (2) ».

Ulpiano — *Si pater sibi per scripturam filio per nuncupationem, uel contra, fecerit testamentum, ualebit* (3).

E questo uso del « *uel contra* » si trova nello stesso Marcello (4): « *Stichum tibi, seruo tuo decem legauit, uel contra tibi decem, seruo tuo Stichum, libertatemque Stichi fidei ejus commisit. lex falcidia minuit legata . . . .* »

Non è dunque possibile, che nella mente di Marcello si volesse, con un procedimento uguale a quello dei frammenti citati, presentare lo stesso caso mutando solo la posizione giuridica delle persone? Analizziamo da questo punto di vista l'esposizione di fatto del fr. 49 e nulla vi troveremo di ripugnante ad una tale interpretazione.

38. — La prima parte della esposizione come sorge da una traduzione letterale è la seguente: io comprai di buona fede da un terzo uno schiavo di Tizio e lo *possedevo*: per mio mandato Tizio lo vendette ignorando che fosse suo.

Una prima osservazione è, che il *possedeo* deve essere considerato come un presente storico (5). Una seconda e più interessante è, che non è esatto il volere riferire la prima parte del fr. sino a *possedeo* ad un presupposto comune ai due casi, come vorrebbero molti. Dice bene l'Eck (6): questa è questione d'interpunzione. Si

(1) *Lib. 18 ad. Ed. D. 12. 2: 28 § 10.*

(2) *Lib. 35 ad. Ed. D. 27. 9: 7 § 3.*

(3) *Lib. 16 ad. Sab. D. 28. 6: 20 § 1.* — I casi adottati son gli esempi che mi fu dato raccogliere in una rapida ricerca.

(4) *Lib. 22 Digest. D. 35. 2: 56 § 4.*

(5) Come tale fu interpretato da tutti gli autori, tranne che dallo **Schwemann** che fonda, appunto sul ritenere presente l'azione del possedere, tutta la sua interpretazione.

(6) *Op. cit. pag. 32 ann. 3.<sup>a</sup>.* — Egli pone così l'interpunzione: *seruum Titii emi ab alio bona fide et possedeo, mandatu meo eum Titius uendidit cum ignoraret suum esse; uel contra ego uendidi (seruum Titii secondo l'Eck, seruum, cum ignorarem meum esse, secondo me) illius mandatu, cum forte is cui heres extiterit eum emisset.* » Come si vede l'Eck pone il contrapposto in modo analogo a quello presentato nel testo, soltanto che essendo anche lui preoccupato dalla doppia decisione non ha avvertito che nel secondo caso l'*ego* doveva considerarsi proprietario ignorante il suo diritto. Come l'**Eck**, anche lo **Scheurl**, il **Bernöft**, il **Tewes** e il **Karlowa** nei luoghi citati.

riconosce che dopo il *possedeo* vi è una pausa, ma ciò è un modo di staccare e mettere in rilievo i singoli elementi del fatto. A me sembra anzi, che ciò sia in perfetta armonia col modo di esporre solito ai giureconsulti romani ed allo stesso Marcello, quale ci si rivela dai resti trasmessici delle sue opere. Prescindendo dal libro dei responsi, dove pure nella maggior parte dei casi (1) si nota questo stile con proposizioni brevi e staccate, si trovano numerosi esempi nell'opera « *digesta* » dalla quale fu tratto il fr. 49. Ecco i più rimarchevoli:

[Lenel 33] *Gaurus Marcello: binas aedes habeo: | alteras tibi lego. | heres alteras altius tollit et luminibus tuis officit . . . .* (2).

[Lenel 121] *Qui duos filios habebat alterum ex his emancipauit, | nepotem ex eo in potestate retinuit: | emancipatus filium sustulit et a patre exheredatus est: | quaero . . . .* (3).

[Lenel 124] *Ex semisse Titius heres scriptus est: | quadrantis bonorum possessionem per errorem petit: | quaero . . . .* (4).

[Lenel 213] *Duobus diuersis temporibus eandem rem pignori dedit: | egit posterior cum priore pignoratitia et obtinuit: | mox ille agere simili actione instituit: | quaesitum est . . . .* (5).

