

**Idee vecchie e nuove sull'antinomia**  
**Iul. 13 dig., D. 41.1.36 – Ulp. 7 disp., D. 12.1.18 pr.\***

*I. Testi ed introduzione*

D. 41.1.36 (Iul. 13 dig.)

*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*

D. 12.1.18 pr. (Ulp. 7 disp.)

*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condicione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.*

Al centro della discussione sulla causalità della *traditio* si pongono sin dall'inizio della scienza romanistica due frammenti del Digesto fra loro confliggenti. Nonostante di rado ad un problema testuale sia stata destinata una simile quantità di letteratura<sup>1</sup>, non si è riusciti tuttavia a raggiungere alcuna concordia

\* La versione italiana del testo è dell'amica Natascia Musardo.

<sup>1</sup> Cfr. solo tra i contributi più recenti: W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn 1990, 54 ss.; D.H. Molkeneller, *Die These vom dinglichen Vertrag*, Frankfurt a.M. 1991, 66 ss.; C.A. Cannata, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI*. 57, 1991, 344 s.; allo stesso modo C.A. Cannata, *Iul. D. 41,1,36: una "interpolazione occasionale"*, in *Incontro con Giovanni Pugliese*, Milano 1992, 67 ss.; D. Schanbacher, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch traditio und beim Leistungsversprechen durch stipulatio*, in *TR*. 60, 1992, 16 s.; O. Behrends, *Iusta causa traditionis*, in L. Labruna (a c. di), *Tradere ed altri studii*, Napoli 1998, 57 ss.; M.J. Schermaier, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, in *ZSS*. 115, 1998, 254 ss.; M. Sustmann, *Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge im klassischen römischen Recht*, Aachen 2000, 16 ss., 122 s.; J.L. Barton, *Solutio and Traditio*, in J.W. Cairns, O.F. Robinson (ed.), *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History* 15(29), Oxford 2001, 26 ss.; A. Lovato, *Traditio e conventio nel settimo libro delle disputationes ulpianee*, in *SDHI*. 67, 2001, 123 ss.; A. Saccoccio, *Si certum petetur*, Milano 2002, 333 ss.; L.P.W. van Vliet, *Iusta Causa Traditionis and its History*, in *ERPL*. 3, 2003, 343 ss.; E.J.H. Schrage, *Traditionibus et usucapio-*  
"  
"  
"

di valutazione; i diversi punti di vista appaiono al contrario divergere sempre più l'uno dall'altro ad ogni nuovo contributo. Già da qualche tempo è sorta dunque l'esigenza<sup>2</sup> di non tener più conto dell'antinomia fra i due frammenti nell'ambito della discussione sulla *causa*, tendenza seguita anche in alcuni nuovi contributi<sup>3</sup>. In considerazione della scarsità delle fonti in tema di *iusta causa traditionis* appare tuttavia negligente la scelta di non tenere conto proprio di quella testimonianza che più espressamente si occupa della problematica all'interno di un caso concreto.

Il frammento di Giuliano prende le mosse dalla tesi secondo cui l'efficacia del trasferimento di proprietà mediante *traditio* non sarebbe pregiudicata da un *dissensus in causa*, purché sussista un *consensus in corpore*. A titolo di esempio (*veluti*) viene portato il trasferimento di un fondo da Ego a Tu, con il quale Ego crede di essere obbligato in virtù di un *legatum per damnationem*, mentre Tu è convinto di essere tenuto al trasferimento sulla base di una *stipulatio*. In veste di argomento (*nam et si*) si trova quindi associato un secondo caso: Ego consegna una somma di denaro in donazione a Tu, il quale però la riceve a titolo di mutuo; anche qui il dissenso sulla causa non impedisce il trasferimento di proprietà. Ulpiano si ricollega a questo secondo caso, ma reputa invalido il trasferimento della somma di denaro, poiché vi è dissenso sulla causa. Dopo aver utilizzato il denaro il destinatario sarebbe quindi fondamentalmente convenibile attraverso una *condictio indebiti*, ma potrebbe opporre l'*exceptio doli* nei riguardi dell'attore, in quanto il denaro sarebbe stato consumato secondo la volontà di quest'ultimo.

*nibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur. Die Wahl zwischen dem Konsens- und dem Traditionsprinzip in der Geschichte*, in *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Köln-Weimar-Wien 2003, 926 s., 943 s.; J.D. Harke, *Si error aliquis intervenit. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005, 104 ss.; U. Huber, *Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, I, München 2007, 486 s.; F.S. Meissel, *Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages*, in U. Falk, M. Luminati e M. Schmoeckel (Hrsg), *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, München 2008, 62 ss.; T. Bremkamp, *Causa. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*, Berlin 2008, 45 ss.; B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, Milano 2009, 127.

<sup>2</sup> J. Hupka, *Der dissensus in causa und die modern Textkritik*, in *ZSS*. 52, 1932, 30; F. Schulz, *Rezension zu Lange, Ehrhardt, Hazewinkel-Suringa, Betti, Monier*, in *ZSS*. 52, 1932, 546.

<sup>3</sup> C.A. Cannata, *Traditio causale e traditio astratta: una precisazione storico-comparatistica. Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano 1994, 153 ss.; R. Lambertini, *In tema di iusta causa traditionis*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2745 ss. «Ohne ausschlaggebende Bedeutung» è l'antinomia anche per Huber, *FS. Canaris* cit., 486, di cui tuttavia disserta, seppur brevemente. Anche Bremkamp, *Causa* cit., 46, non vuole riproporre di nuovo la questione, ma le dedica comunque tre pagine.

A tutt'oggi, si accetta di malavoglia l'antinomia come pura divergenza di opinioni tra Giuliano e Ulpiano, ma si aspira, attraverso le tesi interpolazionistiche o le interpretazioni ipotetiche, a reinterpretare uno dei testi (perlopiù D. 41.1.36), in modo da adattarlo all'altro, con l'obiettivo di mantenere l'immagine di un'opinione classica uniforme circa la causalità della *traditio*. Talune irregolarità formali ravvisabili in entrambi i testi non possono essere negate; nel processo di compilazione sono stati operati quanto meno interventi abbreviativi.

## II. Il primo caso di Giuliano

### 1. Interpolazione *mancipatio* – *traditio*? (Cannata)

Desta scalpore, nel primo caso affrontato da Giuliano, l'applicazione della *traditio* per trasferire la proprietà di un fondo. I fondi italici rientravano infatti nel novero delle *res Mancipi* e di conseguenza in epoca classica potevano essere validamente trasferiti solo attraverso *mancipatio* o *in iure cessio*. Già nel corso del periodo classico tali atti di trasferimento della proprietà caddero tuttavia in disuso. Al momento della compilazione del Digesto, Giustiniano ne ordinò quindi la sostituzione con la *traditio*. È dunque, in linea di principio, ben possibile che originariamente D. 41.1.36 trattasse di *mancipatio* e non invece di *traditio*<sup>4</sup>. Ma allora anche la frase introduttiva, cui il primo caso funge da esempio, dovrebbe essere relativa alla *mancipatio*. La prima parte del passo sarebbe dunque – secondo Cannata – da ricostruire all'incirca nel modo seguente<sup>5</sup>:

*Cum in corpus quidem quod Mancipio datur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit Mancipatio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum dem, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi.*

<sup>4</sup> Ipotizzano l'interpolazione: O. Lenel, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in ZSS. 3, 1882, 179; allo stesso modo Id., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig 1889, 335; E. Strohal, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 27, 1889, 364 s.; G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913, 56 s.; P. De Francisci, *Il trasferimento della proprietà*, Padova 1924, 154; A. Ehrhardt, *Iusta causa traditionis*, Berlin-Leipzig 1930, 136 ss.; H. Kreller, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in ZSS. 62, 1942, 184 s.; P. Voci, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in SDHI. 15, 1949, 149; similmente Id., *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, 145; J.C. van Oven, *Die Antinomie D.41.1.36 – 12.1.18pr.*, in TR. 20, 1952, 445 s.; P. van Warmelo, *Iusta causa traditionis*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano 1982, 649; Cannata, *Iul. D. 41,1,36 cit.*, 70 ss.

