

CARLO ARNÒ

14-C- [redacted]

528

FICTIO BREVIS MANUS

Inv. n.º: 598
Sign: 476



SEMINARI
Hist.-práv.



KNIHOVNA
oddelení

Depositaria: Libreria TREVES dell'A. L. I.

Ufficio presso la R. Università di Pavia

1930 - VIII

MICROFILM REPRODUCTION

STŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND
C. inv.: 04765

Koupil od M. Vokouř
Darem od
v Jm 74 Kčs 60
Inv čis: 33. 097
Sign:

CARLO ARNÒ

FICTIO BREVIS MANUS

Multum restat adhuc operis, multumque restabit, nec illi nato post mille saecula precludetur occasio aliquid adiciendi.

SENECA.

I.

Preliminari.

1. - Concezioni diverse circa la traslazione della proprietà riscontransi nelle due correnti della giurisprudenza romana, quali sono state da me scoperte (cfr. mio lavoro: *Le due grandi correnti della giurisprudenza romana*, Modena, 1926). Trattasi in realtà di due diversi svolgimenti che in esse vennero a realizzarsi in guisa assolutamente indipendente. In tutto il tema della *traditio*, ove tante difficoltà e dubbi si presentano, è cosa innegabile che conflitti vi furono tra le due correnti, soprattutto in que' punti che davano luogo veramente a difficoltà di soluzione o che rendevano veramente delicata la soluzione stessa.

2. - Il che del resto non deve maravigliare; basta riflettere come esse procedettero separatamente nella teoria del possesso; se già Quinto Mucio poneva il principio ardito che

quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet (e non *per procuratorem* come vorrebbe Kniep) *volentibus nobis possidere adquirimus* (Modestino — leggi Pomponio — D. 41, 1, 53), principio che l'ultimo rappresentante della scuola muciana, Ulpiano, in guisa così energica proclama: *placet per liberam personam* (e non *per procuratorem* come vorrebbe Kniep) *omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium* (Ulpiano, 29 ad Sabinum, D. 41, 1, 20, 2), il principio penetrò ben a stento nella scuola serviana e vi penetrò soprattutto per la costituzione del 196 di Settimio Severo e Caracalla, per cui *per liberam personam ignorantibus quoque adquiri possessionem..... posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est* (Impp. Severus et Antoninus, Cod. 7, 32, 1), onde Paolo, l'ultimo rappresentante di corrente serviana, limitasi a dire: *per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est* (Paolo, Sent., V, 2, 2).

3. — Venendo alla traslazione della proprietà, incontransi veramente i più disparati punti di vista tra le due correnti. Nella corrente muciana venne a crearsi una figura di traslazione del possesso e della proprietà, di cui si ebbe a mala pena l'idea nella corrente serviana, e ora sembra in essa a dirittura ignota e ora vi si accenna per negarne la sussistenza. È la figura della duplice tradizione in un sol atto, che ha in vero base solidissima tra i muciani, mentre i serviani non ammettono che questa doppia tradizione avvenga, e per vero nella realtà delle cose non avviene; avverrà tutto al più nel giudizio della mente, e per i serviani era massima, come vedremo, per la quale più vale ciò che è nella realtà delle cose che ciò che si crede — *plus in re est quam in existimatione* (Iuliani Paulique sententia: Giuliano, D. 40, 2, 4, 1; Paolo, D. 22, 6, 9, 4) —. È la figura del duplice passaggio di dominio con un solo atto di tradizione, in quanto una delle due tradizioni viene ad occultarsi nella rapidità dell'unica tradizione

che le racchiude; vi è la volontà di una persona che è rivolta ad un acquisto intermedio, e a questa volontà aderisce una seconda persona nel momento in cui esegue la tradizione ad una terza persona; ma tutto ciò si compie *plus in existimatione quam in re*.

4. — Convieni, nella trattazione, dare un nome a cotesta figura, che alcuni designarono quale *constitutum possessorium* e altri quale *traditio brevi manu* e altri ancora quale *traditio longa manu*; designazioni coteste che sono causa di confusioni, chè altra cosa è il *constitutum possessorium* o la *traditio brevi manu* o la *traditio longa manu* o qualsiasi altra tradizione simbolica e altra cosa è la figura in esame, che in sostanza è la finzione della *traditio*. Il nome migliore da adottarsi è *fictio brevis manus*, espressione cotesta che ha nulla a vedere con quella di *traditio brevi manu*, e che la si deduce dal frammento di Ulpiano, D. 23, 3, 43, 1: *tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum*; inciso cotesto, il quale, anzichè essere interpolato, come pensava il Pernice, racchiude in sè il pensiero costante della scuola muciana, e che Ulpiano trasse da Marcello, come Marcello lo dedusse dai suoi predecessori e soprattutto da Celso. Cfr. Celso in Ulpiano, D. 24, 1, 3, 12: *... pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret....* Cfr. Marcello, D. 21, 2, 61: *si quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, sicut si acceptam rem tradidissem, placet*. Io compro una cosa da te e, prima che tu me la consegni, io la vendo a Tizio e ti ordino di farne a Tizio la tradizione; ora, se Tizio viene evitto, sono io che avrò l'azione di evizione contro di te, *sicut si acceptam rem tradidissem*. Siamo tre persone: io, tu e Tizio; tu consegni la cosa a Tizio, anzichè consegnarla a me, come era tua intenzione, ma io volevo a punto consegnarla a Tizio, a cui tu hai fatto la consegna. *In re* si è fatta una sola *traditio*: quella da te fatta a Tizio; *in existi-*

matione si sono fatte due tradizioni o meglio si considerano le due tradizioni come se fossero effettivamente avvenute: la *traditio* fatta da te a me e la *traditio* fatta da me a Tizio — *sicut si acceptam rem tradidissem* —. In *re* io non ho preso parte affatto all'atto della *traditio*; in *existimatione* io non vi rimasi estraneo, chè la proprietà della cosa venduta per la *fictio brevis manus* era stata da te a me trasmessa. Supposto che il passaggio di proprietà non abbia potuto effettuarsi nei riguardi di Tizio, e che quindi non abbia prodotto i suoi effetti, per i muciani sono io il proprietario della cosa; per i serviani, che non riconoscono questa *fictio brevis manus*, invece a te rimane.

II.

Fictio brevis manus e costituzione di mutuo.

5. — In quel libro di testo, che va da Servio a Cassio e su cui Gaio calcò le sue istituzioni, in modo rigoroso proclamasi: *unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit* (Gaio, III, 90 in f.). In tanto può parlarsi di mutuo in quanto la proprietà viene direttamente trasmessa dal mutuante al mutuatario. Il trasferimento di proprietà è dell'essenza del mutuo, onde, per dire se mutuo vi è, la prima ricerca a farsi è vedere se i *nummi, qui mei erant, tui fiunt*, come Giuliano e Africano, ispirandosi ai loro predecessori, recisamente insegnano (Africano, D. 17, 1, 34 pr.). E Paolo, l'ultimo rappresentante di corrente serviana, ben ancora rileva la necessità della traslazione di proprietà delle cose mutate dal tradente all'accipiente, onde, se tale traslazione non è avvenuta, non si ha mutuo, e precisamente ripete quel che leggevasi nel libro di testo, serviano o cassiano e su cui Gaio calcò, e quel che Giuliano e Africano insegnavano, e cioè: *appellata est autem mutui datio ab eo, quod de*

meo tuum fit, et ideo, si non fiat tuum non nascitur obligatio (Paolo, D. 12, 1, 2, 2: *Cassii Iuliani Paulique sententia*). Ora, questo principio così assoluto, così rigoroso per i serviani, per cui il trasferimento di proprietà è elemento essenziale del mutuo, dobbiamo confessare che non con tale assolutezza e con tale rigore riscontrasi tra i seguaci di corrente muciana; per essi mutuo vi è anche se taluni atti giuridici, da designarsi a punto con l'espressione di *fictio brevis manus*, che, come dissi, è tutta altra cosa dalla *traditio brevi manu*, surrogano, quasi come equivalenti, la traslazione stessa, onde per essi più non si addice la definizione serviana del mutuo: *quod de meo tuum fit*.

6. — Se io ho depositato presso di te Tizio dieci danari e poi permisi a te, a cui voglio dare danaro a mutuo, di usarne come di danaro mutuato, questi danari sono dati a mutuo *etiam antequam moveantur*, epperò io posso ripeterli con la *condictio*. Che si possa promuovere l'azione di mutuo, i muciani, da Nerva a Proculo, da Proculo a Marcello, da Marcello a Ulpiano, proclamarono sempre senza la menoma ragione di dubitare (Ulpiano, D. 12, 1, 9, 9), a meno che *si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero*, chè in tal caso *creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum* (Ulpiano, D. 12, 1, 10; cfr. ancora Ulpiano, D. 16, 1, 34: *si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis*). Se non che, in questo caso, può dirsi che la proprietà è passata direttamente dal mutuante al mutuatario in forza della vera e propria *traditio brevi manu* (non *fictio brevis manus*), come passerebbe con la tradizione simbolica delle chiavi, come se dicessi a Tizio di prendere il danaro che ho nel mio scrigno, di cui gli consegno le chiavi, o con la *traditio longa manu* etc., mercè quell'evoluzione avvenuta, per cui talune tradizioni più spirituali presero il posto dell'atto materiale del trapasso da mano a mano,

e alla quale così fortemente i muciani contribuirono. Se così stanno le cose, non è a maravigliare che a questa soluzione, che fu da prima propria dei muciani — per la quale, se io dico al depositario, che già è detentore del mio danaro, di servirsene a titolo di mutuo, il deposito viene a mutarsi in mutuo ed all'azione di buona fede viene a sottentrare l'azione di stretto diritto —, abbiano finito con accostarsi anche i serviani, a punto per la considerazione che in questo caso i *nummi, qui mei erant, tui fiunt*, onde non si violava la definizione serviana del mutuo. Forse i serviani da prima volevano che vi fosse almeno il *loco movere*, il *contrectare*, e probabilmente Ulpiano, per togliere ogni traccia di questo requisito un tempo voluto dai serviani, avverte che i danari sono dati a mutuo *etiam antequam moveantur*. Ad ogni modo i serviani, e tra essi Giuliano e Africano, ammisero che *si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt* (Africano, D. 17, 1, 34, pr. cit.). Penetrata per tal modo la teoria muciana anche nella scuola serviana, non è a stupirsi che Gaio la esponga come tesi ormai pacifica. Cfr. Gaio, D. 41, 1, 9, 5: *interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi non tradiderim, eo tamen quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio*. Se tale venne anche ad essere la tesi dei serviani, essa sarà pur stata quella accolta da Paolo. Cfr. Paolo, *Sent.*, 2, 12, 9 e *Collatio*, 10, 7, 9: *si pecuniam deposuero eaque uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit (Iuliani Paulique sententia)*. Paolo anzi accoglie pure l'applicazione che ne è stata fatta per quanto riguarda il costituirsi e l'accrescersi del peculio; egli, pur richiamando il principio rigoroso dei serviani riferito da Sabino che cioè *desiderat res naturalem dationem*, ammette che *non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium*

fecit, sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit (Paolo, 4 ad *Sabinum*, D. 15, 1, 8).

7. — a) I grandi corifei di scuola muciana, e Labeone e Nerva, avevano preso ad esame un caso a un di presso come il seguente: Tizio mi chiese danaro a prestito, ed io, non avendo danaro disponibile, diedi altra cosa a Tizio, come ad esempio un piatto d'oro o una massa d'oro, affinché la vendesse e ne trattenesse la somma ricavata a mutuo, e Tizio vendette l'oggetto e ne riscosse il prezzo. Si è contratto un mutuo? I muciani, e tra essi Labeone e Nerva, fondandosi sulla *fictio brevis manus*, non dubitarono che mutuo vi fosse, come se il prezzo conseguito con la vendita dell'oggetto fosse stato da Tizio a me consegnato ed io poi alla mia volta lo avessi rimesso a Tizio come somma mutuata. Dunque per i muciani mutuo vi era se Tizio, che da me aveva ricevuto l'oggetto con incarico di venderlo, l'avesse venduto e ne avesse riscosso e trattenuto il prezzo. E se il prezzo non è ancora riscosso? e se il danaro ricavato dalla vendita non è poi stato ricevuto a mutuo? — *si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecunia autem non accepisti mutuam* (Ulpiano, D. 19, 5, 19) —. I muciani, e tra essi in particolare Labeone, avvertivano essere miglior partito *agere praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus* (Ulpiano, D. 19, 5, 19 pr. cit.). Tuttavia, a meno che io avessi *venalem hanc lancem vel massam*, trionfò tra i muciani la tesi di Nerva che già mutuo vi fosse con la consegna dell'oggetto, che sta in luogo di danaro contante, e non dal momento della vendita, e quindi i muciani, per dire se perita la cosa da me consegnata a Tizio per la vendita, senza colpa di Tizio e prima che fosse venduta, il rischio fosse mio ovvero di Tizio, ponevano innanzi la *Nervae distinctio*: ... *multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam* (mihi perierit) *nec ne* (tibi perisse). Ulpiano, D. 12, 1, 11 pr.

b) Ben diversa fu la costruzione fattane dai serviani,

che, su questo punto, fortemente resistettero di fronte alla concezione dei muciani. Per i serviani, data la fattispecie di colui che, volendo dare danaro a mutuo e non disponendo al momento di danaro contante, *argentum vendendum dedisset*, non eravi mutuo, *et tamen pecuniam ex argeuto redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum* (Africano, D. 17, 1, 34 pr. cit.).

c) La contraddizione tra i seguaci delle due correnti non avrebbe potuto essere più manifesta, e, di fronte ad essa, quasi un nonnulla sembrano quelle iterate e reiterate controversie tra le due scuole, che, ed esse soltanto, vanno ripeten-dosi nell'insegnamento della storia del diritto romano.