[Lenel 221] *A Titio qui mihi ex testamento sub condicione decem debuit, fideiussorem accepi et ei heres extiti: | deinde condicio legati extit: | quaero . . . .* (6).

[Lenel 237] *Titio et Seio Stichum legauit: | deliberante Seio, cum Titius uindicasset legatum, Stichus occisus est: | deinde Seius repudiauit legatum: | perinde . . . .* (7).

Non è dunque questo il modo di procedere che si riscontra nel frammento in esame: *Seruum Titii emi ab alio bona fide et possedeo: | mandatu meo eum Titius uendidit cum ignoraret suum esse: | . . . .*? Essendo così le cose non regge adunque la illazione

(1) D. 17. 1: 38 pr. [279], 24. 3: 38 [280], 26. 7: 21 [281], 30: 123 [284], 34. 2: 6 [286], 35. 1: 36 [287], 37. 15: 3 [288], 46. 1: 24 [291]. 46. 3: 48 [292]. — I numeri tra parentesi quadre sono quelli della *Palingenesia* del **Lenel**.

(2) *Lib. 4 dig. D. 8. 2: 10 = 7. 1: 30.*

(3) *Lib. 9 Dig. D. 37. 8: 3.*

(4) *Lib. 9 Dig. D. 29. 2: 75.*

(5) *Lib. 19 Dig. D. 44. 2: 19.*

(6) *Lib. 20 Dig. D. 46. 1: 38 § 1.*

(7) *Lib. 21 Dig. D. 9. 2: 34.*

che dalla forma tronca e recisa della prima parte si volle trarre, per asserirla un presupposto comune ai due casi, e niente quindi si oppone, tutto anzi porta a ritenere, che il primo dei due casi presentati da Marcello sia formato come più sopra si è esposto.

39. — Ora nel caso così formulato si trovano i seguenti elementi di fatto: un possessore di buona fede di uno schiavo; un proprietario dello schiavo che ignora il suo diritto; una vendita effettuata dal proprietario per incarico del possessore di buona fede.

A me sembra che identici elementi di fatto si trovino nel secondo caso. Resta solo a determinare chi sia proprietario e chi possessore di buona fede nel secondo caso, giacchè per il resto l'interpretazione sorge evidente da se. Orbene all'accenno esplicito che della buona fede si fa nel primo caso, corrisponde un eguale esplicito accenno nel secondo. La buona fede vi è rilevata ponendo una circostanza di fatto che dai giureconsulti romani fu sempre considerata come una *justa causa erroris*, e da alcuni di essi elevata alla dignità di titolo sufficiente alla usucapione. È nota la disputa sulla causa putativa: uno dei casi più frequentemente presentati come causa putativa, nella quale era insita la *bona fides* è appunto quello in cui taluno trovi qualche cosa nella eredità da lui adita (1). Nerazio (2), sostenitore della *justa causa erroris* nell'usucapione, pone appunto il nostro caso: « . . . . ueluti si ob id aliquid possideam, quod seruum meum, aut ejus cuius in locum hereditario jure successi emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est ». Questo caso ritorna spesso nelle discussioni dei giuristi (3), e nelle decisioni degli imperatori (4). Ora a me sembra evidente che la ragione per cui nel secondo caso si accenna all'essersi trovata la cosa nella eredità adita da Tizio, sia appunto quella di mettere in evidenza la sua buona fede, come era stata messa nel primo caso in evidenza la buona fede dell'*ego*. Uno degli

(1) **Bonfante**, *La justa causa dell'usucapione* nella *Riv. ital. per le scienze giur.* XV, pag. 346 e seg. — *Le singole iustae cause usucapionis* nella *Riv. ital. per le scienze giur.* XVII pag. 38 e seg.

(2) *Lib. 5 Membranarum* D. 41. 10: 5.

(3) **Papiniano**, lib. 33 quaest. D. 41. 3: 44 § 4. — **Pomponio**, lib. 23 ad *Quintum Mucium* D. 41. 5: 3.

(4) **Diocleziano** e **Massimiano**, C. 7. 29: 4 e 7. 33: 4.

sforzi degli interpreti e specialmente dello Jhering (1) fu appunto quello di trovare un caso nel quale si spiegasse la rilevanza dell'elemento di fatto compreso nell'inciso « *cum is . . . . emisset* », ed a me sembra, che, data la precedente interpretazione, quell'inciso sia naturalissimo e corrisponda senza sforzo all'altro « *bona fide* » del primo caso.