<sup>5</sup> Cannata, *Iul. D. 41,1,36 cit.*, 71.

Concepando la *mancipatio*, insieme con l'opinione prevalente, come atto di trasferimento della proprietà la cui efficacia si fonda sulla forma e non su una *causa* o meglio su un *consensus in causa*, l'irrelevanza di un *dissensus in causa* si presenta tuttavia come un'ovvietà e le ricostruzioni poc'anzi citate come «un'intollerabile banalità»<sup>6</sup>. Ma in ciò Cannata non scorge un problema, quanto piuttosto un proposito più profondo di Giuliano, che con le parole “*non animadverto cur inefficax sit mancipatio*” voleva sottolineare proprio «la banalità del problema e l'assoluta ingiustificabilità della soluzione opposta»<sup>7</sup>. Ma con *animadverto* Giuliano non appare esprimere affatto una scontata ovvietà, quanto piuttosto la propria opinione soggettiva, con ciò rilevando anche l'esistenza di un'opinione contraria, che aveva ritenuto nullo il trasferimento di proprietà sulla base di un dissenso sulla causa. Del resto non si spiegherebbe per quale motivo Giuliano avrebbe dovuto fare ricorso ad un caso esemplificativo a chiarificazione di un'ovvietà. Ancora una volta, la soluzione proposta da Cannata è la seguente: con i suoi due casi Giuliano avrebbe inteso contrapporre l'astrazione della *mancipatio* alla causalità della *traditio*. Nel secondo caso Giuliano avrebbe cioè deciso allo stesso modo di Ulpiano, negando il trasferimento della proprietà per via del dissenso causale. L'attuale versione del testo sarebbe dovuta dunque ad un'interpolazione.

La spiegazione di Cannata si basa dunque su due premesse: in primo luogo, il dissenso causale (*donatio – mutuum*) doveva aver rappresentato per Giuliano una causa ostativa della *traditio*. In secondo luogo, i compilatori dovevano aver avuto un motivo per l'ipotizzato rimaneggiamento del secondo caso.

Cannata basa la prima premessa sul modo in cui Ulpiano riproduce Giuliano<sup>8</sup>. Nelle parole di Ulpiano *et puto – non fieri*, egli non scorge alcuna contraddizione, ma unicamente un'integrazione alle affermazioni di Giuliano, il quale si sarebbe essenzialmente limitato a negare che nel caso di specie si configurasse

<sup>6</sup> G. Beseler, *Miscellanea*, in *ZSS.* 45, 1925, 222; R. Monier, *La malentendu sur la causa traditionis*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, Milano 1930, 223; E. Betti, *Il dogma bizantino physis tes paradóseos e la irrilevanza del dissenso nella causa della tradizione*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Milano 1930, 324 s.; F. Benedek, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht*, in *AJ.* 4, 1962, 141 s. Lo stesso Lenel, *Quellenforschungen* cit., 179, che per primo si pronunciò sul sospetto interpolazionistico, osservava: «Freilich will uns andererseits nicht ein, daß ein römischer Jurist darüber, ob der Dissens über die Causa die Mancipation ihrer eigentumsübertragenden Kraft beraube oder nicht, nur habe zweifeln können».

<sup>7</sup> Cannata, *Iul. D. 41,1,36* cit., 71.

<sup>8</sup> «È evidente che Ulpiano, riprendendo il caso e la motivazione di Giuliano, lo fa per giungere alla sua stessa conclusione» (p. 72); «Dalla citazione e discussione, che Ulpiano faceva del caso e del pensiero di Giuliano, si desume dunque che l'originale di quella che attualmente è la seconda frase di D. 41,1,36 era scritto, nel senso che l'assenza della causa traditionis impediva, nella situazione proposta, il passaggio della proprietà» (p. 73).

una donazione. In base alla versione tramandataci del fr. 36, si può dire con certezza che Giuliano ha affrontato esplicitamente la questione della proprietà e non l'ha affatto lasciata sospesa. Se Giuliano si fosse effettivamente schierato contro un valido trasferimento di proprietà, il *magisque nummos accipientis non fieri* di Ulpiano non rappresenterebbe alcuna integrazione, ma una conferma.

Che *magis(que)* sia volto ad introdurre una conferma, è tuttavia difficilmente immaginabile. Avverso una decisione di tipo negativo in Giuliano depone inoltre la circostanza che, anche in un altro passo avente ad oggetto un caso simile, (Giuliano) ammetteva che si trasferisse la proprietà nonostante il dissenso sulla causa:

D. 46.3.34.7 (Iul. 54 dig.): *Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare donaturus ei, quamvis Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur: sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fient.*

Ego ordina al suo debitore di pagare la somma di denaro a Tizio (invece che a lui) con il proposito di donargliela. Tizio tuttavia non riceve il denaro come un dono, ma come un mutuo (*Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret*)<sup>9</sup>. Effetto giuridico è la liberazione del debitore, la quale può essere logicamente spiegata solo con un efficace trasferimento della proprietà (del denaro) a Tizio<sup>10</sup>. Che il denaro sia passato nella proprietà di Tizio è dimostrato anche dalla possibilità di trasferire ulteriormente la proprietà, così come descritto alla fine

<sup>9</sup> Forse Tizio fungeva anche semplicemente da incaricato a ricevere il pagamento. Anche in questo caso sussisteva però un dissenso causale e l'analogia con D. 41.1.36 continuava ad esistere. Il passaggio *Titius ea mente – faceret* non dice nulla contro la volontà di acquistare di Tizio (cfr. anche P. Bremer, *Leistung an einen Nichtberechtigten im klassischen römischen Recht*, Limburg 1970, 74 s.); il congiuntivo *faceret* rende pienamente possibile l'interpretazione secondo la quale il denaro deve essere trasferito solo in un secondo momento a Ego.