8. - a) Tu mi chiedi danaro a mutuo, ed io ho un debitore, Caio, ma il debito di Caio verso di me non è ancora scaduto, e nonostante io delego questo mio credito a te, che da Caio ti fai promettere la somma e Caio te la promette senza naturalmente fartene ancora il versamento, e così tu acquisti questo diritto di credito verso Caio. Esiste mutuo? Sono io mutuatante e tu mutuatario?

b) Dire che vi è mutuo sarebbe stato per i serviani un assurdo; e dove vi è la traslazione di proprietà, e dove vi è l'*ex meo tuum fit*, che costituisce il mutuo? Per essi la questione non era neppur degna di essere sollevata, e non fu in vero da essi mai posta innanzi, come può arguirsi da Giuliano, D. 46, 1, 18: *qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur: et ideo si fideiussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum qui solvendo non erit, confestim mandati agere potest.*

c) Nell'ordine di idee dei muciani il mutuo invece si è per la *fictio brevis manus* perfettamente formato, onde nuovamente si ha un punto veramente saliente di distacco tra le due grandi correnti. E la validità del mutuo era per i muciani cosa così pacifica, che Celso fa il caso in cui fosse intervenuto

errore circa la persona del mutuante, in quanto, oltre ad avere tu chiesto il prestito di danaro a me, pur lo richiedesti a Tizio, e, quando il mio debitore Caio ti fa la promessa, tu ritieni invece che Caio sia il debitore di Tizio, onde non si può dire che tu abbia concluso il contratto con me. Celso (D. 12, 1, 32) decide naturalmente che l'errore nella persona del creditore non lascia sussistere la validità del mutuo, epperò *ex mutuo* non si può agire. Tuttavia Celso, fedelmente ligio alla concezione della scuola, a cui appartiene, ben riconoscendo che a causa dell'errore non è sorta l'*obligatio ex mutuo*, ed esclusivamente non è sorta a causa dell'errore da parte dei contraenti, accenna a un diritto di ripetizione mediante quella *condictio*, detta dagli interpreti dal nome di lui *iuventiana*, e per giustificarla si vale della stessa *fictio brevis manus* che avrebbe avvalorata la *condictio ex mutuo*, se errore non fosse incorso; nel senso che *pecunia mea quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est* (Celso, D. 12, 1, 32, in f.).

d) Papiniano ha aderito alla concezione dei muciani, per cui è ammesso anche il mutuo nonostante non siavi traslazione di proprietà, ma in forza di una semplice *fictio brevis manus*? Cfr. Papiniano, D. 14, 3, 19, 3 (seconda parte): *quod autem pro eo, qui pecuniam faeneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte peletur, cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.*

9. - a) Io a nome di te Tizio dò il mio danaro, come se fosse tuo, a prestito a Caio, e tu Tizio sei assente e ignaro di ciò. Io ho dato dunque, per conto di Tizio, questo danaro a prestito a Caio senza mandato di Tizio, senza che Tizio mi avesse conferito l'incarico di sborsare a Caio il danaro a titolo di mutuo, senza la volontà di Tizio, senza il suo consenso, e anzi a sua insaputa. Viene a formarsi il mutuo tra Tizio e Caio, che da me ha ricevuto il danaro mio e che io gli diedi a nome di Tizio? Chi può agire contro Caio? posso agire io

che ho dato il danaro senza l'intenzione di acquistare l'azione e quindi solo, *aequitatis causa*, con una *condictio certi utilis* (cfr. Imp. Philippus, Cod. 4, 2, 4, 2, a. 246)? ovvero avrà Tizio una *condictio* che nasce *re*, indipendentemente dal sorgere di un contratto qualsiasi? ovvero ancora spetterà a Tizio la *condictio* nascente dal contratto di mutuo, nonostante non sia intervenuta la sua volontà e nonostante l'atto compiuto da me sia atto di persona libera e nonostante il danaro dato a Caio sia mio e non di Tizio?

b) Tra i seguaci di corrente muciana si pervenne, sebbene il passaggio di proprietà dal mutuante Tizio al mutuario Caio non sia avvenuto, ad ammettere, in forza di una *fictio brevis manus*, che Tizio potesse intentare contro Caio la *condictio mutui*, come se Caio avesse ricevuto il danaro da Tizio.

c) A questa tesi così ardita della scuola muciana ha pur aderito Aristone, ovvero Aristone limitavasi a dare una *condictio* nascente *re* e non la *condictio* nascente da mutuo? Se è vero che Aristone abbia aderito alla tesi della scuola muciana, il fatto del resto non deve meravigliare, chè Aristone, sebbene, come sembra, *auditor* di Cassio, fu giureconsulto indipendente da scuole, e anzi ben di frequente di lui si vale Ulpiano per citarlo *ad auctoritatem* in suffragio di tesi muciane. Non è raro il caso, ove parlandosi di tesi muciane, venga fatto il nome di Aristone; cfr. D. 35, 1, 7 pr. (*muciana cautio*); D. 40, 7, 29, 1 (tesi di Quinto Mucio); D. 28, 5, 9, 14 (*Labeo, Neratius et Aristo*); vedi ancora: D. 24, 3, 44 pr.; D. 2, 14, 7, 2; D. 7, 2, 3, 2 (*Vat. Fragm.* 83); D. 13, 1, 12, 2; D. 17, 1, 39; D. 17, 2, 62; D. 18, 3, 5, D. 19, 5, 14, 3; D. 20, 3, 3; D. 23, 3, 20; D. 28, 5, 17, 5; D. *de leg.* I., l. 14 pr.; D. 33, 9, 3, 3; D. 40, 7, 5 pr.; D. 43, 24, 5, pr.; etc. etc.

d) I seguaci di corrente serviana si dichiararono recisamente contrari alla possibilità di una *condictio mutui* da intentarsi da Tizio contro Caio, qualora Tizio non mi avesse

dato l'incarico di sborsare per suo conto il danaro a Caio. Per essi nè si poteva nè si doveva parlare in proposito di una *fictio brevis manus*. Tra essi eravi anzi il dubbio se si avesse una *fictio brevis manus* nell'ipotesi dell'incarico dato da Tizio e fu solo in progresso di tempo che quello, per cui da prima eravi ragion di dubitare, venne risolto affermativamente, onde Giuliano ebbe poi a dire che l'opinione per cui havvi la *condictio mutui* è vera nel senso che il danaro sia stato da me dato per volontà di Tizio. Concedette Giuliano di poter considerare Tizio come creditore, se io a Caio ho rimesso il danaro e per conto e per consenso di Tizio.

e) La parte finale del testo di Ulpiano (D. 12, 1, 9, 8), in cui si contemplan le due ipotesi, e quella in cui il danaro è dato senza mandato e quella con cui il danaro è dato con mandato, è ritenuta interpolata dal Pernice. Certamente il passo ha subito un qualche rimaneggiamento: mentre Giuliano diceva che l'opinione di Aristone, per cui *obligatio adquiritur*, è vera soltanto *si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederò*, stando al testo rimaneggiato parrebbe che Giuliano ritenesse che *obligatio adquiritur* anche se io ho dato il danaro *absente te et ignorante*, il che assolutamente non è vero, come è provato dal contrasto stridente e lampante che vi ha tra la decisione e la giustificazione, giustificazione che tutta consiste nel dare importanza esclusiva all'essere intervenuta la volontà di Tizio, e che quindi distrugge la tesi dei muciani. Trattasi di uno di que' tanti casi in cui i giustinianeî alterano un testo per togliere il dissidio tra Giuliano e Ulpiano (cfr. mio lavoro: *Le due grandi correnti*; Appendice, pag. 26 seg., Modena 1926; e vedi l'esempio tipico in D. 15, 1, 32 e nell'originale della pergamena di Stasburgo, da cui risulta che i giustinianeî cancellarono il contrasto tra Giuliano e Ulpiano).

f) In conclusione, per i muciani vi è mutuo tra Tizio e Caio, anche se il danaro fu da me dato senza il consenso di Tizio; per i serviani mutuo non vi è; se non che finirono

per concedere che mutuo vi sia se vi fu il consenso. Che così stessero le cose, noi possiamo arguirlo di sicuro stando al pensiero dei due ultimi rappresentanti e dell'una e dell'altra corrente. Per Ulpiano, anche senza il consenso, il mutuo, per una *fictio brevis manus*, viene ad essere contratto tra Tizio e Caio; per Paolo la *condictio ex mutuo* solo acquistasi se intervenne la volontà di Tizio. Cfr. Paolo, D. 12, 1, 24 in f.: *id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint*. Dunque per Paolo, come già per Giuliano (*Iuliani Paulique sententia*), se, per volontà di Tizio, io dò danaro a mutuo a Caio, Tizio acquista l'azione; tuttavia Paolo, se, ligio e fedele a Giuliano, ne segue la decisione, non si trattiene dal far rilevare la singolarità e la eccezionalità della cosa, dicendo *licet mei nummi non fuerint*. Non è il mutuo nella concezione serviana così detto *quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit?*

10. - a) Per i muciani, coerentemente al loro modo di vedere circa la *fictio brevis manus*, era pacifico che se io comisi a Tizio, mio debitore, di sborsare il danaro a Caio, a cui io voglio dare a mutuo, venga il mutuo direttamente a costituirsi a mio favore, onde Caio, che pur non ha ricevuto danaro mio, è obbligato verso di me, come se il danaro fosse stato rimesso da Tizio debitore a me creditore, ed io alla mia volta l'abbia rimesso a Caio mutuatario, chè sono queste due tradizioni invisibili che influiscono, mentre non influisce la tradizione visibile del danaro consegnato da Tizio a Caio; per quelle due tradizioni invisibili il danaro è passato da Tizio a me e poi da me a Caio, quasi da dover dire che *plus est in existimatione quam in re* (Ulpiano, D. 12, 1, 15: *si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi*).

b) Anche su questo punto i serviani si erano dichiarati di contrario avviso in quanto Caio acquista la proprietà di una somma che non era mia, che non era di me mutuante —

meos nummos non acceperis, e in vero le monete che si danno da Tizio a Caio non sono mie, ma di Tizio —; tuttavia finirono di ammettere per ragioni di equità, per diritto tutto affatto singolare, come disposto che viene ad essere *benigne receptum*, sia pure quale anomalia, quale trattamento di favore, quale regola singolare, quale deviazione eccezionalissima da escludere qualsiasi estensione per analogia, quella *fictio brevis manus*, che stava a fondamento della dottrina dei muciani; concedettero cioè di fingere che Tizio avesse da prima data la somma a me e che poscia io l'abbia trasmessa a Caio. Africano, D. 17, 1, 34 pr. cit.: *quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est*.

11. - a) La concessione fatta dai serviani per questo caso singolarissimo era pericolosa, perchè ricusare poi di ammettere l'estensione per via di analogia, che viene ad imporsi per casi consimili, dava buon giuoco ai muciani di obiettare ad essi con serrato ragionamento: come mai voi che avete finito di concedere che *circa pecuniam creditam*, che circa il il danaro dato a mutuo, vi siano *singularia quaedam*, vi sia una regola singolare, e che quindi mutuo vi sia *si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, quamvis meos nummos non acceperis*, siete così inflessibili nel proclamare per altri casi consimili che mutuo non vi è se il mutuatario non acquista la proprietà di cose che siano del mutuante?

b) Caso consimile è quello in cui, avendo io a mio procuratore Tizio, acconsento che esso trattenga *crediti nomine* il danaro che a conto mio riscosse e che mi avrebbe dovuto consegnare in forza del mandato. I muciani, coerenti al loro modo di vedere, ricorrevano, come in tutti gli altri casi, senza la menoma perplessità, alla *fictio brevis manus*, fingendo cioè che, in esecuzione del mandato, Tizio mi abbia rimesso il danaro dovutomi, venendo per tal modo meno la sua obbligazione derivante dal mandato, e che io poi abbia a lui dato *crediti no-*

mine il danaro rimessomi, sorgendo per tal modo l'obbligazione derivante da mutuo — *videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*; Ulpiano, D. 12, 1, 15 in f. —. L'*obligatio ex mandato* si converte in *obligatio ex mutuo*. Sorge il mutuo, come il mutuo sorge in quell'altro caso esaminato in cui io incarico il mutuatario di riscuotere il mio credito. Non varrebbe che i serviani obbiettassero che i due casi sono diversi, in quanto nell'uno sonvi tre persone: il mutuante, il mutuatario ed il terzo, nell'altro invece vi sono due persone sole: il mandante ed il mandatario, chè l'obbiezione non regge, in quanto *quod in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est* (Ulpiano, D. 12, 1, 15 cit.), quel che senza atto visibile viene a compiersi tra due persone, pur si avvera per mezzo di una persona sola, o meglio quello che si afferma in relazione a due persone, pur deve affermarsi a riguardo della stessa persona. Per la *fictio brevis manus* è come se io avessi dato a titolo di mutuo il danaro a Tizio, che ora per mio consenso ne gode, mentre non ne avrebbe potuto godere se il mio consenso non vi fosse stato, e per tal guisa sorge il contratto di mutuo, sebbene in realtà il danaro fosse soltanto a me dovuto e fosse in proprietà di Tizio, *quamvis meos nummos non acceperis*. O non ammettere la *fictio brevis manus* nel primo caso, ma una volta ammessa — sia pure che ciò *benigne receptum est* — l'estensione per analogia pareva doversi imporre. Se nel primo caso si costituisce mutuo *quamvis meos nummos non acceperis*, perchè non dovrà formarsi il mutuo nel secondo caso per il fatto che *meos nummos non acceperis*?

c) Nonostante questo stringato ed esauriente modo di ragionare dei muciani, nella scuola serviana si pensò al riguardo in guisa diametralmente opposta. È sufficiente conoscere il pensiero di uno dei corifei della scuola stessa, di chi fu, come il suo lontano predecessore Alfeno, un fedele espositore di dottrine serviane, il quale a punto in proposito ci tramanda il responso di Giuliano: *respondit non esse creditam*:

alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse (Africano, D. 17, 1, 34 pr. cit.). Gelosi come erano i serviani della regola che *in mutui datione oportet dominum esse dantem* (Paolo, D. 12, 1, 2, 4) e che quindi occorre la tradizione di cosa appartenente al mutuante, vollero essere limitatissimi nel concedere deviazioni troppo spinte dalla regola stessa. Mutuo quindi per essi non veniva a costituirsi, *et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem....* (Africano, D. 17. 1, 34 pr. in f.).

III.

Fictio brevis manus e casi di validità o di invalidità della *solutio*.

12. - a) Questo stridente contrasto, che vedemmo esservi tra i seguaci delle due grandi correnti circa il modo di concepire una traslazione di proprietà per quel che riguarda il costituirsi o il non costituirsi del mutuo, contrasto che ci offre una delle più forti opposizioni tra le due scuole, ritorna, sempre stando al modo di concepire la traslazione di proprietà, anche in altri temi, come sarebbe ad esempio quello della validità del pagamento fatto dal debitore per ordine del creditore ad un terzo che non può validamente ricevere il pagamento stesso. Due diverse tendenze nelle due correnti circa l'efficacia della tradizione nuovamente ci si presentano; per una corrente la proprietà passa al creditore delegante per una *fictio brevis manus* e per l'altra la proprietà non passa in verun modo, non pensando affatto alla possibilità di una *fictio brevis manus*.

b) Tra i seguaci di corrente muciana si era venuto, fin in sui primordii, in vero formando la concezione per cui se io creditore dò mandato a Tizio mio debitore di pagare ciò, che mi è da lui dovuto, ad una terza persona, che non può acquistare — come sarebbe la moglie, a cui io voglio donare,

mentre è statuito *ne inter virum et uxorem donationes valerent*, come sarebbe il *falsus procurator* del terzo, che si fa pagare da Tizio per lucrarne la somma —, e, se la tradizione della cosa è avvenuta, io ho la *rei vindicatio* o l'*actio furti* e Tizio è subito liberato *ipso iure* da qualsiasi rapporto giuridico, ossia, in altre parole, Tizio, pagando, ha, innanzi tutto, trasmesso a me, in modo invisibile, la proprietà di ciò che ha versato al terzo, quasi come se poi fossi stato io a fare al terzo il pagamento (*plus est in existimatione quam in re*). Con questa concezione vi sono due passaggi della cosa: il passaggio intermedio a me quasi per una *fictio brevis manus — iuris functione tradita fingitur* — e il passaggio, che sussegue, al terzo.