Ora se nel secondo caso Tizio è possessore di buona fede, chi è proprietario? Necessariamente l'*ego*: alla mente corre subito il pensiero che nel primo caso il proprietario Tizio, vendette per incarico dell'*ego* possessore di b. f.; nel secondo chi vende è l'*ego* per mandato di Tizio, possessore di b. f., dunque l'*ego* è il proprietario nel secondo caso. Non è evidente che la posizione delle parti nel secondo caso è semplicemente invertita?

Si deve ammettere, che nel secondo caso il giureconsulto ha lasciato in silenzio qualche elemento del fatto, ma queste lacune sono facilmente colmate dalla mente (2), e già si è visto negli esempi su riporti che il « *vel contra* » è sufficiente da solo ad indicare l'inversione del caso. Nel fr. 49 si trova qualche cosa di più determinato per aver voluto accennare alla ragione speciale della *bona fide* (il titolo ereditario), ma ciò non rende meno evidente l'inversione pura e semplice del caso.

40. — Io faccio l'ipotesi, che nella raccolta giustiniana il frammento si fosse presentato con una sola soluzione per i due casi e penso che in tale ipotesi nessuno vi sarebbe stato, il quale avesse avuto dubbio di intendere l'esposizione del fatto di Marcello nel modo seguente: io comprai di buona fede da un terzo uno schiavo di Tizio e lo possedevo: per mio mandato Tizio lo vendette ignorando che fosse suo; o ciò che è lo stesso, io, ignorando che fosse mio, lo vendetti per incarico di lui, che lo possedeva di buona fede, avendolo trovato nella eredità di chi lo avea comprato da un terzo.

Intorno a questo unico caso giuridico, presentato due volte inversamente, sorgeva la questione: *de jure evictionis et de mandatu quaesitum est*.

41. — Facendosi ora ad esaminare le decisioni che seguono alla esposizione del fatto, deve tenersi presente l'indole dell'opera di Marcello, dalla quale il frammento fu tratto. I suoi libri *Digest.* sono di esposizione parte dommatica e parte casuistica, e quest'ultima

(1) Loc. cit. pag. 175. Vedi pure **Schwemann**, loc. cit. pag. 122 e seg.

(2) **Tewes**, loc. cit. pag. 79.

conserva in moltissimi casi la forma delle *quaestiones* donde ha avuto origine (1). Non vi può essere dubbio, per chi abbia presente alla mente la forma classica delle *quaestiones*, che il frammento 49 si presenti con la forma tipica di esse. Ed è pure risaputo, come in quella forma di produzione scientifica si rispettasse sempre la esatta corrispondenza delle risposte al quesito proposto. Ciò d'altra parte è riconoscibile anche in tutti i frammenti di Marcello citati in nota.

Bisogna inoltre tener presente che Marcello « appartiene ai giureconsulti che scrissero più classicamente » (2).

Con tali presupposti si può credere che le decisioni, che si vedono riferite nel fr. 49 appartengano a Marcello? Se ne è esaminato già il contenuto giuridico nelle due prime parti di questo lavoro, ed è inutile ripetere quanto si è già dimostrato, che cioè le due decisioni contraddicono a principj giuridici chiaramente affermati nelle fonti e logicamente ritenuti come regolanti la materia esposta nel frammento, e che manca, ora per eccesso, ora per difetto, la esatta corrispondenza delle risposte coi quesiti proposti.

42. — Ma a questi difetti del contenuto, ormai già dimostrati, corrispondono l'ineleganza e l'improprietà della forma assolutamente impossibili in Marcello. Si osservi:

a) Mentre la prima decisione è presentata con costruzione indiretta ed è retta dal « *puto* », la seconda è presentata puramente e semplicemente con costruzione diretta. Marcello avrebbe dovuto continuare: « *contra mandatorem... exceptione... summoueri, et aduersus uenditorem... habere... actionem* ». Il cambiamento della costruzione è, mi sembra, argomento fortissimo per ritenere che originariamente la decisione era una sola, come unico era il caso proposto. La prima decisione trasmessaci fu appunto calcata, su quella originale e conserva la costruzione indiretta; la seconda, essendo