<sup>10</sup> Allo stesso modo G. Sacconi, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971, 43 nt. 125 e M. Kaser, *Durchgangserwerb*, in *Labeo* 26, 1980, 45 nt. 98. L. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*, Wien 1885, 58; O. Lenel, *Stellvertretung und Vollmacht*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 36, 1896, 102 ss., e E. Betti, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione*, in *BIDR.* 41, 1933, 221 ss., 248 ss., affermano invece che il debitore non avrebbe affatto perso la proprietà. Tale punto di vista si pone però in disaccordo con la liberazione del debitore *ipso iure*. F. Haymann, *Schutz des guten Glaubens des leistenden Schuldners im römischen Recht*, in *BIDR.* 51/52, 1948, 406; vd. U. von Lübtow, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht*, Berlin 1965, 45 s., e Bremer, *Leistung an einen Nichtberechtigten* cit., 73 ss., partono dal presupposto che Ego sarebbe diventato proprietario, nel quadro dell'acquisto di transizione, direttamente con il pagamento a Tizio. Per contro vi è la chiara formulazione dell'ultima proposizione (*sed si – mei fient*), che dunque viene

del passo (*dedisset, nummi mei fient*). La particolarità del tipo di delega implica che il debitore esegua l'obbligazione sia *solvendi causa* (ossia con l'obiettivo di adempiere il proprio debito verso Ego) sia *donandi causa* (allo scopo di intermediare nella donazione voluta da Ego). Tizio invece la riceve *credendi causa*. La *traditio* non si regge dunque sul consenso causale. L'unico chiaro accordo delle volontà, che fa della consegna del bene un trasferimento di proprietà, consiste nell'essere concordi sul passaggio di proprietà. Se dunque qui Giuliano ammette un trasferimento di proprietà nonostante il dissenso sulla causa, non si comprende per quale motivo avrebbe dovuto decidere diversamente in D. 41.1.36. Ma, anche supponendo che Giuliano abbia effettivamente negato l'ammissibilità del trasferimento di proprietà in ragione del dissenso sulla causa, quale motivo avrebbero avuto i compilatori di convertire la soluzione di tipo causale in una di tipo astratto, quando invece con la recezione di D. 41.1.31 pr.<sup>11</sup> (Paul. 31 *ad ed.*) avevano palesato la loro adesione di fondo al principio di causalità? Cannata cerca la risposta in un "accidente"<sup>12</sup>: dopo che nel primo caso i compilatori avevano sostituito meccanicamente *mancipatio* con *traditio* ed in tal modo lasciato che si configurasse un trasferimento basato sul principio di astrazione, nel secondo caso si sarebbero accorti della contraddizione e avrebbero quindi prontamente provveduto a rielaborarlo sempre secondo il principio di astrazione. La contraddizione con il fr. 31 inserito qualche frammento prima sarebbe loro sfuggita nella fretta. Si può tuttavia replicare che il compilatore incaricato, proprio a causa della fretta intimatagli, deve avere trattato entrambi i brani uno dopo l'altro in pochissimo tempo. Ciò rende improbabile che la contraddizione gli sia effettivamente sfuggita. Là dove però il compilatore incaricato avesse effettivamente rilevato l'antinomia, sarebbe difficile spiegare per quale ragione egli avrebbe provveduto a rielaborare il secondo caso di Giuliano ai sensi del principio di astrazione e non invece il primo ai sensi del principio di causalità. Ammettendo, inoltre, con la teoria oggi prevalente<sup>13</sup>, che la *iusta causa traditionis* nella *traditio solvendi causa* non consista nel consenso

ritenuta interpolata dai predetti studiosi. A. Wacke, *Die Zahlung mit fremdem Geld*, in *BIDR.* 79, 1976, 74 nt. 108, elude il problema reputando che la questione della proprietà rimarrebbe «solange in der Schwebe, bis der Anweisende durch Inempfangnahme der Münzen seinen Schenkungswillen konkludent widerruft».

<sup>11</sup> D. 41.1.31 pr. (Paul. 31 *ad ed.*) *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

<sup>12</sup> Da qui anche il titolo del suo saggio che parla di *interpolazione occasionale*.

<sup>13</sup> P.E. Huschke, *Kritische Versuche über streitige Pandektenstellen und Pandektenmaterien*, in *AcP.* 62, 1879, 328; E. Rabel, *Grundzüge des Römischen Privatrechts*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Verarbeitung*, München-Leipzig 1915, 441; M. Kaser, *Zur "iusta causa traditionis"*, in *BIDR.* 64, 1961, 71. Benedek, *Die iusta causa traditionis im römi-*

sull'adempimento di una concreta obbligazione, ma unicamente nel consenso sul carattere di adempimento in capo alla prestazione, il primo caso non sarebbe affatto diventato astratto con l'inserimento della *traditio*; in tal modo l'esigenza di armonizzazione supposta da Cannata con riferimento al secondo caso non sarebbe mai esistita. Nemmeno la seconda premessa di Cannata può dunque convincere.

## 2. La *mancipatio* come negozio di trasferimento causale? (Hazewinkel-Suringa)

L'unica strada percorribile per permettere alla tesi della *mancipatio* di avere un senso resta in conclusione quella della negazione del carattere astratto della *mancipatio*.

La discussione sulla rilevanza del dissenso causale ha senso infatti solo per quei negozi in cui viene trasferita la proprietà, per i quali almeno una parte della giurisprudenza esige che vi fosse un consenso sulla causa. Hazewinkel-Suringa si è schierato per un generale riconoscimento della (sostanziale) causalità della *mancipatio* nella giurisprudenza classica<sup>14</sup>. Quest'ultimo si basa sulla constatazione che nei documenti pervenuti sulla *mancipatio* verrebbe tutte le volte dichiarato il motivo giuridico in base al quale si trasferisce la proprietà<sup>15</sup>: *emptiois, donationis, dotis causa* etc. Così non sarebbe soltanto «verwezen wordt naar een rechtsgrond, die aan de abstracte *mancipatio* ten grondslag ligt en die zich als 't ware bij de zakelijke overdracht indringt, maar dat daarmee het karakter der *mancipatio* zelve in een concreet geval wordt aangegeven»<sup>16</sup>. La *mancipatio* non sarebbe stata dunque un negozio astratto di trasferimento della proprietà, ma avrebbe integrato invece la compravendita, la donazione, la *solutio* stessa, in quanto negozio a prestazioni contestuali. Per tale motivo Hazewinkel-Suringa adotta per la *mancipatio* il medesimo vincolo causale im-

*schen Recht* cit., 156 nt. 112; G. Jahr, *Zur iusta causa traditionis*, in ZSS. 80, 1963, 170 nt. 71; H. Siber, *Römisches Recht. In Grundzügen für die Vorlesung, Zweiter Band. Römisches Privatrecht*, Darmstadt 1968, 74; H. Honsell, T. Mayer-Mal, W. Selb, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg-New York 1987, 158; W.M. Gordon, *The Importance of the iusta causa of tradition*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford 1989, 127; Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 55. Su tale questione cfr. § IV.1.c.

<sup>14</sup> D. Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio*, Alphen aan den Rijn 1931, 114 ss.; lo seguono: Schulz, *Resenzion zu Lange* cit., 544, 548; F. Schwarz, *Die Grundlage der conditio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, 223; van Oven, *Die Antinomie D.41.1.36 – 12.1.18pr.* cit., 446.

<sup>15</sup> C.G. Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, Tübingen 1909<sup>7</sup> (ed. O. Gradenwitz), nrr. 130-140; *FIRA*. III, nrr. 87-95; l'osservazione si trova già in Lenel, *Quellenforschungen in den Edict-commentaren* cit., 179.