13. - Gravissime divergenze esistettero fin dai primordii delle due scuole per quel che riguarda la delegazione del proprio debitore fatta *dotis nomine*. Continue, incessanti, quasi direi senza stregua, erano le divergenze tra i seguaci dell'una e dell'altra corrente. Bisogna vedere come un corifeo di corrente serviana si pronuncia contro ad uno dei grandi archimandriti di corrente muciana, come si pronuncia Giavoleno contro quel Labeone, il quale, per aver avuto ad antecessore Cascellio (vedi mio lavoro: *Cascellio*), può ben dirsi il novello Mucio. Divergenza notevolissima è quella per cui se Tizio debitore di Seia avesse promesso la dote al fidanzato di Seia, potesse Seia *ante nuptias* esigere la somma da Tizio, conseguendone la liberazione di Tizio di fronte allo sposo. Le risposte date non potrebbero essere più antitetiche; i muciani, e tra essi Labeone, rispondevano: *posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere* (Giavoleno, 6 *ex post. Labeonis*, D. 23, 3, 80); i serviani, e tra essi Giavoleno, rispondevano in guisa diametralmente opposta: *non posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere* (Giavoleno, 6 *post. Labeonis*, D. 23, 3, 83). E per noi circa questa così viva controversia l'interesse aumenta, dato il modo a punto con cui Giavoleno

si dichiara contro i muciani e in particolare contro Labeone: *falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est*.

14. - a) Ci si presenta ora il caso in cui il marito deleghi il suo debitore a pagare alla moglie e la *solutio* è avvenuta; se non che il debitore, che paga in seguito all'ordine datogli dal creditore, fa una *solutio* ad una persona che non può validamente ricevere per essere vietate le donazioni tra coniugi.

b) Che intravedono in tale operazione i seguaci di scuola muciana? Una *fictio brevis manus* nel senso che si considera il danaro, prima che passi alla moglie, passato dal debitore al marito delegante, il quale in conseguenza viene ad acquistare in precedenza la proprietà in forza della *fictio brevis manus*, ed il debitore, delegato *donationis causa* a *solvere* alla moglie, trasmetterebbe, se le donazioni tra coniugi non fossero vietate, quale rappresentante, la proprietà del marito, mentre, essendo vietate le donazioni tra coniugi, non vi può essere acquisto del danaro da parte della donna. Tale è l'efficacia della tradizione fatta in persona del terzo delegatario, in quanto si ammette la doppia *traditio*, ossia i due passaggi immaginari dal debitore delegato al creditore delegante, a cui si acquista la proprietà del danaro, e dal creditore delegante al terzo delegatario, a cui non giunge, nel suo giro ideale, la proprietà del danaro, che sta ferma nel creditore delegante, per la sanzione del divieto delle donazioni tra coniugi. *Eum rei gestae* (così riepiloga Celso questo modo di vedere della scuola sua) *ordinem futurum, ut pecuniam ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret* (Ulpiano, 32 *ad Sabinum*, D. 24, 1, 3, 12 cit.). Con una sola operazione si effettuano due tradizioni, *nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, credilorem uxori: nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere*. Con l'ammissione di questa *fictio brevis manus*

consegue che la liberazione del debitore delegato si effettua senz'altro, *ipso iure*, e che il danaro pagato viene ad essere di proprietà del marito, a cui quindi spetta la *reivindicatio*, o, in caso di consumazione, la *condictio* — *si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur* (Ulpiano, D. 24, 1, 5, 18) —.

c) Rimaneggiato è il testo di Ulpiano, 32 *ad Sabinum*, D. 24, 1, 3, 13 e rimaneggiatissimo è il passo intestato a Giuliano, D. 24, 1, 4. Si sente lo sforzo fatto dai giustinianeî per tôrre ogni traccia di dissidio tra Giuliano e Ulpiano e di far in modo che non apparisse che Giuliano era ben lungi dal ritenere che la proprietà fosse passata nella persona intermedia. L'opinione di Giuliano richiamata da Ulpiano concerneva esclusivamente il punto seguente: Tizio vuol fare a me una donazione e io gli commetto di dare il dono a mia moglie; pagando Tizio a mia moglie, è da considerarsi come avesse esso stesso fatta la liberalità alla donna, e quindi non è da invocarsi il divieto delle donazioni tra coniugi, ovvero sono io che ho fatto la liberalità in quanto Tizio agì a nome mio e in seguito al mandato da me datogli? Giuliano risponde che la liberalità è come fosse stata da me fatta, onde della donazione è da dirsi: *nullius esse momenti*. Su questa soluzione tutti erano d'accordo, e a punto il testo dice: *quae sententia vera est*. Se non che Ulpiano, riferita la sentenza di Giuliano, da tutti accolta, aggiunge quel concetto che era fondamentale nella scuola sua e che egli ancora vuole qui ripetere, come già tante altre volte aveva con insistenza ripetuto, il concetto cioè che il marito diviene proprietario della cosa che Tizio consegna alla donna, e che di conseguenza può dalla moglie ripeterla — *perinde enim habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae didissem*. — Per la *fictio brevis manus* è come se Tizio *solvisset marito pecuniaeque dominium adquisitum marito videtur* (Cuiacio, I, 1423). Senza maggiormente soffermarsi su questi due testi: D. 24, 1, 3, 13 e D. 24,

1, 4, mi limito a riportare quanto già nel senso mio ne scrisse il Bonfante: « certamente è intervenuta la mano dei compilatori, giacchè in D. 24, 1, 3, 13, che segue alla relazione della sentenza di Celso, Giuliano sembra ricollegarsi all'opinione di Celso e D. 24, 1, 4, ricongiunta dai compilatori a questo paragrafo, è dello stesso Giuliano; l'uno e l'altro testo però sono stati certamente alterati dai compilatori e il primo specialmente ne reca la traccia » (Bonfante, *La proprietà*, Roma, 1928, pag. 167).

d) Tra i seguaci di corrente serviana si era ben lungi da una simile concezione, si era ben lungi dall'ammettere il passaggio intermedio al delegante, e nessuna validità aveva per essi il pagamento fatto alla donna *donationis causa* dal debitore, delegato dal marito. Il pensiero loro ci è riferito da Africano, che si richiama a Giuliano (D. 46, 3, 38, 1): *cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere*, il debitore delegato, che per mandato del marito, ha pagato alla moglie, rimarrà obbligato verso il marito, *quia pecuniae dominium ab eo non discessit* (Cuiacio, I, 1423). Il pensiero dei serviani può essere così riassunto:

α) Per i serviani la proprietà continua a rimanere presso il debitore che paga al delegatario, onde ha la *reivindicatio* se il danaro è ancora presso la donna, ovvero ha la *condictio* se già fu consumato. E di conseguenza il debitore non è liberato verso il marito.

β) La moglie non acquista, chè il pagamento è nullo in quanto per il divieto legale essa non può ricevere e quindi non vi può essere ad essa passaggio di proprietà. E anzi non acquista neppur alcun possesso civile, come rileva l'ultimo rappresentante di corrente serviana, Paolo, per cui naturalmente la proprietà continua a rimanere presso il debitore che paga al delegatario. Cfr. Paolo, 7 *ad Sabinum*, D. 24, 1, 26 pr.

γ) Se il debitore è pronto a far la cessione della *rei vindicatio* se esistente il danaro, allora il debitore può essere

liberato ope *exceptionis*, potendo cioè opporre al marito l'*exceptio doli*; qualora poi i *nummi* siano stati consumati, il marito può agire di fronte alla donna con la *condictio*. Cfr. Giuliano, D. 24, 1, 39.

δ) Mentre per i muciani la proprietà appartiene al creditore delegante in forza della *fictio brevis manus*, ai serviani non passò neppur per la mente la possibilità che quella proprietà che non acquista la donna, a cui la consegna fu fatta, sia per contro acquisita dal marito, per il cui ordine il pagamento fu eseguito.

15. - a) Nel testo dianzi citato di Giuliano (D. 24, 1, 39) si contemplano due ipotesi, quella per cui il debitore delegato si sia limitato semplicemente a *promittere* e quella in cui vi sia stato il *solvere* da parte sua.

b) Per questa seconda ipotesi, che è quella che più ci interessa, havvi la stessa decisione, quale vedemmo nel frammento di Africano (D. 41, 3, 38, 1). Il debitore, ignorando che il motivo della delegazione era la donazione vietata di un coniuge all'altro, pagò alla donna. Ed ecco la tesi dei serviani che sempre con essi torna: il debitore non ha trasferito la proprietà del danaro e di conseguenza può rivendicarlo se ancora esistente, e non è liberato di fronte al creditore, cioè di fronte al marito delegante, chè trattasi di prestazione fatta senza effetto solutorio. Tuttavia, se è pronto a cedere le sue azioni al marito, potrà, in considerazione che quel che fece fu in buona fede e cioè per eseguire l'ordine datogli, difendersi con l'*exceptio doli mali*, e così il marito, quale cessionario, conseguirà questo danaro, rivendicandolo contro la moglie *debitoris nomine*; e se il danaro è consumato — *si pecunia non exstat* — potrà agire per riavere quel tanto, di cui la moglie si è arricchita con la cosa del marito dal momento che il debitore ha in sua difesa la *exceptio doli*, con una *condictio (indebiti vel ob iniustam causam)*.

c) Che è a dirsi se, anziché *solvere*, il debitore delegato si è limitato semplicemente a *promittere*?

α) Cfr. Ulpiano, D. 24, 1, 5, 3: *si debitor viri pecuniam iussu mariti uxori promiserit, nihil agitur*.

β) Cfr. Ulpiano, D. 24, 1, 5, 4: *si uxor viri creditorum donationis causa promiserit et fideiussorem dederit, neque virum liberari neque mulierem obligari vel fideiussorem eius Iulianus ait, perindeque haberi ac si nihil promississet*. Ulpiano è dello stesso avviso di Giuliano? ovvero limitasi a riferire il pensiero di Giuliano, senza che noi sappiamo quale fosse il preciso pensiero di Ulpiano? È presumibile che la soluzione data non desse luogo a contrasti e che tale fosse pure quella dei muciani.

γ) Nella prima ipotesi del citato frammento di Giuliano (D. 24, 1, 39) trattasi del marito, che, volendo donare alla moglie procurandole un diritto di credito, dà *donationis causa* al suo debitore il mandato di espromettere a sua moglie il danaro dovutogli — *vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur* —. Tutto è nullo: e la delegazione è senza effetto e nulla è la promessa — *respondi inanem fuisse eam stipulationem* —, di guisa che il debitore permane sempre tale verso il marito e nessun obbligo assume di fronte alla donna.

16. - a) Richiamo ancora Giuliano, D. 12, 4, 7. Nella prima parte di questo testo si fa il caso in cui Tizio, presunto debitore verso Seia in quanto riteneva di essere in debito verso di essa di una data somma, viene da Seia delegato a promettere *dotis nomine* tale somma allo sposo Caio, e Tizio non solo promise, ma anzi in seguito effettuò a Caio il pagamento. Se non che il matrimonio tra Seia e Caio non avvenne, e quindi sorge il diritto a ripetere la prestazione da Caio delegatario; ma chi ha questo diritto, Tizio, il presunto debitore, ovvero Seia? I muciani, e tra essi Nerva, seguito anche da Atilicino, forse *auditor* di Proculo, erano d'avviso che tale diritto dovesse essere riservato al presunto debitore — *quoniam putasset qui-*

dem debere (se ins. Krueger) *pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum* —. Giuliano ci riferisce questa soluzione dei muciani, ma dal testo non si può dedurre se pur tale era l'opinione dei serviani e quindi di Giuliano, ma tutto fa ritenere che pur tale fosse la sentenza loro.

b) Nella seconda parte del testo si fa il caso in cui Tizio sapeva benissimo di non essere debitore verso Seia — *cum sciret se nihil mulieri debere* —, ma, ritenuto debitore di una somma a Seia, per incarico di essa ha egualmente promesso e pagato *dotis nomine* quella somma — che è da considerarsi come se fosse donata, dal momento che sapeva di non esserne debitore, chè ritiensi in genere aver voluto donare chi consapevolmente pagò ciò che non deve (D. 46, 2, 12; D. 50, 17, 53) — al fidanzato di Seia, e le nozze tra Seia e il suo fidanzato non avvennero. I muciani — e tra essi Nerva a cui aderì Atilicino —, i quali in tema di costituzione di dote ebbero a ricorrere largamente alla *fictio brevis manus*, risolvettero il caso nel senso che l'azione spetta alla donna contro il promesso sposo, *quia pecunia ad eam pertineret*, quasi come Tizio avesse donato la somma a Seia e Seia quasi l'avesse ricevuta e alla sua volta quasi ne avesse fatta la prestazione a Caio. Fingendosi che la somma Seia l'abbia ricevuta da Tizio, e che in seguito l'abbia sborsata al fidanzato, si ha un'altra applicazione della *fictio brevis manus*. Fingendosi dai muciani che il danaro, che Tizio pagò al fidanzato di Seia, sia stato prima pagato a Seia, veniva il danaro ad appartenere a Seia, onde il danaro, consegnato *dotis nomine* al promesso sposo, è danaro di proprietà di Seia. È cotesta la dottrina che è viva e perseverante sempre nei muciani. Non fu questo certo l'avviso dei serviani e quindi di Giuliano, onde il testo deve aver subito qualche rimaneggiamento allo scopo di non lasciar tracce dell'antico dissidio.

c) Nella terza parte vien fatta l'ipotesi di Tizio che è vero debitore verso Seia e Seia lo delega a pagare la somma

dotis nomine allo sposo Caio, e Tizio *ante nuptias* eseguisce il pagamento, ma poi le nozze tra Seia e Caio non hanno luogo. Giuliano in questa terza parte del testo non riferisce più i responsi dei muciani, ma è esso stesso che pone il caso e lo risolve secondo la concezione della corrente serviana, contrariamente di conseguenza a quella che sarebbe stata la soluzione dei muciani. Il Fabro riteneva tutta questa terza parte interpolata, ma il Fabro naturalmente non poteva intuire che, se nelle due prime parti del testo erano riferite decisioni muciane, in questa terza parte era Giuliano, e proprio Giuliano, che dava la soluzione conformemente alle idee della scuola a cui egli apparteneva. Molte delle interpolazioni immaginate dal Fabro si sarebbero ridotte ad un nonnulla se il Fabro avesse conosciuto le mie due grandi correnti della giurisprudenza romana! Per i muciani, in base alla *fictio brevis manus*, era pacifico che Tizio, pagando *ante nuptias* a Caio *dotis nomine*, quale delegato da Seia, fosse liberato *ipso iure* e che la proprietà del danaro passasse a Seia. Per i serviani, e quindi per Giuliano, a Tizio è da concedersi una *condictio* per ripetere ciò che ha pagato. E il pensiero di Giuliano dovette pur essere quello dell'ultimo rappresentante di corrente serviana, di Paolo (*Iuliani Paulique sententia*). Cfr. Paolo, 12 *ad Sabinum*, D. 23, 3, 37.