(1) **Krüger**, *Röm. Rechtsgesch.* pag. 192. — La forma di questioni si rivela molto nettamente nei seguenti frammenti [33] *lib. 4 D. 8. 2: 10 = 7. 1: 30, [34] eod. D. 8. 6: 11, lib. 5 [47] 20. 7: 27, lib. 6 [65] 8. 5; 11, lib. 7 [90] D. 24. 1: 49, lib. 8 [110] D. 12. 3: 8, lib. 9 [121] D. 37. 8: 3, eod. [124] 29 2: 75, lib. 13 [161] D. 33. 2: 15, lib. 15 [178] D. 36. 1: 46, lib. 19 [206] 43, 16: 12, eod [213] 44. 2: 19, lib. 20 [219] 45. 1: 98 § 1, eod. [221] D. 46. 1: 48 § 1, lib. 21 [237] 9. 2: 34, 36, lib. 22 [242] D. 35. 2: 56.*

(2) **Kalb.** *Roms Juristen* pag. 93.

stata introdotta di sana pianta si presenta con la costruzione diretta e contiene maggiori imperfezioni di forma.

b) Nella prima decisione si trova usato — proprio nella frase relativa al trasferimento della proprietà, sul quale sorgono tanti dubbi — la particella « *neque* » rarissima in Marcello, nel quale si trova soltanto altre cinque volte contro trenta « *nec* » (1). Ed è a notare che dei cinque « *neque* » due sono interpolati come rilevano il Lenel (2), e il Pampaloni (3), e gli altri tre (4) sono sempre usati, in conformità dell'uso classico (5) davanti a vocale, mentre nel fr. 49 l'uso del « *neque* » è anche aggravato dalla circostanza che si trova davanti a consonante.

c) Nelle due decisioni si tende a rendere generale il caso, ed infatti alle indicazioni speciali si sostituiscono termini generali. « *Titius* » diventa « *mandator* » con scapito della chiarezza (6). Lo schiavo diventa puramente e semplicemente « *res* » (7), mentre è lecito

(1) **Kalb.**, op. cit., pag. 80.

(2) **Paligen.**, ad Marcellum, 5... D. 49. 1: 15.

(3) *Contributi alla determinazione degli emblemi nelle Pandette.* in *Arch. Giur.* LV, pag. 507.

(4) Ho avuto cura di ricercarli e sono i seguenti: *lib. 29 Dig.* [261] D. 33. 3: 3, *libro responsorum* [286] D. 34: 2: 6, [289] D. 39. 6: 28.

(5) Per l'uso delle particelle « *nec* » e « *neque* ». Vedi **Kalb.**, op. cit., pag. 53.

(6) **Amann**, loc. cit., pag. 30.

(7) È certo che si trova anche nei giuristi questa generalizzazione, ma a prescindere che in questo caso l'essere schiavo *res Mancipi* doveva essere per **Marcello** un ostacolo a ciò, è pure strano e insolito che uno schiavo si chiami puramente e semplicemente *res*. La sostituzione del termine generale *res* ad altre cose concretamente designate si trova nei seguenti passi la cui interpolazione fu accertata. D. 19. 2: 60, § 2. **Gradenwitz**, *Interpolationen*, pag. 29, 36. **Ferrini**, *Arch. Giur.* XL, 164. — D. 24. 3: 64, § 10. **Gradenwitz**, op. cit., pag. 194, 195. **Lenel**, *Paling ad Ulp.* 2011. — D. 34. 1: 20 § 2. **Gradenwitz**, op. cit., pag. 180. **Lenel**, *Paling ad Scaev* 271. — D. 38. 5: 12. **Heck**, *Die fiducia cum amico contracta.* *Zeitschrift f. S. S. X*, pag. 132. — D. 41. 3: 38. **Gruppe**, *Zur sprache der Gajanischen Digestenfragmente.* *Zeitschrift f. S. S. XVIII*, pag. 216 e seg. **L'Huscke**, loc. cit., pag. 339 nota, dà per ragione della sostituzione di *res* a *servus* quella di « potere brevemente indicare l'azione come *vindicatio* ». Le fonti usano spesso però la parola *vindicatio* senza l'accenno della parola *res*, ed anche assolutamente senza alcun oggetto. Il **Tewes**, loc. cit., pag. 78, suppone che **Marcello**, non parlasse di *servus* e che siano stati i compilatori a mettere la parola *servum* invece di *rem* nella esposizione di fatto per estendere la decisione anche alle *res Mancipi* (!). La supposizione non ha bisogno di essere confutata.