<sup>16</sup> Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio* cit., 120.

piegato per la *traditio*: entrambi i modelli di trasferimento della proprietà sarebbero dipesi da un accordo causale reale<sup>17</sup>. Quest' accordo sarebbe stato espresso in forma di consenso alla *solutio*<sup>18</sup> nel primo caso di Giuliano, per cui sarebbe stata trasferita la proprietà in modo "causale" tanto sulla base di una *traditio*, quanto sulla base di una *mancipatio*<sup>19</sup>. È vero che la causa viene dichiarata esplicitamente nella maggior parte dei documenti sulla *mancipatio* a noi pervenuti: non però in tutti<sup>20</sup>. Si sarà trattato pertanto di un elemento accessorio, di certo usuale, ma non indispensabile<sup>21</sup>. Se davvero la funzione socio-economica fosse stata presupposto imprescindibile della *mancipatio*, se ne dovrebbero rinvenire tracce corrispondenti nel rituale o nelle formule<sup>22</sup>: invece non è così<sup>23</sup>. Come nei documenti, così anche nelle formule, l'indicazione della causa è semmai immaginabile come aggiunta facoltativa<sup>24</sup>. Il vantaggio della *mancipatio* (come anche della *in iure cessio*) rispetto alla *traditio ex iusta causa* era rappresentato appunto dal fatto che la *mancipatio* non dipendeva da una *causa* per la sua efficacia e l'acquirente poteva pertanto fare affidamento su questo<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio* cit., 236: «Zoowel bij de *mancipatio* als bij de *traditio* valt geheel de nadruk op den wederzijdschen will om eigendom te doen overgaan, bij beide niet in abstracten vorm opgevat, maar zooals hij in het dagelijksch leven zich pleegt voor te doen, n.l. als schenkings-, koop-, betalingswil. Beide kunnen gebaseerd zijn op voorafgaande afspraken of andere verbintenis-scheppende gebeurtenissen, maar zoowel bij de *mancipatio* als ook bij de *traditio* staan deze buiten de eigenlijke overdracht».

<sup>18</sup> Accordo delle parti sui caratteri di adempimento della prestazione.

<sup>19</sup> Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio* cit., 123 s., 135 ss., in cui, tuttavia, Hazewinkel-Suringa prende le distanze dalla tesi della *mancipatio*.

<sup>20</sup> Cfr. Bruns, *Fontes* cit., nrr. 134 e 139.

<sup>21</sup> Kreller, *Formula fiduciae und Pfandedikt* cit., 184 s.; M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz 1956, 136 nt. 6.

<sup>22</sup> Cfr. Gai 1.113, 119-122.

<sup>23</sup> M. Kaser, *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, 414.

<sup>24</sup> Honsell, Mayer-Maly, Selb, *Römisches Recht* cit., 103.

<sup>25</sup> U. von Lübtow, *Hand wahre Hand. Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin*, Berlin-Frankfurt a.M. 1955, 169 ss.; Kreller, *Formula fiduciae und Pfandedikt* cit., 184 s., riconosce nell'astrazione della *mancipatio* innanzi tutto la sua idoneità a fungere da negozio fiduciario, che sarebbe invece mancato alla *traditio*. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht* cit., 135, richiama l'attenzione sul vantaggio dell'acquirente citato nel processo per *vindicatio*, che si può appellare «auf die Frage des Klägers nach der causa seines Kontravindizierens einfach auf die *Manzipation* berufen, [...] ohne das ihr zugrunde liegende Verhältnis angeben und beweisen zu müssen».

### 3. Conclusione sul primo caso di Giuliano

Che Giuliano nel primo caso dovesse aver trattato di una *mancipatio* e non di una *traditio*, è dopo tutto questo estremamente improbabile. La *traditio* anche di un *fundus italicus* non era peraltro completamente *inefficax*, in quanto conduceva in ogni caso alla proprietà bonitaria<sup>26</sup>. Forse Giuliano, con riferimento al *fundus*, pensava ad un fondo provinciale, che in quanto *res nec Mancipi* poteva essere trasferito senza tener conto della forma<sup>27</sup>. La mancanza di indicazioni più dettagliate nel testo non sorprende particolarmente, in quanto Giustiniano fece eliminare tutte le tracce della distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*<sup>28</sup>. Verosimilmente, però, Giuliano non faceva affatto dipendere ciò dal tipo di proprietà (quiritaria o bonitaria), poiché il problema della *causa* riguarda allo stesso modo tanto l'acquisto della proprietà quiritaria, quanto quello della proprietà bonitaria<sup>29</sup>.

In ciò il primo caso conserva la sua efficacia dirompente, consistente nella questione del se la *traditio solvendi causa* «bei Dissens über den Entstehungsgrund der *obligatio* mißrät»<sup>30</sup>. È evidente che motivo del contendere non era se almeno una delle due obbligazioni in questione dovesse sussistere effettivamente. Dagli avversari di Giuliano si affermava, evidentemente, che, affinché si potesse pervenire ad una validità della *traditio*, occorresse solo un consenso sul tipo di obbligazione da adempiere in concreto e non anche sulla produzione di effetti da parte dell'atto esecutivo. L'opinione prevalente nella giurisprudenza classica non esigeva alcun consenso concreto circa la *solutio*, ma soltanto un consenso di tipo astratto, cioè un accordo delle volontà sulla natura estintiva della prestazione<sup>31</sup>. Giuliano prende le mosse da tale soluzione<sup>32</sup>, ma, per giustificare la soluzione corrispondente del caso, eleva di un gradino il livello di

<sup>26</sup> F. Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 23, 1885, 7 nt. 4; van Oven, *Die Antinomie D.41.1.36 – 12.1.18pr. cit.*, 445, ravvisa in ciò proprio un indizio di interpolazione.

<sup>27</sup> H.H. Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München-Leipzig 1937, 18; R. Cuignet, *De la "iusta causa traditionis" et des fragments 36, D. de adq. rer. dominio, 41, 1 et 18 (18, 1), D. de reb. cred., 12, 1*, in *RIDA*, 6, 1959, 303 nt. 15; Benedek, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht cit.*, 141 s.; Harke, *Si error aliquis intervenit cit.*, 112 s.

<sup>28</sup> M. Kaser, *Das Römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, 282.

<sup>29</sup> Cfr. per il requisito della *iusta causa traditionis* nel diritto onorario il titolo D. 6.2.

<sup>30</sup> Beseler, *Miscellanea cit.*, 222.

<sup>31</sup> Ciò almeno per l'interpretazione oggi dominante. Per le fonti vd. sopra nt. 13; inoltre vd. più avanti § IV.1.c.

<sup>32</sup> Per il fondamentale consenso della *causa solvendi* in Giuliano cfr. anche Iul. 44 *dig.* (D. 41.3.33.3) (vd. anche § IV.3.c.).

astrazione, considerando decisivo, ai fini dell'efficacia del trasferimento della proprietà di una cosa, proprio la volontà a ciò diretta delle parti (*consensus in corpore*)<sup>33</sup>. Dietro tale presa di posizione potrebbe risiedere la convinzione che il *consensus in causa*, in qualità di elemento reale causale della *traditio*, si esaurisse in realtà in un [mero] valore definitorio, dato che detto consenso concretizzava l'*animus domini transferendi* in un determinato rapporto causale. In contrasto con l'opinione dominante del proprio tempo, Giuliano reputava superflua la 'concretizzazione' del consenso in esame.