17. — a) Altra fattispecie è prospettata. Tizio è mio creditore e Seio simula di essere *procurator* di Tizio, mentre tale non è, sia perchè Tizio mai a lui rilasciò procura, sia perchè, se la procura gli era stata rilasciata, venne poi in seguito revocata. Ora io delego il mio debitore Caio a versare la somma — da me dovuta a Tizio — a Seio, il quale, per essere un *falsus procurator*, non può acquistare.

b) Anche qui, per una *fictio brevis manus*, per una finzione della *traditio*, i muciani non dubitarono che il danaro versato da Caio a Seio divenisse mio e che per conseguenza,

quale proprietario del danaro, avessi l'*actio furti* contro il procuratore simulato e che Caio fosse *ipso iure* liberato — *nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse* (Ulpiano, D. 24, 1, 3, 12 cit.). Cfr. ancora Ulpiano, D. 46, 3, 18 in f.: ... *et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium veluero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur* —. Per i muciani, in base alla *fictio brevis manus*, è come se il danaro, rimesso dal mio debitore a Tizio, fosse stato, innanzi tutto, passato in mie mani, e poi in quelle del *falsus procurator* — onde a carico mio sta il fatto che il pagamento fu eseguito in mani di chi non aveva il diritto di ricevere il pagamento stesso —, e così può dirsi che io sia divenuto *dominus eius pecuniae* e che di conseguenza io abbia contro il procuratore simulato e la *rei vindicatio* e l'*actio furti* e la *condictio furtiva* e che il debitore venga ad essere di fronte a me *ipso iure* liberato — chè non gli si può porre a carico che il pagamento è stato da lui fatto a chi non aveva il diritto di ricevere il pagamento stesso —. Non sarebbe liberato il debitore se, pur non *ignorans*, avesse ugualmente pagato; Ulpiano, D. 46, 3, 12, 2: *sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde veluerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor*.

c) Aderì Pomponio su questo punto alla tesi dei muciani? Se Pomponio vi aderì, è ben prova che la tesi già aveva avuto un ben largo svolgimento tra i corifei di corrente muciana nei tempi anteriori a Pomponio. Pomponio, che raccolse con i 36 (35) libri *ad Sabinum* la tradizione scientifica di una scuola e con i 39 libri *ad Quintum Mucium* la tradizione scientifica dell'altra scuola, può essere con certezza escluso e dall'una e dall'altra scuola (cfr. mio lavoro: *La*

mia congettura sulle due scuole dei giureconsulti romani in relazione a quella del Bluhme sull'ordine tenuto dai compilatori delle Pandette, Estr. Archivio Giurid., quarta serie, vol. IX, Modena, 1925, pag. 5), onde noi vediamo che Pomponio ora segue dottrine di corrente serviana e ora dottrine di corrente muciana. Cfr. Pomponio, *19 ad Sabinum* D. 47, 2, 44 pr.: *si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt*. Abbiamo dunque che Tizio è debitore verso Caio; e Tizio, che vuol soddisfare al suo debito, ordina a Seio di pagare al *procurator* di Caio; se non che il *procurator*, a cui Seio fa il pagamento, è un procuratore simulato, che si presenta come procuratore di Caio. Secondo la dottrina muciana, chi diventa proprietario del danaro? Per la *fictio brevis manus*, si ha come se il danaro fosse passato, innanzi tutto, da Seio a Tizio, e sia di conseguenza divenuto il danaro di Tizio. Ora è a punto questa la tesi accolta da Pomponio, il quale chiaramente dice che *nummi debitoris erunt*, e di qui la conseguenza che il furto del danaro è commesso dal *falsus procurator* contro Tizio e non contro Seio, che ha eseguito il pagamento, onde contro il falso procuratore sarà Tizio, e non Seio, che intenterà l'*actio furti*.

d) In antitesi alla concezione muciana sta quella serviana, e il pensiero dei serviani ci è riferito da Africano (D. 46, 3, 38, 1). Da Africano per vero apprendesi che Giuliano, nell'ipotesi in cui Tizio, che riceve il pagamento dal debitore delegato, sia un *falsus procurator* che riscuote il danaro *ut lucretur*, volendo lucrare il danaro — cosa diversa è se Tizio non riceve con l'animo di lucrare —, il creditore delegante non acquista affatto la proprietà, non diviene *dominus eius pecuniae*, non immaginandosi in verun modo che possa aver luogo una *fictio brevis manus*, onde la proprietà rimane presso il debitore delegato, a cui competerà la *rei vindicatio*, o l'*actio furti* o la *condictio furtiva* contro il procuratore simulato, epperò sarà pur sempre obbligato verso il

creditore, e tutto al più in via di equità gli si accorderà l'*exceptio doli* per respingere la domanda del creditore, per il cui ordine pagò, *si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, praestari*.

18. - Giuliano (D. 16, 3, 34, 7) esamina la seguente fattispecie: se io avrò commesso al mio debitore Seio di pagare a Tizio, a cui io voglio donare, e Tizio riceve il denaro non nella veste di donatario, ma per me, per mio conto, riceve il danaro *ea mente, ut meos nummos faceret*. Può dirsi che Seio sia liberato di fronte a me che gli richiedo il pagamento? Certamente per Giuliano la liberazione non avviene *ipso iure* (cfr. Giuliano in Africano, D. 46, 38, 1 cit.), ma havvi la liberazione *ope exceptionis* potendo Seio opporre alla mia dimanda di pagamento l'*exceptio doli*, come *ope exceptionis* sono liberati que' debitori, di cui nella fattispecie contemplata da Giuliano in D. 46, 3, 34, 3, i quali in buona fede pagarono a quegli che io avevo preposto a tutti i miei affari, ma che poi in seguito gliene tolsi l'amministrazione, il che ignoravano i debitori, onde, pagando a quel *falsus procurator*, potranno a me opporre l'*exceptio doli, nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant*. Che in tutte queste ipotesi la liberazione non avvenga *ipso iure* è indubitabile, in quanto io non sono divenuto *dominus eius pecuniae* e solo ne diventerei *dominus* se quel Tizio, a cui io volevo donare, e che ricevette, non per la donazione che io volevo fargli, ma *ea mente, ut meos nummos faceret*, avesse poi a me dato i danari — *sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fiunt*; tale inciso non potrebbe essere più eloquente nell'escludere nel modo più assoluto che la proprietà per una *fictio brevis manus* sia passata nel creditore —. Ecco la tesi serviana che torna: la proprietà, che non è stata acquistata da quegli che avrebbe dovuto acquistarla, non passa in forza di una *fictio brevis*

manus al creditore, ma continua a rimanere presso il debitore che ha pagato. Ecco la tesi diametralmente opposta a quella dei muciani; ecco le due tesi delle due grandi correnti che sembrano dover « *perpétuellement se dérouler à l'imitation de deux chaînes parallèles* ». Per i serviani il creditore non diventa proprietario; per i muciani la proprietà passa nel creditore per la *fictio brevis manus*; per essi avviene un duplice passaggio di proprietà compreso in un solo atto, chè, non avendo potuto Tizio divenire proprietario, la proprietà è del creditore, a cui fingesi fatta una prima tradizione. Nell'ordine di idee dei serviani sta naturalmente Paolo, D. 3, 5, 23 (24); ivi è detto che, avendo il debitore pagato il danaro al *procurator*, non viene il creditore ad acquistare la proprietà, ma questa continua ad appartenere al debitore (*Iuliani Paulique sententia*).

IV.

Mediae sententiae.

19. - Tra le due dottrine così diametralmente opposte, delle due correnti, vennero formandosi delle *mediae sententiae*. Una ad esempio è quella di Meciano, il quale, se non giungeva ad ammettere quel passaggio di proprietà, che era, in forza della *fictio brevis manus*, caposaldo della dottrina dei muciani, tuttavia ammetteva, almeno in tema di fedecommesso, certi effetti, la cui ammissione non sarebbe stata conforme alla dottrina dei serviani. Cfr. D. 36, 1, 67 (65).

20. - a) Altra *media sententia* trovasi in Cervidio Scevola, D. 13, 1, 18. Il mio procuratore paga per me danaro proprio a Tizio, che sa di ricevere l'indebito e che quindi commette furto. Per i serviani a chi spetta la *condictio furtiva*? al mio procuratore. Per i muciani, a chi spetta la *condictio furtiva*?

a me. Secondo Cervidio Scevola, se io non ho poi ratificato l'indebito pagamento, devesi applicare la dottrina serviana; se per contro vi è la *ratihabitio* da parte mia, è la dottrina muciana che prevale, nel senso che anch'io ho la *condictio furtiva*, come se, per una *fictio brevis manus*, a me fosse passata la proprietà. Con questo criterio della *ratihabitio* Scevola tentò la via di conciliazione tra i due diversi indirizzi delle due correnti.

b) Forse un qualche influsso di questa dottrina di Cervidio Scevola, ispirata all'elemento della *ratihabitio*, può trovarsi in quel passo di Paolo già stato richiamato, D. 3, 5, 23 (24); ivi, se da una parte il creditore non ha acquistato la proprietà del danaro pagato dal debitore al *procurator*, dall'altra viene poi ad acquistare la proprietà e viene ad essere liberato *ipso iure* il debitore, se esso creditore ha ratificato il pagamento fatto dal debitore al *procurator*; al momento della ratifica — momento nel quale si effettua la liberazione *ipso iure* del debitore — quella proprietà che era rimasta presso il debitore passa al creditore.

21. - a) Ma la *media sententia* che venne ad assumere notevole importanza è quella di Papiniano, il quale risolve il dibattito tra le due scuole con un elemento nuovo: la presenza delle tre persone alla tradizione della cosa. Solo se il terzo è presente, Papiniano accoglie la tesi muciana, chè, se l'elemento della *praesentia* viene a mancare, trionfa per Papiniano la tesi serviana. Interessante è il caso da Papiniano esaminato e risolto con questo criterio della *praesentia*. Una madre consegna, in nome della figlia, allo sposo di questa delle cose *extra dotem*. È perfetta la donazione fatta dalla madre alla figlia? Si deve intendere che le cose siano state donate dalla madre alla figlia, e consegnate dalla figlia al marito? Quella tradizione effettuata dalla madre al marito racchiude in se quelle due tradizioni per cui il passaggio

della proprietà si compie da una persona all'altra per il tramite della persona intermedia? Stando o alla dottrina muciana o a quella serviana, ben diverse sono le soluzioni; ma Papiniano (D. 39, 5, 31, 1; *Vat. Fr.* 254) le concilia con l'elemento essenziale della *praesentia* delle tre persone alla tradizione della cosa. La consegna delle cose *extra dotem* fu fatta *in presenza* della figlia? allora ha luogo la soluzione muciana. La figlia non fu presente? allora è la soluzione serviana che si applica.

b) Questa *media sententia*, che fu tanto cara a Papiniano (cfr. *Vat. Fr.* 265; D. 18, 1, 74; D. 39, 1, 41, etc.), ebbe una certa importanza, anche perchè un qualche accenno ad essa già vi era stato in qualche corifeo di corrente serviana. Sabino, se nell'interesse del creditore fosse stato fatto il pagamento da Caio a Tizio, accordava al creditore *l'actio furti* se al pagamento il creditore fu *presente*? Ulpiano, *41 ad Sabinum*, D. 47, 2, 43, 2. Giavoleno ammetteva il passaggio di proprietà al terzo, se questo è presente? cfr. Paolo, D. 41, 2, 1, 21. Conviene poi riflettere che, con la presenza delle tre persone, non veniva ad essere posto troppo in non cale l'elemento materiale della *traditio*, e poi con l'elemento essenziale della *praesentia* la soluzione del quesito non poteva presentare agli avversari dei muciani quelle difficoltà che per loro eranvi con la tesi muciana avente a base un giuoco di trasmissioni, tanti raggiri, una *fictio brevis manus*. Se così stanno le cose, possiamo anche spiegare il fatto, che, a prima vista, sembrerebbe di non facile comprensione, il fatto cioè che l'ultimo e strenuo rappresentante di corrente serviana, e cioè Paolo, abbia, se non costantemente, qualche volta ed in qualche modo a questa *media sententia* aderito. Cfr. Paolo. 41, 2, 1, 2, 1 cit. Rimaneggiato è D. 46, 3, 51.

V.

La *fictio brevis manus* e altre divergenze
tra le due correnti.

22. - a) Già vedemmo (presente lavoro; n. 16, a) come Nerva decidesse che, se Tizio, sapendo di non essere debitore verso Seia, promise tuttavia la somma a Caio, fidanzato di Seia, e le nozze non ebbero luogo, Seia ha nonostante contro il promesso sposo l'azione, *quoniam pecuniam ad eam pertinet* (D. 12, 4, 7 pr. cit.).

b) Un lontano successore di Nerva, Marcello, contemplava il caso in cui un padre diede la dote *pro filia* , pattuendo che, *quomodo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur* , ma le nozze poi non susseguirono, e caso consimile contemplava Ulpiano, seguendo Marcello, *si extraneus pro muliere dotem dedisset* . Era a vedersi *utrum mulieri condictio an ei qui dotem dedit competat* . Ora, da un passo (Ulpiano, D. 12, 4, 6) fortemente rimaneggiato e ritenuto nella massima parte interpolato da Fabro, può tuttavia arguirsi, e con sicurezza, che, *ove mulier ostenderit hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret, mulieri condictio competat* . È la teoria della *fictio brevis manus* che sempre torna per i muciani e quindi naturalmente anche per Marcello.

c) Per quello speciale favore verso la dote che con Servio e suoi seguaci ebbe sempre a prevalere (cfr. mio lavoro: *Il nuovo regime dotale serviano* , Estr. dagli Studi in onore di P. Bonfante, vol. I, Pavia, 1929), finirono i serviani su questo punto, ed esclusivamente su questo punto, ad accostarsi ai muciani? Cfr. Paolo, D. 12, 4, 9 pr. (prima parte): *si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet* . Vedi ancora Paolo, D. 23, 5, 14 pr.; in base a questo testo il fondo da costituirsi in dote

non fu consegnato al marito ma ad un estraneo per ordine del marito e nonostante il fondo diviene dotale. Ma si veggia Paolo, 12 *ad Sabinum* , D. 23, 3, 37, già citato al n. 16, c, in f.: *non enim alias perit mulieri actio, quam si nuptiae secutae fuerint: nam si secutae non sunt, manet debitor mulieri obligatus* . La dote è stata data al fidanzato, prima della conclusione del matrimonio, per mezzo del debitore della donna, o per mezzo del debitore dell'estraneo, e poi le nozze non hanno più luogo; il debito continua a sussistere e non è ammessa affatto da Paolo una *fictio brevis manus* .