supporre che per Marcello dovesse avere importanza, per quanto riguarda il trasferimento della proprietà, la qualità di *res mancipi* inerente ad uno schiavo.

d) Resta senza possibile spiegazione l'« *eo* » nella frase « *si ab eo uindicare uelit* » che grammaticalmente non si saprebbe a chi riferire (1). Il volervi sostituire, come fanno il Brinz (2) e il Tewes (3) per superare la difficoltà, le due parole « *ab emptore* », è semplicemente arbitrario.

e) L'inciso « *jure hereditario* » riesce completamente superfluo, dopo che si è detto « *aduersus uenditorem testatoris* » (4).

f) Questa stessa frase, oltrechè inelegante, si fa notare, perchè vi si accenna a successione testamentaria, mentre nell'esposizione del fatto di testamento non si parla.

Ora io comprendo che ad una ad una queste improprietà ed ineleganze si possano vincere, o trovando qualche raro analogo caso, o supponendo un errore di copista, o in altro modo. Ma è il loro cumulo che si impone e che, unito alle rilevate deficienze di contenuto che si trovano nelle due decisioni, ci devono convincere, che ci troviamo di fronte ad una interpolazione giustiniana.

43. — L'Amann (5) vide già in parte ciò, e partendo dal giusto presupposto, che fosse impossibile la riunione di due casi così disparati, rilevando le improprietà e incongruenze linguistiche e grammaticali che si trovano specialmente nella seconda decisione, ne dedusse che tanto il secondo caso, quanto la decisione relativa dovevano ritenersi due glossemi. Giustamente rileva il Brinz (6) che i glossemi non hanno mai tale forma, perchè sono determinati per lo più dalla necessità di chiarire una parola o un concetto. Si deve inoltre osservare: in primo luogo che l'Amann non ha presentato alcun argomento di forma contro l'esposizione di fatto del secondo caso; in secondo luogo che egli, intanto è riuscito a giustificare e perciò a ritenere genuina la prima decisione, in quanto credette di poter eliminare la contraddizione col fr. 35 de a. r. d. per mezzo

(1) Amann, loc. cit., pag. 30.

(2) Loc. cit., pag. 361.

(3) Loc. cit., pag. 75.

(4) Loc. cit., pag. 31. Il Brinz, loc. cit. pag. 362, suppone che le due parole possano costituire un glossema.

(5) Loc. cit., pag. 29 e seg.

(6) Loc. cit., pag. 361.

della distinzione tra *procurator* e *mandatarius* che si è chiarita inaccettabile; e finalmente che, sebbene non manchino anche per la prima decisione gli argomenti desunti dalla sua forma (*rem-neque*), tuttavia si comprende che essi devono essere più scarsi e meno gravi perchè — come si è rilevato — i compilatori hanno lavorato su una traccia esistente e più facilmente han potuto, servendosi dei modi e delle parole del giurista, dissimular se stessi.

44. — A me non sembra ormai dubbio che i compilatori di fronte al fr. di Marcello si trovarono di fronte a due difficoltà: l'una nascente dall'aver essi frainteso il secondo caso, credendolo diverso dal primo e riputando necessario dargli una soluzione; l'altra nascente dall'accenno che probabilmente si faceva nel frammento della *mancipatio*, per mezzo della quale dovette essere necessariamente fatta la vendita di uno schiavo. Essi vollero da un lato eliminare il ricordo di un istituto scomparso nel loro sistema e che naturalmente doveva influire sulla decisione di Marcello, dall'altro dare una soluzione al secondo caso che nella loro mente foggiarono diverso dal primo e ne derivò il frammento, che finora si tentò invano di spiegare, come avvenne di molti altri, nei quali i recenti studi rivelarono la mano dei compilatori.

Sassari 30 Marzo 1898.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04362