### III. Il secondo caso di Giuliano – Soluzione dell'antinomia sul piano causale?

Come già detto, l'antinomia tra Giuliano (caso n. 2) e Ulpiano venne e viene riconosciuta come tale da pochissimi autori. Nei giuristi medievali, ma anche nella Pandettistica<sup>34</sup>, si trova il tentativo di livellare la contraddizione attraverso la *distinctio*, vale a dire attraverso la ricerca delle differenze all'interno della fattispecie. Per tale assunzione non vi sono tuttavia appigli testuali; al contrario, il riferimento espresso di Ulpiano a Giuliano indica chiaramente come si tratti del medesimo caso. Oggi si parte pertanto dal presupposto che Giuliano ed Ulpiano attribuivano alla stessa fattispecie una divergente – o forse la medesima – valutazione giuridica<sup>35</sup>. Tuttavia la dottrina ha da sempre enormi difficoltà ad immaginare che Giuliano, in quanto eminente rappresentante del diritto classico, abbia accolto un'interpretazione astratta della *traditio*<sup>36</sup>. Ci sono quindi come sempre tentativi di spiegare attraverso asserzioni interpolazionistiche «dass Iulian das schnurgerade Gegenteil von dem gemeint und etwas völlig anderes geschrieben habe, als was uns in der D. 41.1.36 überliefert ist»<sup>37</sup>. Di fronte a questo, la mag-

<sup>33</sup> È ovvio che Giuliano volesse intendere con il *consensus in corpore* non solo il «Konsens über die (körperliche) Sache», ma anche il consenso sul trasferimento di proprietà stesso. Il mero consenso sussiste dunque anche nel caso di trasferimento della *possessio* o della *detentio*, cosa che in questa sede Giuliano elimina categoricamente. Al riguardo vd. § III.3.

<sup>34</sup> H. Dernburg, *Beitrag zur Lehre von der justa causa bei der Tradition*, in *AcP.* 40, 1857, 3 ss.

<sup>35</sup> Su tutto ciò vd. la bibliografia citata alla nt. 1 retro.

<sup>36</sup> Tra i pochi: J. Hupka, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik*, in *ZSS.* 52, 1932, 1, 12 ss., in particolare 18 s.; J.L. Barton, *Solutio and Traditio in Critical Studies in Ancient Law Comparative Law and Legal History*, Oxford, 2001, 28; Honsell, Mayer-Maly, Selb, *Römisches Recht* cit., 159 (i quali, tuttavia, mettono in risalto che si sarebbe trattato di una «sehr persönliche Auffassung Julians», di cui sarebbe capace solo una così netta deviazione dall'opinione prevalente, come dimostrerebbe anche la sua condotta riguardo alla responsabilità per evizione del venditore [D. 19.1.30.1, Afr. 8 *quaest.*]).

<sup>37</sup> Hupka, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik* cit., 18 s.; contro Betti, *Il dogma bizantino* cit., 305 ss.

gior parte dei romanisti cerca di accordare la soluzione del caso tramandatoci con il principio di causalità, attraverso un'adeguata interpretazione.

### 1. *In maiore minus inest* – Mutuo nonostante il dissenso? (Eisele)

L'interpretazione più celebre, e ad oggi seguita dai più<sup>38</sup>, venne formulata da Eisele<sup>39</sup>. Secondo lui «lässt sich die *causa donandi* mit der *causa credendi* oder *solvendendi* in quantitativem Sinne vergleichen, und als das *maius* im Gegensatz zu dem *minus* auffassen»<sup>40</sup>.

Il mutuo sarebbe di conseguenza contenuto nella donazione, anzi la donazione sarebbe definibile «come prestito infruttifero rimborsabile dopo un tempo infinitamente lungo». Nel *dissensus in causa* sarebbe quindi ad un esame più accurato racchiuso un consenso: «se nel proposito di donare è contenuto l'*animus credendi* come un *minus*, così Giuliano doveva accettare il consenso sul *minus*, e di conseguenza statuire che non si realizzava la donazione, ma di certo almeno un *mutuum*». Il caso sarebbe paragonabile a quello descritto in Pomp. 19 *ad Q. Muc.* (D. 19.2.52<sup>41</sup>): in tale frammento all'atto della conclusione di un contratto di locazione si verifica un dissenso sul canone di locazione. Ciò conduce tuttavia, secondo Pomponio, alla nullità del contratto solo se il locatore aveva in mente una somma più alta rispetto a quella ipotizzata dal conduttore. Nel caso opposto (accordo del conduttore su una somma più alta rispetto a quella voluta

<sup>38</sup> Rabel, *Grundzüge des Römischen Privatrechts* cit., 440; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano 1908, 195, 308; H. Lange, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentums-tradition*, Leipzig 1930, 68 s.; Ehrhardt, *Iusta causa traditionis* cit., 139; H. Kreller, s.v. *mutuum*, in *PWRE. Supplementband VI*, Stuttgart 1935, 577 s.; R. Backhaus, *In maiore minus inest*, in *ZSS.* 100, 1983, 165 s.; O. Behrends, *Iusta causa traditionis* cit., 58 ss.; Id., in *ZSS.* 95, 1978, 209; C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 308; M.J. Schermaier, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, in *ZSS.* 115, 1998, 254 ss.; Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 114 ss.; Meissel, *Julian und die Entdeckung* cit., 62, 75; al contrario: N.H. Kriegsmann, *Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, Berlin 1905, 37 ss.; Beseler, *Miscellanea* cit., 222; Betti, *Il dogma bizantino* cit., 316 ss.; Hupka, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik* cit., 12 ss.; E. Schönbauer, *Die causa beim Eigentumserwerb durch traditio. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 61 (n.F. 25), 1932, 140 s.; van Oven, *Die Antinomie D.41.1.36 – 12.1.18pr.* cit., 447 s.; Benedek, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht* cit., 143 s.; Cannata, *Iul. D. 41,1,36* cit., 73 nt. 11.

<sup>39</sup> Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten* cit., 6 ss.; ma cfr. J. Cujacius, *Opera omnia*, VI, Neapoli 1722, 82 s.

<sup>40</sup> Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten* cit., 11.

<sup>41</sup> Pomp. 31 *ad Q. Muc.* (D. 19.2.52) *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur: sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.*

dal locatore), invece, il contratto si perfeziona sulla somma più bassa voluta dal locatore. Ciò sarebbe espressione – come nel mutuo in Iul. 13 *dig.* (D. 41.1.36) – del *minus, quod in maiore inest*.