23. - Mevio creditore fa accettilazione a Tizio fidanzato di Seia e fa accettilazione con la volontà di fare una donazione a Seia — *sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum* —. Tizio è liberato senz'altro di fronte a Mevio, ma Seia ha contro Tizio, che doveva essere suo marito, la *condictio* . E come mai Seia ha la *condictio* ? L'atto non si è forse compiuto esclusivamente tra Mevio e Tizio e senza che Seia vi prendesse parte? e come potrebbe Seia acquistare un credito *per liberam personam* ? Per i muciani si finge che Seia abbia ricevuto da Tizio per ordine di Mevio il danaro dovuto da Tizio a Mevio, e che in seguito l'abbia sborsato a Tizio, che avrebbe dovuto essere il suo futuro marito, onde Seia ha contro di lui la *condictio* . *Tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum* . Cfr. l'ultimo rappresentante della corrente muciana, Ulpiano, in D. 23, 3, 43, 1 cit. Pensare che in tutta questa parte del frammento di Ulpiano il mio sommo Maestro, Pernice, scorgeva un'interpolazione! Abbia pur, se vuoi, il testo subito lievi rimaneggiamenti, ma nella frase — frase (e questo io posso ben altamente proclamare) che non sarebbe possibile trovare in un testo appartenente a giuristi di scuola serviana —: *tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum* , sta in sostanza racchiusa in modo inde-

fettibile tutta la dottrina muciana, e da cui i muciani mai deviarono un istante, la loro dottrina cioè della *fictio brevis manus*. Per essa nel caso in esame si raffigura che Tizio, il fidanzato di Seia e debitore verso Mevio, abbia sborsato il danaro al suo creditore Mevio, e che poscia Mevio abbia sborsato il danaro a Seia, e che infine Seia abbia sborsato il danaro a Tizio.

VI.

Di altri principii diversi professati dalle due correnti sempre in tema di trasmissione del diritto di proprietà.

24. - a) Molteplici altri esempi si possono porre innanzi, i quali tutti stanno a prova che, relativamente alla trasmissione del diritto di proprietà, i muciani professavano principii diversi da quelli prevalenti presso i serviani. Se trattasi di acquisto che io devo fare per mezzo di *procurator* o di *servus communis*, ai quali a punto vien fatta la tradizione affinché io acquisti la proprietà, che è a dirsi se il mio *procurator* vuol acquistare per sè o per un terzo, o se il *servus communis* intende acquistare esclusivamente per il mio condomino; è nulla ovvero è valida la tradizione? Un altro stridente contrasto a noi offrono le due grandi correnti della giurisprudenza romana.

b) I serviani erano fermi sul punto seguente: in tanto io acquisto il possesso per mezzo di un rappresentante, in quanto sia intenzione del rappresentante di acquistare per me, chè quel che vale è la volontà del rappresentante. Se il rappresentante non ha l'intenzione di acquistare per me, che gli commisi di ricevere, mentre a me il tradente vuole che la proprietà si trasmetta, ma il rappresentante ha l'intenzione di acquistare per sè ovvero per un terzo, la *traditio* non avrà effetto (*nihil agetur*), onde non avverasi traslazione di pro-

prietà. Giuliano, D. 41, 1, 37, 6: *si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur*. Dunque se la tradizione è stata fatta al servo comune, il quale la riceve *hac mente ut rem Titii* (e cioè del mio condomino) *faceret, nihil agetur*; se è stata fatta allo schiavo mio, il quale la riceve *hac mente*, che la cosa sia in parte mia e in parte di un altro, per questa seconda parte *nihil agetur*; se è stata fatta al mio *procurator*, il quale la riceve con l'intenzione di farla propria, *in hac mente, ut suam faceret, nihil agetur*. È bello vedere con quanta fermezza, con quanta sicurezza e con quanta insistenza i serviani, e per essi Giuliano, ripetono il *nihil agetur*, che cioè non si producono gli effetti della tradizione e la proprietà non passa.

c) I muciani (Ulpiano, D. 39, 5, 13) pensavano ben diversamente, prospettandosi gli stessi casi. Le due correnti tessevano il più delle volte sugli stessi casi, addivenendo con costanza e fermezza a soluzioni diverse. Per i muciani, voglia pure il rappresentante acquistare per sè o per un terzo, la traslazione di proprietà si effettua conformemente alla intenzione del tradente, indipendentemente da quella del rappresentante — che è pur sempre mio rappresentante, onde la sua contraria volontà è da mettersi in non cale — e la tradizione avvenuta, facendo acquistare al *dominus negotii* la proprietà, rimane senza effetto per il *procurator*, onde i muciani, e per essi Ulpiano, che, come ormai possiamo esserne convinti, metodicamente segue la corrente rappresentata dai muciani, e in particolare da Nerva, da Celso e da Marcello, contraddicendo sempre, in materia di tradizione, ai serviani e in particolare a Giuliano, con la stessa insistenza con cui

i serviani dicevano: *nihil agetur*, rispondevano: *mihi adquiritur*, nonostante che per quel che riguarda la persona che acquista vi sia dissenso tra tradente e accipiente. La tradizione è stata fatta al servo comune, il quale riceve la cosa con l'intenzione di farla del mio condomino? *mihi adquiritur*; la tradizione è stata fatta al mio *procurator*, il quale riceve la cosa con l'intenzione di acquistarla per sè? *mihi adquiritur*.

d) Prima della mia scoperta sulle due grandi correnti della giurisprudenza romana, il "*mihi acquirit*," era veramente inesplicabile, onde il nostro sommo Alibrandi ricorse persino all'ipotesi che il "*mihi acquirit*," fosse interpolato! È tutto dire! Nè vale, come fa l'Alibrandi, richiamare Ulpiano, D. 47, 2, 43, 1, sia perchè trattasi di testo fortemente rimaneggiato, sia perchè nell'ipotesi ivi prospettata il rappresentante è un *falsus procurator* non avente mandato.

e) Con la mia scoperta si può giungere a conoscere così profondamente il pensiero dei giureconsulti romani che, anche se nessun testo vi fosse al riguardo, noi potremmo con sicurezza affermare che il pensiero dei serviani era pur quello di Paolo, che cioè pur su questo punto havvi la *Iuliani Paulique sententia*; ma, esaminando accuratamente tutti i frammenti di Paolo, noi possiamo fortunatamente anche trovare il testo, che convince che Paolo stava perfettamente contro i muciani e ragionava seguendo Giuliano. Cfr. Paolo, D. 41, 2, 1, 19: *haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere possessionem: nam si iubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem ut nolit tibi, sed potius Titio acquirere, non est tibi acquisita possessio*. Paolo non fa che ripetere quello che già aveva detto Giuliano, che cioè se il servo ha la volontà di possedere non per me, ma per Tizio, non acquista per me il possesso e di conseguenza la proprietà. E quel che è detto per il servo vale per il *procurator*. Abbia pure questo testo subito qualche lievissimo rima-

neggiamento, non si può nel modo più assoluto pensare a quelle interpolazioni di cui il Gradenwitz fu in sospetto. La verità, vera, lampante, evidente è ben ristabilita: trattasi della tesi serviana, trattasi di una *Iuliani Paulique sententia*, per cui nè il possesso nè la proprietà si acquistano al *dominus negotii* quando il rappresentante ha ricevuto la cosa volendo averla per sè o per un terzo. L'intenzione del rappresentante di acquistare per la persona interessata è per i serviani essenziale, onde, se contraria è la volontà del rappresentante, per essi il rappresentato non acquista la proprietà.

25. - a) Studiando nel tema nostro queste immani divergenze tra le due grandi correnti, è bene anche prendere ad esame la condizione risolutiva apposta ad una traslazione di proprietà, ove, per usare una frase di interpreti, può presentarsi un caso di così detto *reditus domini legalis*. È stata fatta da Tizio una tradizione a Caio sotto condizione risolutiva; considerandosi la tradizione come fatta puramente e semplicemente, se ne producono senz'altro gli effetti, e quindi la proprietà passa a Caio; ma che è a dirsi quando la condizione viene ad avverarsi?

b) Nella corrente muciana la proprietà ripassa *ipso iure* al tradente, il quale ha ora, per riavere la cosa, non una azione personale, ma una azione reale; per essi quindi ha luogo una revoca reale, ossia è revocata la proprietà da parte dell'accipiente, la quale è senz'altro acquistata dal tradente. Vi è un duplice passaggio di proprietà: un primo passaggio si effettua dal tradente all'accipiente al momento della tradizione condizionale, e questi avrà le azioni reali e potrà intanto gravare la cosa di servitù, di ipoteche etc.; un secondo passaggio si effettua, al momento in cui la condizione si avvera, dall'accipiente al tradente, nel senso che, nell'istante in cui l'accipiente perde la sua proprietà, questa fa ritorno *ipso iure* al tradente, quasi per una *fictio brevis manus*, e da questo

istante il tradente avrà le azioni reali e cadono que' diritti reali che eventualmente l'accipiente aveva costituiti sulla cosa. Per diritto muciano pare molto importante la dichiarazione che si legge in Marcello (riferito da Ulpiano, D. 18, 2, 4, 3), che nel tempo intermedio il compratore è proprietario e che i diritti da lui costituiti, benchè cessino con la proprietà di lui, pure devono considerarsi avere avuto vita nel tempo intermedio.

a) Prendiamo ad esempio la *in diem addictio* con figura di condizione risolutiva. Con la prima vendita il primo compratore acquista la proprietà della cosa; avvenuta la migliore offerta, tale proprietà è revocata ed il venditore ritorna ad avere l'azione reale. Nel diritto muciano siffatta revoca è ammessa senza esitanza. Vedi Marcello in Ulpiano, D. 20, 6, 3: il fondo corneliano è stato venduto *pure* ma *in diem addictus*, ed il compratore, che interinalmente è domino, dà in pegno il fondo stesso; ma la condizione si avvera, e cioè si presenta il miglior compratore, e allora il fondo cessa di essere in pegno — *Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata.* — E se si fosse trattato invece di un *pactum displicentiae*? Il testo citato di Ulpiano termina così: *quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.* Vedi ancora Marcello nell'altro frammento sopra citato di Ulpiano (D. 18, 2, 4, 3). Marcello, che è referente di dottrine muciane, come Africano di dottrine serviane, ammette la revoca reale come cosa che è pacifica nella scuola sua, e ne fa quell'interessante applicazione che già vedemmo — *Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret.* — Da questa applicazione fatta da Marcello possiamo ben affermare che per i muciani era punto inconcusso che il dominio spetta in-

terinalmente all'acquirente e che a favore dell'alienante sta la revoca reale. Cfr. Ulpiano, D. 6, 1, 41 pr. Questo frammento ben ci chiarisce il pensiero dei muciani. Tizio comprò da Seio il fondo corneliano con la clausola che, se un terzo si presenti facendo una miglior offerta, venga ad annullarsi il negozio — *recedatur ab emptione* — in quanto la seconda vendita prenderà il posto della prima. Orbene, un terzo invero si presenta offrendo migliore condizione, ed ecco che cessa — *post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti* — senz'altro per Tizio quell'*actio in rem* (la *rei vindicatio*), di cui ben poteva valersi *antequam adiectio sit facta*, chè la proprietà era in testa a lui, mentre ora è tornata in testa all'alienante. Il testo ripete: *sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit*; non si comprende perchè il Krueger voleva scorgere in questo inciso un glossema; è ben vero che due ipotesi consimili sono poste innanzi nel testo una dopo l'altra, ma questo si spiega benissimo in quanto il testo può avere subito qualche lieve insignificante rimaneggiamento, forse per tagli avvenuti, forse per togliere il cenno alle divergenze. Cfr. Ulpiano, 28 ad *Sabinum*, D. 18, 2, 6; D. 18, 2, 2, 1; testi rimaneggiati.