In conclusione, in Ulp. 7 *disp.* (D. 12.1.18 pr.) vi sarebbe un richiamo all'accoglimento da parte di Giuliano della rilevanza della *causa* nel mutuo: Ulpiano avrebbe potuto scrivere *sed an mutua sit videndum* solo perché Giuliano si era espresso nel senso della validità del *mutuum*<sup>42</sup>. Se si fosse espresso in contrario, Ulpiano avrebbe dovuto scrivere qualcosa come: *Iulianus scribit, nec donationem nec mutuum esse. Sed an nummi fiant accipientis, videndum*<sup>43</sup>. Il motivo della diversità di vedute risiederebbe nella prospettiva giuridico-formale di Ulpiano, che non reputava sufficiente come *iusta causa traditionis* una coincidenza materiale nelle finalità negoziali, ma richiedeva la presenza di riconosciuti tipi di *causa*<sup>44</sup>.

Senza dubbio la teoria appena esposta ha il suo fascino intellettuale; cionondimeno, pare prestare il fianco a rilevanti obiezioni: innanzitutto il paragone di tipo quantitativo tra *donatio* e *mutuum*, su cui tale teoria si basa, non è altro che una finzione teorico-giuridica.

Con la medesima argomentazione si può accostare anche la *donatio* alla *venditio* e definirla come “vendita ad un prezzo infinitamente piccolo”<sup>45</sup>. In realtà le differenze non si collocano su un piano quantitativo, quanto qualitativo; il mutuo non è un *minus* rispetto alla donazione, ma piuttosto un *aliud*<sup>46</sup>. Pertanto non è possibile il parallelo con Pomp. 31 *ad Q. Muc.* (D. 19.2.52), dove il dissenso si limita essenzialmente ad un aspetto quantitativo, ma vi è accordo fra le parti quanto alla causa, ossia alla *locatio conductio*. In Giuliano è questione invece di due diverse *causae*, che si differenziano in maniera considerevole nelle motivazioni<sup>47</sup>, nei

<sup>42</sup> Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten* cit., 13; similmente anche J.G. Wolf, *Error in römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961, 104 ss., che però ricava soprattutto la replica di Ulpiano *nec mutuum esse*.

<sup>43</sup> Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten* cit., 13 nt. 7.

<sup>44</sup> Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten* cit., 15; O. Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in *ZSS.* 95, 1978, 209 nt. 52.

<sup>45</sup> Hupka, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik* cit., 13 nt. 1.

<sup>46</sup> Di Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten* cit., 16, è l'interpretazione secondo la quale solo Ulpiano lo avrebbe riconosciuto e lo avrebbe rafforzato attraverso *alia (opinione)*. Similmente Härke, *Si error aliquis intervenit* cit., 114 ss., fonda la decisione di Giuliano però non sulla teoria della volontà, ma piuttosto sulla rappresentazione delle parti con riferimento alle sfere di rischio.

<sup>47</sup> Così poco convincentemente si può attribuire al destinatario che vuole realizzare un mutuo la disponibilità a lasciarsi donare la somma, così come poco convincente è il contrario, e cioè voler attribuire al donante la disponibilità a realizzare anche un mutuo. Cfr. al riguardo Betti, *Il dogma bizantino* cit., 316 s.: «Inoltre, chi dona vuole spesso dare alla controparte una dimostrazione di simpatia o di umanità: ora è chiaro che tale scopo verrebbe interamente frustrato se, contro il proposito del tradente, il dono si dovesse convertire in un prestito».

presupposti<sup>48</sup> e negli effetti giuridici, avendo in comune esclusivamente il trasferimento della proprietà<sup>49</sup>. A causa di queste differenze obiettive, qualificare il *mutuum* come *minus* rispetto alla donazione deve escludersi anche là dove si abbandoni il livello della teoria della volontà e si ravvisi fra consenso contrattuale e “contenuto negoziale” una “indivisibile unità”<sup>50</sup>. Se Giuliano ammetteva comunque il perfezionarsi di un mutuo, ciò era, al limite, perché quest’ultimo appariva ai suoi occhi “semplicemente come la migliore soluzione”<sup>51</sup>, ossia senza una motivazione fondata sulla teoria della volontà, bensì sulla base di una decisione equitativa.

Nello stesso tempo mancano convincenti argomentazioni a favore dell’opinione secondo la quale Giuliano avrebbe senz’altro approvato un mutuo. L’elemento centrale per Ulpiano costituisce l’unico punto di riferimento che lascerebbe concludere per una considerazione di Giuliano in favore della *causa*: *Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit*. Di conseguenza, se possiamo dare credito ad Ulpiano, è certo che Giuliano negava che vi fosse una donazione. Da come Ulpiano affronta la questione concernente la causa, diventa poi evidente<sup>52</sup> che l’argomentazione giuliana si muoveva sul terreno della dottrina causale riconosciuta. Su tale sfondo può anche ammettersi che Giuliano si sia posto anche la questione del mutuo<sup>53</sup>. Come l’abbia risolta

<sup>48</sup> Si penserebbe in particolare al divieto di donazione; al riguardo Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., 602 ss. Emergono inoltre delle differenze quando dal lato del destinatario si trova un soggetto con capacità d’agire limitata, poichè solo per la conclusione del contratto di mutuo e non anche per quello di donazione è necessaria l’autorizzazione del tutore; cfr. Gai 2.83; *Inst.* 1.21pr.; van Oven, *Die Antinomie D.41.1.36 – 12.1.18pr.* cit., 448, richiama l’attenzione inoltre sul particolare contenuto del consenso al mutuo (*res quae numero, pondere, mensura constant... in hoc, ut quandoque reddantur*), il quale non era ricchioso in quanto *minus* nel consenso alla donazione.

<sup>49</sup> Schönbauer, *Die causa beim Eigentumserwerbe durch traditio* cit., 140 s.; Benedek, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht* cit., 144.

<sup>50</sup> J.D. Harke, *Römisches Recht*, München 2008, 55; Id., *Si error aliquis intervenit* cit., 114 ss., è tuttavia favorevole all’*argumentum a fortiori* sul *mutuum*: «Was Julian herausdestilliert, ist keine Übereinstimmung im Willen, sondern der gemeinsame Kern der Parteivorstellungen, der für die Annahme eines *consensus* reicht. Dieser gilt für das *mutuum* als *contractus* unmittelbar...» (117). Per la teoria di Harke vd. § IV.1.

<sup>51</sup> Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht* cit., 107; allo stesso modo anche Schönbauer, *Die causa beim Eigentumserwerbe durch traditio* cit., 203.

<sup>52</sup> Ciò che già si è osservato *supra* (§ II), nel commento al primo caso.

<sup>53</sup> È controverso se con le parole *sed an mutua sit, videndum* Ulpiano volesse riprodurre Giuliano o volesse invece risollevarlo da sè la questione del mutuo; cfr. Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht* cit., 105 s. con ulteriori riferimenti. Una comprensione nel senso di *videndum* [*scil. esse*] (= prosecuzione del discorso indiretto) potrebbe essere preferibile rispetto a *videndum* [*scil. est*] (= mutamento nel discorso diretto): una prosecuzione del discorso indiretto, che non perviene ad una pedante ripetizione di *esse*, è più probabile come una trasformazione non riconoscibile.