β) La revoca reale, riconosciuta come regola per diritto muciano, trova pure la sua applicazione per il caso di *donatio mortis causa*, e invero i muciani ammettono che la proprietà, trasferita al donatario, ritorni *ipso iure* in testa del donante, il quale ha di conseguenza, per riavere la cosa, non una azione personale, ma una azione reale (Ulpiano, D. 39, 6, 29). Tizio dona a Caio una data cosa *mortis causa sic, ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset*; ora, se alcune di queste cose avvengono, a Tizio è data quell'azione reale — *potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset*, — che prima competeva interinalmente al donatario — *interim autem ei cui donatum est.* — E pur è data l'azione reale a Tizio, *si morte praeventus sit is*

cui donatum est. È da respingersi nel modo più assoluto la tesi di quegli interpreti che nell' inciso del frammento di Ulpiano (D. 39, 6, 29), ove è detto: *potest defendi in rem competere donatori*, sostengono che non si tratti di azione diretta, ma di azione utile, ed è parimenti da respingersi la tesi di coloro che vogliono intravedere nell' inciso una interpolazione. La risposta data al quesito: *videndum, an habeat in rem actionem*, è perfettamente conforme alle concezioni di corrente muciana. Cfr. Ulpiano, D. 39, 6, 30: *qui mortis causa donavit, ipse ex paenitentia condictionem vel utilem actionem (Iust. ? Pernice) habet.*

γ) Altra applicazione della loro regola, per cui havvi la revoca reale, i muciani facevano per il caso della *lex commissoria* concepita come condizione risolutiva: Cfr. anche Cervidio Scevola, D. 18, 3, 8, e *Imp. Alexander*, Cod. 4, 54, 4.

c) Il dissidio tra muciani e serviani su questo punto è gravissimo, a parte talune deviazioni minime. Per i serviani, al verificarsi della condizione risolutiva, non vi è altro che una revoca obbligatoria, in quanto l' obbligazione, che mira al ricupero della cosa, produce naturalmente il suo effetto obbligatorio. Lungi da loro fu l' idea di una revoca reale. Di conseguenza i serviani, nella *in diem addictio*, per la restituzione della cosa accordavano al venditore, verificandosi la condizione risolutiva, l' azione personale; e così, nella *donatio mortis causa*, se la donazione verrà a non avere più effetto, davano parimenti al donante la *condictio*; e così, nella *lex commissoria*, per essi non vi è altro che l' azione personale *ex vendito*. La concezione serviana trova in parte la sua sanzione in una costituzione di Alessandro Severo, Cod. 4, 54, 3, ove è detto che il venditore ha l' *actio ex vendito* e non la *rei vindicatio*, a meno che non sia stato trasmesso dal venditore al compratore un semplice possesso precario, chè, in tale ipotesi, il venditore, e prima e dopo l' avverarsi della condizione, può intentare la *rei vindicatio* — *qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum*

pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito —. Per i serviani non si può trasmettere la proprietà a tempo, onde *irrita* per essi è la donazione se limitata nel tempo. Le conseguenze sono ben diverse a seconda si applica la dottrina muciana o quella serviana, onde Paolo (D. 39, 3, 9 pr.) da fine consulente, a salvaguardare il diritto dell' interessato, dava questo acuto parere: *in diem addicto praedio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut, sive remanserit penes emptorem sive recesserit, certum sit voluntate domini factam aquae cessionem.* Occorreva che il diritto imperatorio sancisse o l' una o l' altra teoria, e in fatti vediamo che la concezione serviana trovò poi la sua sanzione nella costituzione di Diocleziano e Massimiano, quale leggesi nei Frammenti Vaticani al § 283: . . . *ad tempus proprietatis transferri nequiverit.*

d) Giustiniano, senza naturalmente dire che accoglie la dottrina muciana, l' accoglie siffattamente che, inserendo nel Codice [(Cod. 8, 54, (55), 2)] la costituzione di Diocleziano e Massimiano (Fragm. Vat. 283 cit.), che conteneva la teoria serviana, fa dire alla costituzione stessa l' opposto, cioè quel che dicevano i muciani che la proprietà si può trasmettere a termine finale, che la proprietà si può trasmettere *ad tempus* e che quindi si può donare a tempo, e che cioè la donazione vale — *donatio valet, non irrita est, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest* —, onde revocabile è di conseguenza la proprietà. Cfr. anche Giustiniano, Cod. 6, 37, 26.

26. — Vi fu divergenza tra le due correnti circa la *tacita traditio* riconosciuta nella *societas omnium bonorum*? È il caso detto dagli interpreti: *transitus dominii legalis*, che fa parte della così detta *acquisitio dominii ex lege seu quae fit ipso iure*. Si tratta del modo con cui i beni dei singoli soci vengono resi comuni agli altri, avendo di vista le cose presenti dei soci;

ora di queste cose, nella *societas omnium bonorum*, è detto che divengono senz'altro comuni, senza che occorra una speciale tradizione, e che qui si ha un caso di *transitus legalis* della proprietà, espressione cotesta sotto la quale i pratici intendevano a punto quel trasferimento che avveniva in forza di una norma legale. Altro caso ad esempio di *transitus legalis* si ebbe nel diritto giustiniano, essendo stata tolta la necessità della trasmissione effettiva del possesso a favore delle Chiese e dei luoghi pii, ed avvenendo per conseguenza il passaggio della proprietà indipendentemente dal fatto della tradizione, per opera del semplice consenso (Cod. 1, 2, 23, 4). Orbene, se questo è un vero caso di *transitus legalis*, tale invece non può dirsi quello della *societas omnium bonorum*. Si ripete che in questa società ha luogo il così detto *transitus legalis*, in quanto che i beni pertinenti ai patrimoni dei singoli soci si comunicano *ipso iure*. Il concetto è questo: tutte le cose che concorsero a formare la *societas omnium bonorum* diventano immediatamente comuni a tutti, perchè, quantunque non intervenga in modo speciale la tradizione, si intende che intervenga tacitamente. Ora, è giusto qui parlare di *transitus legalis*, affermare, cioè, che la volontà delle parti basta a far acquistare la proprietà, senza che sia necessaria la tradizione? No, perchè quel che qui accade è questo, che il socio cessa di possedere esclusivamente per sè stesso, cominciando a possedere anche per conto della società. E allora si dice che la traslazione della proprietà si effettua in conseguenza di quella maniera di tradizione attenuata, che dicesi *constitutum possessorium*, e che si ha quando colui, che è proprietario di una cosa, prende a possederla per conto di un altro, oppure a titolo che non importa proprietà. Certo che la spiegazione data, ricorrendo all'idea di *constitutum possessorium*, non può appagare interamente, in quanto vi sono cose di cui il socio è proprietario senza possederle e nel passaggio della proprietà *ipso iure* si parla in generale e quindi ci si riferisce anche a siffatte cose.

È poi da osservarsi che le cose future, cioè quelle che il socio acquista durante la società, non entrano in comunione tra i soci se non quando sia avvenuta la loro effettiva comunicazione per mezzo della tradizione e con l'espressa dichiarazione di trasferire tali cose agli altri, che, in caso di rifiuto, agiranno con l'*actio pro socio*. Questo ci dice chiaramente il serviano Paolo, D. 17, 2, 74: concluso il contratto di società, ogni introito, ogni acquisto, che un socio faccia per la società, deve essere messo a comune profitto, onde, diventando di proprietà del socio ciò che compra dopo la costituzione della società, i consoci hanno, in caso di rifiuto, l'*actio pro socio* tendente alla compartecipazione. Parimenti, se si tratta di crediti, deve farsi luogo alla cessione delle azioni; pur questo ci riferisce Paolo (D. 17, 2, 3 pr.): i crediti rimangono nel loro stato e, affinchè diventino comuni, i soci sono vicendevolmente obbligati a cedere le loro azioni — *ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones invicem praestare debent* —. Ci siamo chiesti se vi sia stata divergenza tra le due correnti circa la *tacita traditio* nella *societas omnium bonorum*. Sembra che su questo punto non vi sia stato dissidio, o che almeno il dissidio sia venuto componendosi. Anzi nelle fonti i testi, che abbiamo, appartengono a giuristi di scuola serviana, e non vi è al riguardo un testo che sia di giurista di corrente muciana. Uno dei testi, che accennano alla *tacita traditio*, è di Gaio, il riepilogatore di dottrine serviane, il quale riferisce che, *licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* (Gaio, D. 17, 2, 2). Se questo trovasi in Gaio, non è a maravigliare se viene ripetuto dall'ultimo rappresentante di corrente serviana, da Paolo (D. 17, 2, 1, 2): *in societate omnium bonorum omnes res quae coentium sunt continuo communicantur*. Fu asserito che questa *tacita traditio* sia stata riconosciuta soltanto per la prima volta dai giustiniani, i quali l'avrebbero introdotta valendosi dei due testi di Gaio e di Paolo, interpolandoli. Per me è cosa sicura che

tale *tacita traditio* fosse punto saldo nella scuola muciana e che quindi non sia stata nel modo più assoluto creazione giustiniana. Se, su questo punto, i serviani aderirono alla concezione muciana, fu forse perchè, avendo già essi accolta — come già avevano accolta la figura della *traditio brevi manu* (vedi presente lavoro, n. 6) e quella della *traditio longa manu* — la figura sorta nella corrente muciana del costituito possessorio, intravvidero in questa *tacita traditio* qualcosa che al costituito possessorio si avvicinava. In via prettamente congetturale — ma senza dare il menomo valore alla congettura stessa — potremmo anche farci questa domanda: ma è proprio vero che i serviani hanno per questa *tacita traditio* aderito ai muciani? non potrebbero essere interpolati i due testi di Gaio e di Paolo, e interpolati in quanto i giustiniani, volendo togliere il dissidio esistente al riguardo tra le due correnti, fecero a punto dire a Gaio e a Paolo quello che essi non dissero, ma che era per contra detto dai muciani?

27. - a) Gli interpreti parlano anche di *transitus domini legalis* nel caso in cui si tratta di cose comprate dal tutore in proprio nome con il danaro del pupillo, chè al pupillo competerebbe una *rei vindicatio*. I serviani non ammettevano che i pupilli avessero questo diritto di proprietà sulle cose acquistate con il loro danaro. I muciani per contra consideravano come spettante al pupillo la proprietà delle cose comprate, con il danaro di esso pupillo, dal tutore, per guisa che il pupillo poteva rivendicarle non solo di fronte al compratore, ma pur dai susseguenti possessori. Il pensiero dei muciani è a noi tramandato da Ulpiano in un testo che, se ha subito qualche insignificante rimaneggiamento, non contiene tuttavia le interpolazioni quali sono state dall'Eisele sostenute. Cfr. Ulpiano, D. 26, 9, 2: *si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit « vel praedia in nomen suum emerit », utilis actio ei, cuius pecunia*

fuit, datur « ad rem vindicandam vel » mutuam pecuniam exigendam.

b) Per influenza di cotesta concezione muciana, per cui e pupilli e minori avevano l'*actio ad rem vindicandam*, pur si sostenne che i soldati l'avessero per le cose comprate con il loro danaro castrense da altri in proprio nome. Cfr. *Imp. Philippus*, Cod. 3, 32, 8 (a. 246).

VII.

La massima muciana: *nemo errans rem suam amittit*.

28. - a) Nella corrente muciana venne grado grado a formarsi quella nota massima che suona: *nemo errans rem suam amittit*; massima che, quasi come proverbio corrente, tramandavasi da un giurista all'altro di scuola muciana. Negli scritti di Ulpiano troviamo una relevantissima applicazione della massima, che Ulpiano riferisce, deducendola da uno dei grandi corifei di scuola muciana, da Celso (D. 12, 4, 3, 8). Si tratta di chi, essendo libero, si ritiene ancora schiavo, e dà del danaro al domino. Passa la proprietà? No, rispondono senza esitanza i muciani — *cum tibi nummos meos quasi tuos do non facio tuos* —. I muciani mai deviarono, neppur per un istante, dalla loro salda inequivocabile concezione che, se io consegno la cosa mia credendo di dare quella di Tizio in quanto ignoro che quella cosa è mia, non posso essere considerato di aver acconsentito di trasferire il dominio e che di conseguenza il passaggio di proprietà non ha luogo se io erroneamente credo che la cosa da me consegnata a Tizio sia già proprietà di Tizio, mentre in realtà è cosa mia. Tale concezione noi la vediamo ripetuta a punto, come dissi, in uno dei grandi corifei di corrente muciana, in Celso (vedi Ulpiano, D. 12, 4, 3, 8 cit.). Più precisamente trattavasi di vedere se colui, che ritenevasi statulibero, avendo pagato all'erede del

danaro, quasi fosse dell'erede — mentre in realtà il danaro era dello statulibero — abbia fatto passare il danaro in proprietà dell'erede. Celso, nel rispondere al quesito, ispirandosi a quel che i suoi antecessori già avevano deciso per il caso di chi trade la cosa propria credendola di proprietà dell'accipiente, non esita ad affermare — sotto l'influsso del proverbio corrente nella sua scuola: *nemo errans rem suam amittit* — che la proprietà del danaro non passa all'erede. E non altrimenti pensa Ulpiano: *et puto si hoc animo dedit, non fieri ipsius, nam et cum tibi nummos meos, quasi tuos do, non facio tuos*. Il testo fa poi l'ipotesi, che a noi per il momento non interessa, secondo la quale lo statulibero abbia dato il danaro non all'erede, ma ad un terzo, *cui putabat se iussum*; in questo caso soltanto se il danaro è peculiare, la proprietà non passa.

b) La massima: *nemo errans rem suam amittit*, doveva essere così ferma e salda tra i muciani, che la si incontra anche in Pomponio, che su questo punto si atteneva all'insegnamento dei muciani (Pomponio in Paolo, D. 18, 1, 15, 2). Se tu hai venduto a me una cosa mia, senza che io sapessi che fosse mia, e non me l'hai ancora consegnata, e per ordine di me compratore l'avrai consegnata ad un altro, Pomponio, seguendo in questo punto i muciani, non crede che la proprietà passi, giacchè non fu mio proposito che passasse la mia proprietà, ma bensì la tua, che in realtà non esiste e che quindi non può passare.

c) E la massima doveva essere così ferma e salda tra gli antecessori di Marcello, che Marcello, riconoscendola in tutta la sua portata e in modo inequivocabile, si limita a vederne il campo di applicazione. In questo motto corrente sta racchiusa la tesi della non validità dell'alienazione, la tesi che la *translatio dominii* non si effettua, quando vi è l'*error in dominio* del rappresentante. Le parti sono d'accordo sulla identità della cosa materiale da trasferirsi, sono d'accordo sul

corpo stesso che devesi consegnare, ma quegli che consegna è nell'errore sul diritto stesso, sulla pertinenza, sul punto di sapere a chi appartiene la proprietà che si tratta di trasferire: *errat non de corpore, sed de dominio*. La proprietà della cosa appartiene al tradente, ma questi crede che sia invece di Tizio; per questo *error in dominio* la proprietà non passa. Per la massima avviene che, qualora il proprietario Tizio abbia consegnato a Caio la cosa sua per il mandato di Seio, e Tizio erroneamente credeva che quella cosa a Seio appartenesse, Tizio non perde il suo diritto di proprietà, in quanto non intese di trasferire la cosa sua propria ma quella di Seio, in quanto intese di trasferire la proprietà altrui e non volle affatto spogliarsi della cosa propria, e quindi può rivendicare la cosa così consegnata, chè la tradizione, riferentesi all'eventuale proprietà di Seio, non è valida, onde non può Tizio perdere il suo dominio. Ora Marcello, nell'esame del campo di applicazione di questo detto corrente tra gli antecessori suoi, si prospetta l'ipotesi (vedi Marcello, D. 17, 1, 49; testo cotesto ove non difettano rimaneggiamenti, ma questi fortunatamente non sono tali da impedirci di aver chiaro e preciso il pensiero di Marcello, e quindi il pensiero dei muciani), in cui il vero proprietario Tizio non si sia limitato a consegnare la cosa a Caio per ordine del proprietario putativo Seio, ma l'abbia venduta ovvero l'abbia fatta vendere, chè in siffatta ipotesi, o per la vendita o per il mandato di vendere, Tizio si è personalmente assunto, o in via diretta o in via indiretta, in forza della garanzia per l'evizione, delle obbligazioni verso il compratore Caio. In base alla massima, non vi è dubbio che per Marcello Tizio abbia la *rei vindicatio*, ma nel caso speciale la *rei vindicatio* è come se non gli fosse accordata, chè inutilmente il magistrato la concederebbe, in quanto la rivendica verrebbe ad essere paralizzata per l'*exceptio rei venditae et traditae* (vedi per maggiori dilucidazioni il mio Corso: *La proprietà*, Appunti di diritto romano raccolti dalle mie lezioni,