è materia di speculazione. In senso contrario ad un espresso diniego del mutuo depone la reazione di Ulpiano<sup>54</sup>: infatti il giurista severiano avrebbe in questo caso semplicemente approvato il parere di Giuliano o citato la sua opinione a sostegno della propria. Dato che invece egli risponde con *et puto nec mutuam esse*, ciò può solo significare che o Giuliano ha lasciato irrisolta la questione, o ha espresso parere positivo nel senso del mutuo. Tuttavia, contro un accoglimento del mutuo giocano motivi ancora più influenti che nel senso di un rifiuto dello stesso: innanzitutto sarebbe difficile spiegare perché Ulpiano avrebbe dovuto riferire con un tono così neutro (*sed an mutua sit, videndum*) un'opinione che contrasta in modo così inconsueto con la propria (e probabilmente con quella della maggior parte della giurisprudenza classica)<sup>55</sup>. Perché avrebbe dovuto tacere ai propri lettori la decisione di Giuliano se invece essa era disponibile? Un'eliminazione della stessa ad opera di Triboniano è improbabile: se Giuliano avesse effettivamente accettato che si perfezionasse un mutuo senza consenso sul mutuo, allora i compilatori avrebbero probabilmente inserito il passo, per la sua forza dirimpente, in D. 12.1 (*De rebus creditis*), in cui si trova il frammento di Ulpiano. In ogni caso non avrebbero avuto alcun motivo di eliminare i rilievi pertinenti ed inserire al loro posto argomentazioni diametralmente opposte sul trasferimento di proprietà<sup>56</sup>. Se però si reputa giuliana la spiegazione tradita<sup>57</sup>, essa rappresenta l'argomentazione principale contro la conclusione sulla validità del *mutuum*: Giuliano non avrebbe messo in evidenza l'irrelevanza del *dissensus in causa* nello stesso modo ben due volte<sup>58</sup>, per poi (ciò nonostante) giustificare il trasferimento della proprietà sulla base di un consenso causale minimo. Con l'impiego del *consensus in corpore* per fondare la sua soluzione del caso, egli rende ancor più chiaro che attribuisce importanza decisiva per l'efficacia del trasferimento di proprietà solo a questo ed a nessun altro elemento causale. Ciò

<sup>54</sup> Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten* cit., 13; Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums* cit., 19 s.; M. Kaser, *Das Geld in römischen Sachenrecht*, in *TR.* 29, 1961, 226; Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht* cit., 105 s.; Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 116.

<sup>55</sup> F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin 1840-1849, 161; Hupka, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik* cit., 16: «Die Sätze tragen nicht den leisesten Schein einer Polemik an sich».

<sup>56</sup> Hupka, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik* cit., 17 s.; di opinione differente Lange, *Das kausale Element* cit., 73 s., che spiega il taglio con la circostanza secondo cui Giustiniano sarebbe stato «ein Freund der Schenkung». Ma allora rimarrebbe incompreso per quale motivo l'espressione *sed an mutuam sit, videndum* non sia stata eliminata nel testo di Ulpiano.

<sup>57</sup> Sulla corrispondente controversia vd. più avanti § III.3.

<sup>58</sup> D. 41.1.36 (Iul. 13 dig.): (...) *in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; (...) constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*

non dipendeva dunque affatto, per lui, dalla risposta sulla questione del mutuo; egli poteva senz'altro lasciarla aperta<sup>59</sup> e forse perfino vi era tenuto, per non andare al di là del limite delle sue specifiche riflessioni nel campo dei diritti reali<sup>60</sup>. Sulla base di questo, bisogna allora guardare al vero fulcro della teoria di Eisele: Giuliano si vedeva palesemente ostacolato da precisi motivi ad opporsi all'efficacia della *causa credendi*; tali motivi non calzavano alla *causa donandi*. La riflessione *in maiore minus inest* potrebbe aver avuto qui la sua importanza, dato che l'accettazione della validità di un mutuo avrebbe comportato conseguenze eque, adeguate al caso concreto: in tal modo si soddisfa la volontà di entrambe le parti circa l'efficacia reale del negozio, la volontà obbligatoria dell'accipiente e di fatto – poiché costui non viene obbligato ad esperire la *condictio mutui* – anche la volontà del dante. Un risultato corrispondente si ottiene, tuttavia, anche assumendo che Giuliano avrebbe approvato il trasferimento di proprietà solo a causa del consenso reale e attribuito al venditore – a causa del dissenso sulla causa – la *conditio indebiti*, lasciando a quest'ultimo la scelta se esperirla o meno. Una spiegazione alternativa alla riflessione sul mutuo in Giuliano può essere trovata nel diritto di usucapione, come ci è trasmesso dal suo allievo Africano<sup>61</sup>, Giuliano apparteneva ai fautori dell'usucapione nei casi in cui non sussisteva alcuna *causa*, ma l'assenza della stessa era compensata da una corrispondente *existimatio*<sup>62</sup> del destinatario. Forse analoga riflessione si applicava anche nel caso di specie, in cui il denaro era ricevuto assumendo di realizzare un *mutuum*. Egli doveva però respingere una simile spiegazione del trasferimento di proprietà fondato sull'*existimatio* del solo accipiente, perché la *traditio* come atto traslativo<sup>63</sup> cogente necessita anche della partecipazione dell'alienante.

<sup>59</sup> S.E. Wunner, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, 209 s.

<sup>60</sup> Un contesto di diritto obbligatorio è lontano dalla lettera del passo pervenutoci ed emerge solo attraverso una lettura pregiudizievole. Secondo Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., I, 355, il frammento originalmente si trovava nel contesto dei trasferimenti di proprietà a scopo di *fiducia*. Per creare una connessione con il *mutuum*, si dovrebbe invece, ammettendone una erronea collocazione, spostare il frammento nel X libro dei *Digesta* di Giuliano, ove si tratta della *condictio*. Così Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht* cit., 101 nt. 46.

<sup>61</sup> D. 41.4.11 (Afr. 7 *quaest.*): *Quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.*

<sup>62</sup> Cfr. H. Hausmaninger, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen Römischen Recht*, Wien 1964, 42 ss.

<sup>63</sup> Cfr. al riguardo Harke, *Römisches Recht* cit., 248.

## 2. *Causa donandi* senza donazione? (Schanbacher)

Dal momento che Giuliano – secondo quanto riferitoci da Ulpiano (*Iulianus scribit donationem non esse*) – negava espressamente che potesse sussistere una donazione, appare già di per sé remota la possibilità che si sia fatto ricorso alla *causa donandi* per spiegare il trasferimento della proprietà. È proprio questo tuttavia il percorso seguito da Schanbacher<sup>64</sup>, con la seguente giustificazione: stando a Giuliano l'alienante avrebbe potuto determinare unilateralmente la *iusta causa traditionis*. Per l'efficacia di una *traditio donandi causa* sarebbe stata quindi sufficiente la volontà di donare del dante. Tale *causa donandi* unilaterale sarebbe da tenere separata dal negozio giuridico bilaterale della donazione. Solo quest'ultimo sarebbe nullo secondo Giuliano. Di conseguenza il quesito cruciale quanto all'antinomia non sarebbe “*traditio* causale o astratta?” quanto piuttosto “unilateralità o bilateralità della *causa traditionis*?”.