Anno accademico 1909-910, Modena, Prem. Tipo-Lit. A. Dal Re e figli, 1910, da pag. 526 a pag. 539). Per i serviani, i quali il detto muciano: *nemo errans rem suam amittit*, non mai proclamarono e anzi rimasero sempre indifferenti di fronte ad esso, non vi è affatto la *rei vindicatio*; per i muciani invece, e per Marcello in particolare, vi è la *rei vindicatio*, ma nell'ipotesi, presa in esame da Marcello, per quell'eccezione, che osta alla rivendica, viene ad essere proprio inutile che il magistrato la conceda (vedi il mio Corso: *La proprietà*, cit.). *Neque vindicatio ei concedenda* dicono in questa ipotesi i muciani; frase cotesta che non potrebbe trovarsi in un testo di giurista serviano, perchè per il giurista serviano sarebbe stato fuori luogo parlare di un concedersi o non concedersi di una azione che per essi non esiste affatto.

d) L'ultimo rappresentante di corrente muciana, Ulpiano, D. 41, 1, 35, riassumendo tutto il lavoro avvenuto nella corrente stessa nel dar forza e rilievo alla massima, pone ben in chiaro e in modo indefettibile la non validità della alienazione quando colui, che ha consegnato, abbia voluto alienare la proprietà del mandante o del pupillo e non la proprietà sua. Il mio procuratore o il tutore di un pupillo volevano trasferire la proprietà quasi fosse mia o del pupillo, non intendendo affatto trasferire una proprietà che per contra loro in realtà apparteneva, incorrendo per tal modo in errore sul diritto di proprietà da alienarsi; orbene, *non recessit ab eis dominium* e quindi è nulla l'alienazione, a punto per il motto tradizionale che nessuno errando perde la propria cosa, onde possono rivendicare efficacemente la cosa che avevano consegnato nell'ignoranza che essa fosse di loro: *si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit*. « *Non recessit ab eis dominium* »: ecco la frase che in sè racchiude tutta l'essenza della concezione della corrente muciana, per cui l'alienazione è senza effetto,

per non esservi perdita di proprietà da parte di colui che è in errore circa il proprio dominio. Pensare che l'illustre Beseler ritenne la frase interpolata! È tutto dire! Ulpiano in D. 41, 1, 35 limitasi a esporre il significato della regola che cioè se uno consegna una cosa, come se fosse altrui, la proprietà non passa se a lui appartiene, ma non esamina ipotesi speciali, quali quelle nelle quali, oltre alla tradizione, trattasi anche di contratto (ad esempio, di una compra vendita); se Ulpiano avesse contemplato ipotesi ad esempio affini a quelle prese ad esame da Marcello, ove pur vi è la costituzione di contratti obbligatori, avrebbe certamente ripetuto quello che ebbe a dire Marcello e che cioè coteste obbligazioni non sono affatto inutili.

e) Havvi tuttavia un punto in cui Ulpiano esamina la massima nel suo svariato campo di applicazione. Cfr. Ulpiano, D. 27, 10, 10, 1. Si tratta del curatore di un pazzo, il quale ben volendo alienare e trasferire il dominio della cosa propria, e ben sapendo che la cosa è sua, tuttavia la vende — in considerazione che l'acquirente non comprerebbe la cosa se sapesse che è di esso curatore — come cosa del pazzo. Qui non vi è caso di *error in dominio*; qui non è da richiamarsi la massima, epperò la soluzione non dà luogo a difficoltà: il dominio della cosa è trasferito. Facendo ora il caso inverso, che cioè il curatore ignori veramente che la cosa sia sua, e la alieni ritenendola erroneamente di quegli che è sotto cura, evidentemente per Ulpiano, in base al motto corrente nella scuola muciana, non si trasferisce il dominio. Il testo contempla poi ancora l'ipotesi che il curatore alieni la cosa del pazzo come cosa sua, e anche qui non se ne trasferisce il dominio, non essendovi stata l'intenzione di amministrare gli affari del pazzo — *dicendum, ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit* —.

29. - a) Nonostante l'*error in dominio* del rappresentante, i serviani erano per la validità della tradizione; essi si

pronunciavano per vero in pro della validità. Prendiamo ad esempio Africano, D. 12, 1, 41. Un tale, che risiedeva in Roma, aveva preposto un suo schiavo ad una azienda in provincia. Il domino muore e in Roma ha luogo l'apertura della successione, e nel testamento quello schiavo è istituito erede *cum libertate*. Lo schiavo, che è in provincia, tutto ciò ignora e continua a compiere atti nella sua qualità di preposto all'azienda, e tra essi ebbe a contrarre mutui, alienando danari che in parte erano suoi proprii, mentre ancora riteneva che fossero del domino. Havvi o non havvi la *translatio dominii* circa il denaro mutuato, per la parte, s'intende, che ora appartiene allo schiavo istituito erede in parte *cum libertate*? Per i muciani non vi è dubbio: la *translatio dominii* non si effettua nè per la parte spettante allo schiavo nè per quella degli altri eredi. Per i serviani invece, se la *translatio dominii* non si avvera per la parte spettante ai coeredi, essa per la parte dello schiavo ha luogo ineluttabilmente — *quas vero pecunias ipse credidisset, eas non ex maiore parte, quam ex qua ipse heres sit, alienatas esse*; dunque: *ex parte ex qua ipse heres est pecunias, alienatas esse*. — L'alienazione è affermata dai serviani quale conseguenza del loro modo di pensare: un proprietario, il quale aliena la propria cosa per conto di un altro e credendola di quest'altro, ne trasferisce la proprietà. I serviani decidevano come se non conoscessero la massima dei muciani: *nemo errans rem suam amittit*.

b) Interessantissimo è un testo dell'ultimo rappresentante di scuola serviana, di Paolo, D. 18, 1, 15, 2, testo che qualche rimaneggiamento deve aver subito. In esso da prima si riferisce il pensiero di Pomponio, già da me richiamato (n. 28, b), il quale, come già dissi, probabilmente seguiva, nei riguardi della massima, la corrente muciana. Il testo tuttavia, dopo aver riferito il pensiero di Pomponio, bruscamente viene ad affermare l'opposto e cioè che la proprietà passa: *sed quasi tuum dominium ad eum transire*; frase co-

testa che sta ad affermare — di conformità al pensiero dei serviani — che a qualunque costo la proprietà passa. Certo qui il testo è stato riacorciato dai giustiniane, ma l'evidenza è palese che Paolo, dopo aver riferito il pensiero muciano seguito anche da Pomponio, esponeva il pensiero suo, che era quello dei serviani, e che cioè la proprietà passa, in quanto è per ordine mio, è per ordine di me proprietario effettivo, che la consegna della cosa è stata fatta. Epperò, anche in quell'altro caso, che è riferito nel testo, per cui se, essendo stata a me donata una cosa mia, per mio comando tu la consegna ad un altro, per i serviani e per Paolo la proprietà passa, *quasi tuum dominium ad eum transire — et ideo etiam si donaturus mihi rem meam iussu meo aliis tradas idem dicendum erit* —. I serviani e Paolo adunque erano favorevoli alla validità della tradizione e quindi al passaggio della proprietà, malgrado l'*error in dominio*. La frase di Paolo: *quasi tuum dominium ad eum transire* non può lasciar dubbio su ciò; essa è prova sicura che il dominio per i serviani a qualunque costo passa. Ecco i due diritti tra loro autonomi: diritto muciano: *non recessit ab eis dominium* (D. 41, 1, 35); diritto serviano: *quasi tuum dominium ad eum transire* (D. 18, 1, 15, 2). Quale immane contrasto tra le due correnti, quali sono state da me scoperte!

VIII.

La massima serviana: *plus est in re quam in existimatione*.

30. — a) Nella corrente serviana venne formandosi una massima che in seguito era in questa corrente ripetuta come stereotipa: *plus est in re o in veritate quam in opinione o in existimatione*. Se il tradente ignora il proprio dominio, ma pur del suo dominio si spoglia, non per questo l'accipiente non viene ad acquistarlo, chè l'errore del tradente non toglie

l'effetto della tradizione, come se non esistesse la massima: *nemo errans rem suam amittit*. Come i serviani rimasero sempre indifferenti di fronte a questa massima muciana, così i muciani rimasero sempre indifferenti di fronte alla massima serviana: *plus in re est, quam in existimatione*.

b) Tale massima serviana ebbe così presa in questa corrente che, sebbene sorta e formatasi circa l'acquisto della proprietà, se ne estese l'applicazione per analogia dalla tradizione ad altri istituti, come ad esempio alla manomissione. Questo caso della manomissione troviamo in un passo di uno dei grandi corifei di corrente serviana, in Giuliano, D. 40, 2, 4, 1. Tuttavolta un domino manomette lo schiavo, sebbene ritenga che lo schiavo sia altrui, tuttavia è vero che *voluntate domini* lo schiavo è manomesso e sarà di conseguenza libero. Per i serviani adunque il manomittente viene a perdere il suo dominio, e lo schiavo acquista la libertà, mentre per i muciani il manomittente, se ignora di essere proprietario, continua ad avere il dominio sullo schiavo, chè *nemo errans rem suam amittit*. Nel testo si fa anche il caso meno interessante in cui sia lo schiavo Stico che ritenga di non appartenere al manomittente; diventerebbe tuttavia libero. Anche in questo secondo caso — ove veramente la volontà dello schiavo non può essere presa in considerazione nella manomissione —, come nel primo, sta il fatto che lo schiavo è pur sempre manomesso *voluntate domini*. Ed ecco il motto corrente tra i serviani, che a questo punto vien ripetuto da Giuliano: *plus enim in re est quam in existimatione*; si deve guardare alla realtà delle cose, si deve guardare al fatto reale, e meno a quel che le parti credono. Le stesse cose poi sono da dirsi anche se e il domino e lo schiavo siano in errore, nel senso che nè quegli riteneva essere domino, nè questi credeva essere schiavo del manomittente.

c) Tutta la dottrina serviana, in proposito della massima: *plus est in re quam in existimatione*, è riassunta da

Paolo, D. 22, 6, 9, 4: *qui ignoravit dominum esse rei venditorum, plus in re est, quam in existimatione mentis (ementis: Heraldus): et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur*. Si domanda: dato l'errore circa la proprietà, data la credenza che la proprietà non possa essere trasmessa e che di conseguenza non la si possa acquistare, vi sarà ostacolo assoluto all'acquisto della proprietà? No, per la massima serviana che più è nella cosa che nell'opinione, che più vale quel che è nella realtà delle cose, anzichè quel che è nel giudizio della mente. Quindi, nel caso riferito del compratore che ignora che il venditore sia proprietario della cosa venduta, i serviani, per il riflesso che vi è più nella realtà che nell'opinione, non esitano a risolvere la questione nel senso che, sebbene l'acquirente non ritenesse di comprare dal proprietario, e di conseguenza non potesse la sua volontà essere rivolta all'acquisto della proprietà, tuttavia, dal momento che il proprietario nella realtà gli ha fatto la tradizione della cosa, il dominio è in lui trasferito.

31. — La massima della scuola serviana, o ufficiale che dir si voglia, vollero ancora ripetere una volta i giustinianeî, e, come per analogia i serviani avevano dalla tradizione tratto argomento per il caso della manomissione (Giuliano, D. 40, 2, 4, 1 cit.), così i giustinianeî dalla volontà del tradente argomentarono — l'argomentazione era del resto certamente già stata fatta prima di loro — per analogia per il caso della volontà del testatore, ripetendo per i legati ciò che per i serviani vale per la tradizione. Il testatore è in errore per quel che riguarda la proprietà della cosa legata; la cosa legata è nella realtà di suo dominio, ma egli crede invece che essa appartenga ad altri; questa sua falsa credenza di non essere proprietario, mentre nella realtà egli è veramente proprietario, non è di ostacolo alla piena validità del legato, onde il legatario

acquista, nonostante, il dominio della cosa legatagli. *Inst.* 2, 20, 11: *si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione.* Il testo soggiunge che, anche se il testatore riteneva che la cosa fosse del legatario, il legato vale, *quia exitum voluntas defuncti potest habere.*

VIII.

Applicazioni delle due massime: la muciana a la serviana.

32. - a) Vi fu una divergenza tra le due correnti la quale non riguardava veramente il passaggio della proprietà, ma riferivasi esclusivamente alla tradizione del possesso. Tizio, volendo far passare il possesso, e solo il possesso, di una cosa a Caio, indipendentemente dalla proprietà, gli consegna la cosa, ma Caio non può acquistarne il possesso. Che è a dirsi di questo possesso? Certamente Caio non lo ha acquistato, e quindi continua a rimanere presso Tizio ovvero Tizio lo ha definitivamente perduto?

b) I muciani erano d'avviso che, in seguito alla consegna della cosa, il tradente perde il possesso. Noi abbiamo un testo (D. 41, 2, 18, 1) di uno dei grandi corifei di corrente muciana, di Celso, che a punto questo ci dice. Si fa il caso in cui ad un furioso, che tu ritieni di mente sana, perchè, in quel momento, queto e tranquillo in tua presenza — *eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus*; inciso cotesto ritenuto interpolato da Eisele —, tu hai fatto la consegna di una data cosa, abdicando per tal modo al tuo possesso, spogliandoti per tal modo del rapporto che tu avevi con la cosa stessa. Non vi è dubbio che il furioso non acquisterà il possesso della cosa, ma tu *possidere desinis*? Certamente per i muciani, chè è sufficiente aver tu dimesso il possesso, nonostante tu non lo abbia trasferito al furioso. *Illud enim ridiculum est dicere* —

esclama nel suo consueto e caratteristico modo di esprimersi il grande maestro di corrente muciana —, *quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre*; è ridicolo dire che uno soltanto voglia lasciare il possesso se non in realtà trasferendolo; che anzi in tanto vuole far cessare il suo possesso in quanto a punto è nel giudizio di sua mente di trasferirlo ed è intenzione sua che altri lo acquista. Quasi si potrebbe dire in proposito per riepilogare con una frase la dottrina muciana: *plus est in existimatione mentis quam in re.*

c) I serviani naturalmente andavano in contrario avviso, e Paolo, polemizzando con i muciani, richiama la tesi muciana, quale vedemmo nel frammento di Celso. Cfr. Paolo, D. 41, 2, 1, 4: *si vir uxori cedat possessionem donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?* Il testo ha subito qualche rimaneggiamento, avendo forse i giustinianeî tolto da esso il tōno polemico di cui Paolo si era valso, ma il pensiero di Paolo parmi che si possa nonostante ricostruire senza troppo grave difficoltà. Un marito aveva ceduto *donationis causa* un possesso alla moglie; domandavasi se l'oggetto, che il marito donò alla moglie, sia passato nel possesso di lei, e la risposta non poteva essere se non che la moglie possedesse, in quanto il possesso, che è *res facti*, non può essere infirmato dal diritto civile. E Paolo aderisce a questa soluzione, sulla quale ormai tutti erano d'accordo, e anche i muciani ritenevano che la moglie avesse effettivamente acquistato il possesso, e anzi Paolo a punto espone la questione dicendo che questo i muciani (*plerique putant*) ritenevano, se non che li attaccò — e l'attacco era a dir il vero fuor di luogo, o almeno non a proposito — quasi ironicamente osservando che per essi era inutile la questione, dal momento che essi avevano la peregrina idea che, anche se la

moglie non avesse acquistato il possesso della cosa, il marito l'avrebbe senz'altro perduto, dal momento che per essi *ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat*... (Celso, D. 41, 2, 18, 1 cit.), dal momento che per essi *plus est in existimatione, quam in re*. Parmi che a un di presso la stessa interpretazione deve essere data per un altro passo di Paolo, D. 41, 2, 1, 20; passo cotesto su cui deve farsi poco assegnamento, perchè rimaneggiato e che anzi sarebbe secondo Gradenwitz in parte interpolato.

d) Ulpiano, ligio, come sempre, ai grandi maestri di corrente muciana, quali ad esempio Celso e Marcello, richiama (D. 41, 2, 34 pr.) il loro insegnamento: *... an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest*... Ulpiano sta perfettamente con i muciani e quindi con Celso e Marcello; se non che il caso, preso in esame da Ulpiano, era tutto affatto speciale, chè trattavasi di chi *quodammodo sub condicione recessit de possessione — sed non puto errantem acquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione* —; e sulla soluzione data per questo caso specialissimo, « in cui la volontà dell'alienazione del possesso contenuta nella autorizzazione è condizionata alla presa di possesso dell'autorizzato (Dernburg, *Pand.* I, § 182, nota 12) », forse anche ebbe ad influire il modo di vedere di Papiniano in tema (Papiniano, D. 43, 16, 18 pr.; Papiniano nella fattispecie quale è prospettata nel testo non può se non concludere che il tradente non perde il possesso se non quando l'accipiente l'abbia effettivamente acquistato). Per Ulpiano, come per gli antecessori suoi, come per Celso e Marcello, se io ho l'intenzione di far acquistare a Tizio il possesso, ho pur quella di dimetterlo, epperò la consegna della cosa a Tizio, appena essa si effettua, fa perdere a me il possesso, chè *plus est in existimatione quam in re*, purchè questa mia intenzione di abbandonare il possesso non sia condizionale, non sia soltanto

quodammodo sub condicione — io rinuncio al possesso se Tizio lo acquista; io conservo il possesso se Tizio non lo acquista —, chè in tal caso il possesso non è perduto se Tizio non viene ad acquistarlo, supposto che possa acquistarlo, per quanto possa anche non giungere per tante evenienze ad acquistarlo.

33. - a) Un ultimo esempio richiamo ancora sul dissenso delle due correnti circa la traslazione della proprietà per tradizione. Per i serviani (Giuliano, D. 41, 1, 36), se l'intenzione del *tradens* e quella dell'*accipiens* sono dirette alla *translatio dominii*, in quanto il *tradens* vuole a punto spogliarsi della sua proprietà a favore dell'*accipiens* e l'*accipiens* vuole a punto ricevere la proprietà che il *tradens* gli trasmette, il passaggio della proprietà si avvera, anche se si erra, anche se non vi è accordo delle parti sui motivi per cui il *tradens* trasferisce e l'*accipiens* accetta, come se ad esempio il *tradens* trasferisce nella credenza di essere obbligato *ex testamento* e l'*accipiens* riceve nella credenza che la cosa gli sia dovuta *ex stipulatione*, ovvero l'uno vuol fare una donazione e l'altro ritiene di ricevere a mutuo; non vi è, stando a questo secondo esempio, donazione, non vi è mutuo, ma la tradizione ha la sua piena efficacia, la *translatio dominii* ha luogo, per essere l'intenzione di trasferire e di acquistare rivolta al dominio, niun conto tenendosi del dissenso intorno ai motivi per cui l'uno trasferì e l'altro ricevette, e ciò forse anche per quella massima tradizionale nella corrente serviana: *plus est in re quam in opinione*. Vedi anche Paolo, D. 44, 7, 3, 1 (*Iuliani Paulique sententia*).

b) I muciani partono da un principio diametralmente opposto; per essi, se vi è dissenso sui motivi, la proprietà non passa. Essi (Ulpiano, D. 12, 1, 18) danno la più grande importanza al fatto che le parti sono in errore circa la causa; questo errore impedisce la *translatio dominii*, non ritenendosi sufficiente che l'intenzione dell'*accipiens* fosse di acquistare

la proprietà e quella del *tradens* fosse di trasferirla; è vero che *in re*, nella realtà, la cosa è così, ma non vale dire *plus est in re quam in existimatione mentis*. Per i muciani adunque l'errore, che vi è quando il *tradens* dona e l'*accipiens* riceve a mutuo, è tale da impedire ogni passaggio di proprietà. Anche quando i muciani dicono: *nemo errans rem suam amittit*, è sempre l'errore che fa sì che la proprietà non passi. In ognuna delle due correnti della giurisprudenza romana, quali sono state da me scoperte, vi è — come già dissi — una coerenza splendida che guida sempre le varie soluzioni e se vi fosse interprete che riuscisse ad approfondirsi immensamente nello studio di cotesta coerenza, giungerebbe certamente a intravedere, anche quando a noi fosse ignota, la soluzione che o l'una o l'altra corrente avrebbe dato su una determinata *quaestio*. L'interprete, che pervenisse a sentire tutta l'importanza che presso i muciani ebbe il loro proverbio tradizionale: *nemo errans rem suam amittit*, alla dimanda — presupposto che il responso dei muciani nel caso concreto non fosse a noi giunto —: quale sarebbe stato il pensiero dei muciani circa il passaggio della proprietà, qualora l'uno doni e l'altro riceva a mutuo? non esiterebbe un istante ad affermare — e l'affermazione corrisponderebbe alla più assoluta verità — che, dato l'errore, la proprietà assolutamente non passa.

 INDICE

I. Preliminari	Pag. 1
II. <i>Fictio brevis manus</i> e costituzione di mutuo	” 4
III. <i>Fictio brevis manus</i> e casi di validità o di invalidità della <i>solutio</i>	” 15
IV. <i>Mediae sententiae</i>	” 27
V. La <i>fictio brevis manus</i> e altre divergenze tra le due correnti	” 30
VI. Di altri principii diversi professati dalle due correnti sempre in tema di trasmissione del diritto di proprietà	” 32
VII. La massima muciana: <i>nemo errans rem suam amittit</i>	” 43
VIII. La massima serviana: <i>plus est in re quam in existimatione</i>	” 49
VIII. Applicazioni delle due massime: la muciana e la serviana	” 52

Publicazioni dell' Istituto di Scienze Giuridiche e Sociali

della R. Università di Pavia

A) Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali.

- 1) GALANTE A. — *Il diritto di placitazione e l'economato dei benefici vacanti in Lombardia* (1894) (esaurito).
- 2) ZANETTI G. — *La legge romana relicta-coirese o uainese* (1900) (esaurito).
- 3) CANTONI A. — *L'azione surrogatoria del diritto civile italiano* (1908) (esaurito).
- 4) PERASSI T. — *Confederazione di Stati e Stato federale* (1910) (esaurito).
- 5) ALBERTARIO E. — *Il possesso del superficario* (1912).
- 6) ID. — *Lo sviluppo dell' "excusationes" nella tutela e nella cura dei minori* (1912).
- 7) DELL'ERBA F. — *Contributo allo studio della delinquenza minorile* (1912).
- 8) VACCARI P. — *Matrimonio franco e matrimonio romano. - II. La donazione nuziale in Francia nell'Alto Medio Evo* (1913).
- 9) ALBERTARIO E. — *Lo svolgimento storico dell' "actio comuni dividundo" in rapporto alla legittimazione processuale* (1913).
- 10) ID. — *Contributi alla storia della ricerca delle interpolazioni* (1913).
- 11) SOLMI A. — *Pavia e le assemblee del regno nell'età feudale* (1913).
- 12) DE DOMINICIS F. — *Sulla legge della cittadinanza del 13 giugno 1913* (1914).
- 13) GHISALBERTI G. — *Il diritto di regalia sui benefici ecclesiastici in Italia* (1914).
- 14) VENERONI G. — *L'abuso dei mezzi di correzione* (1915).
- 15) BETTI E. — *La restaurazione Sullana e il suo esito* (1915).
- 16) SOLAZZI S. — *I modi di accettazione dell'eredità nel diritto romano* (1919).
- 17) ALBERTARIO E. — *Sulla revoca tacita dei legati e fedecommessi nel diritto romano* (1919).
- 18) BETTI E. — *Il concetto dell' obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* (1919).
- 19) ALBERTARIO E. — *Guglielmo Castelli* (1919).
- 20) VACCARI P. — *La territorialità come base dell'ordinamento giuridico del contado - Italia Superiore e Media -* (1921) L. 25.
- 21) ALBERTARIO E. — *Procurator unius rei* (1921).
- 22) SOLAZZI S. — *Fantasie e riflessioni sulla storia della tutela* (1921).
- 23) ALBERTARIO E. — *Conceptus pro iam nato habetur* (1921).
- 24) MENGOSZI G. — *Ricerche sull'attività della Scuola di Pavia nell'Alto Medio Evo* (1924) L. 30.

- 25) SOLAZZI S. — *Studi sul concorso dei creditori nel diritto romano* (1925).
- 26) GANGI C. — *Ancora sul problema delle lacune nel diritto privato* (1925).
- 27) ROTONDI M. — *La tutela dell'avviamento di fronte al locatore del negozio* (1925) L. 10.
- 28) DIENA G. — *Il trattato di Conciliazione e di Regolamento Giudiziario fra l'Italia e la Svizzera* (1925).
- 29) DE FRANCESCO G. M. — *La natura giuridica dei mandati internazionali* (1926) L. 12.
- 30) BOGNETTI G. P. — *Sulle origini dei comuni rurali del medioevo* (1926-1927) L. 30.
- 31) MOR C. G. — *Lex romana canonice compta*. Testo di leggi romano-canoniche del sec. IX pubbl. sul ms. parigino Bibl. Nat. 12448 (1927) L. 50.
- 32) ROTONDI M. — *Il diritto come oggetto di conoscenza. Dogmatica e diritto comparato* (1927) L. 3.
- 33) D'ALESSIO F. — *Aspetti attuali del diritto pubblico italiano* (1927) L. 5.
- 34) PORTANOVA F. — *Le imposte sui plusvalori e i fondamenti teorici dell'imposizione* (1927) L. 10.
- 35) *Parere sul Progetto preliminare del Codice Penale presentato dalla Facoltà Giuridica della R. Università di Pavia* (1928) L. 5.
- 36) MAZZOLENI G. — *L'odierno Impero Britannico. Sua configurazione costituzionale ed internazionale* (1928) L. 18.
- 37) MAZZOLENI G. — *Il sistema tabolare nella legislazione italiana* (1929) L. 5.
- 38) ARNÒ C. — *Fictio brevis manus* (1930) L. 12.
- 39) MAZZOLENI G. — *L'apprensione dell'eredità nel diritto internazionale privato* (1930) L. 3.
- 40) R. DE-NOVA — *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel Diritto Internazionale Privato* (1930) L. 30.

B) Studi di Politica, Economia e Finanza.

- 1) ROTONDI M. — *Di una proposta del Rignano per la riforma del diritto ereditario e dell'imposta successoria* (1920).
- 2) ID. — *Riforme, discussioni e proposte in materia d'imposta sulle successioni* (1921).
- 3) GRIZIOTTI B. — *La coltura e l'industria del cotone in Argentina e l'Italia* (1925).
- 4) FOSSATI E. — *Il cotone nel Brasile e nel Giubaland e l'emigrazione italiana* (1925).
- 5) GRIZIOTTI B. — *Problemi della ricostruzione finanziaria* (1925).
- 6) ID. — *La politica finanziaria italiana* (1925) L. 30.
- 7) ID. — *Politica monetaria e finanziaria internazionale* (1927) L. 40.

}

L. 5

Pubblicazioni della Facoltà di Scienze Politiche.

- Annuario di Politica Estera* 1925 (1926) L. 15.
Annuario di Politica Estera 1926 (1927) L. 15.
Annuario di Politica Estera 1927 (1928) L. 15.
Annuario di Politica Estera 1928 (1929) L. 15.
Annali di Scienze Politiche - Rivista Trimestrale - Direttore Prof. P. VACCARI - Condizioni di abbonamento: Italia e Colonie L. 35, Estero L. 45.

Collana di Scienze Politiche diretta dal Prof. PIETRO VACCARI.

- Serie **A)**: MAZZOLENI G. — *L'antagonismo anglo-russo in Asia nell'ultimo ventennio* (1907-1927) L. 10.
 „ FERRI C. E. — *La teorica dei mandati internazionali* (Torino - Bocca - 1927) L. 20.
 „ CARENA A. — *La competenza del Consiglio della Società delle Nazioni nelle controversie internazionali* (1930) L. 12.

- Serie **B)**: BEONIO-BROCCHIERI V. — *Studi sulla filosofia politica di T. Hobbes* (Torino - Bocca - 1927) L. 14.
 „ MORANDI C. — *Idee e formazioni politiche in Lombardia dal 1748 al 1814* (Torino - Bocca - 1927) L. 20.

- Serie **C)**: FOSSATI E. — *Il problema delle riparazioni nei suoi rapporti coll'economia germanica* (1926) L. 18.
 „ FOSSATI E. — *La sorgente del salario nel suo svolgimento dottrinale* (1928) (esaurito).
 „ FERRI C. E. — *La concezione energetica della rendita* (1928) L. 12.
 „ FOSSATI E. — *L'Ungheria economica* (Padova C.E.D.A.M. 1929) L. 25.

- Serie **D)**: CROSA E. — *Sulla natura giuridica dei regolamenti indipendenti* (1928) L. 5.
 „ CROSA E. — *Lo Stato parlamentare in Inghilterra e in Germania* (1929) L. 15.

Tutte le pubblicazioni sono in deposito presso la **Libreria Treves dell'A.L.I.**
 Ufficio presso la R. Università di Pavia.

REV15

ÚK PrF MU



3129S04765