Pure, mancano indizi testuali nel senso di una separazione logica tra donazione e *causa donandi*. Nel diritto classico la donazione come tipo di negozio giuridico a sé stante era sconosciuta; la promessa di donare aveva efficacia obbligatoria solo se vestiva i panni della *stipulatio*. Di conseguenza, la donazione esisteva solo come *causa donandi*, come giustificazione giuridica per le elargizioni a titolo gratuito<sup>65</sup>. Se l'attribuzione veniva realizzata attraverso una *traditio*<sup>66</sup>, la *causa donandi* la rendeva una “Handschenkung”<sup>67</sup> e giustificava quindi il permanere definitivo dell'oggetto di donazione nel patrimonio del donatario. Si trattava di *causa traditionis* e *causa retinendi*<sup>68</sup> in un unico atto. Suddividere in più segmenti tale atto e riferire il “*donationem non est*” di Giuliano solo alla parte irrilevante ai fini del trasferimento, non renderebbe giustizia al contesto del caso, relativo a questioni di diritto reale. La teoria di Schanbacher si accorda con difficoltà anche alla frase introduttiva di Giuliano (*Cum in corpus – traditio*): essa si può senz'altro accordare con l'irrelevanza del dissenso causale, ma non invece con la citata figura costitutiva del *consensus in corpore quod tradi-*

<sup>64</sup> D. Schanbacher, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch traditio und beim Leistungsversprechen durch stipulatio*, in *TR.* 60, 1992, 15 ss.; simile già S. Perozzi, *La tradizione*, Roma 1886, 31 ss., 69; nonché Id., *Istituzioni di Diritto Romano*, I, Roma 1928, 671 ss.

<sup>65</sup> Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., 602.

<sup>66</sup> Accanto sono pensabili donazioni gratuite come cessione di un credito, accettazione di un'obbligazione altrui, pagamento di un debito altrui, remissione, ecc.

<sup>67</sup> La *traditio donandi causa* è concepibile solo come negozio a prestazioni corrispettive. L'adempimento di una forma di *stipulatio* presentata come promessa di donazione è invece una *traditio solvendi causa*.

<sup>68</sup> La causa rilevante nella *condictio* per legittimare la ritenzione, che va distinta nettamente dalla *causa traditionis*; cfr. C. Sanfilippo, *Condictio indebiti*, Milano 1943, 52 s.; vd. U. von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952,

tur. Perché in questo passo Giuliano non scrive, e corrispondentemente Ulpiano non riferisce, alcunché sulle volontà dell'alienante, se questo rappresentava invece l'elemento decisivo per la soluzione del suo caso? Di sicuro neanche Triboniano avrebbe eliminato un'osservazione di questo tipo<sup>69</sup>.

Non si può dunque supporre, sulla base di questo frammento, che Giuliano si sarebbe accontentato di una *iusta causa traditionis* unilaterale. Neanche negli altri giuristi è possibile scorgere una tale affermazione<sup>70</sup>. D'altra parte il contrario, ossia la necessità di un consenso di entrambe le parti, viene formulato come regola in Giavoleno<sup>71</sup> e non è dato comprendere per quale motivo tale regola avrebbe dovuto essere superata già dalla giurisprudenza altoclassica<sup>72</sup>. Far dipendere il trasferimento della proprietà solo dalla volontà dell'alienante porterebbe, inoltre, all'inaccettabile conseguenza che l'acquirente potrebbe divenire proprietario senza volerlo. La casistica corrispondente viene trattata da Ulpiano immediatamente dopo l'antinomia:

D. 12.1.18.1 (Ulp. 7 disp.)

*Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit.*

Se il tradente vuole realizzare un deposito, mentre l'acquirente vuole prendere a mutuo le monete, il negozio non viene in essere, analogamente al caso in cui il tradente pensi ad un mutuo, mentre l'acquirente ad un comodato. Che in entrambi i casi fallisca anche l'acquisto della proprietà è ribadito anche dalla circostanza per cui la *condictio* viene tutelata solamente *consumptis nummis*. Se dovessimo applicare la teoria di Schanbacher, Giuliano avrebbe dovuto consentire, nel secondo caso qui rappresentato, al trasferimento di proprietà stante la sussistenza di una *causa credendi* unilaterale.

25; Schwarz, *Grundlage der condictio* cit., 212 ss.; nonché Id., *Rezension zu Donatuti. Le causae delle conductiones*, in *IVRA* 3, 1952, 300 s.; E.H. Kaden, *Das Schrifttum der Jahre 1950 – 1953 zur römischen Bereicherungslehre*, in *ZSS.* 71, 1954, 583 ss.

<sup>69</sup> Sul significato di *animus* presso i bizantini, cfr. H. Pringsheim, *Animus in Roman Law*, in *LQR.* 49, 1933, 43 ss.

<sup>70</sup> In tal senso Schanbacher, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung* cit., 6 ss.; ciò si desume anche da Celso, stando alla traduzione e successiva interpretazione di Ulp., 32 *ad Sab.* (D. 24.1.3.12).

<sup>71</sup> D. 44.7.55 (Iav. 12 *epist.*): *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.*

<sup>72</sup> Così Schanbacher, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung* cit., 23.

Ma che Giuliano non avesse affatto un'opinione affermativa, è reso probabile dal silenzio di Ulpiano su una simile controversia, che invece sarebbe stata più sorprendente e quindi più degna di menzione di quella sul dissenso causale in caso di contestuale accordo sull'efficacia reale<sup>73</sup>. Che la controversia sia stata eliminata dai compilatori è poco plausibile, perché altrimenti rimarrebbe oscuro per quale motivo gli stessi ne avrebbero conservato ricordo nel *principium*.

### 3. Il *consensus in corpore* come chiave di volta per comprendere la soluzione di Giuliano

Non essendo reputabili *iusta causa traditionis* né il mutuo né la donazione, il Flume<sup>74</sup> propone un compromesso, per il trasferimento di proprietà ammesso da Giuliano, al fine di salvare comunque l'apparenza della causalità: «Es kann aber auch sehr wohl sein, dass Julian ungeachtet des Nichtzustandekommens von *donatio* und *mutuum* den Eigentumserwerb bejaht hat, weil Tradent und Empfänger jedenfalls übereinstimmend eine – wenn auch unterschiedliche – *iusta causa* für den Eigentumserwerb angenommen haben». Come contro qualsivoglia altra interpretazione causale, così si può addurre anche contro la proposta di Flume che Giuliano fonda la sua decisione sul *consensus in corpore quod traditur* e non su un riferimento causale in qualsiasi modo strutturato. Inoltre, non è direttamente desumibile in che cosa debba consistere secondo Flume l'incontro di volontà delle parti. Con riferimento ad una *causa* concreta non veniva in essere comunque alcun consenso, neanche il cd. consenso minimale. È qui escluso anche un *genus* causale sovraordinato, come ad esempio quello rappresentato da un consenso alla *solutio* riferito meramente alla natura della prestazione come volta all'adempimento. La sovrapposizione delle differenti *causae* sarebbe stata in ogni caso preferibile ad un mero accordo ad efficacia reale, laddove quest'ultimo fosse stato ammissibile in quanto tale. Come lo stesso trasferimento di proprietà, così anche l'accordo reale non è mai fine a sé stesso, ma è sempre un mezzo per il raggiungimento degli scopi economici sottostanti. Chi propone ad un altro il trasferimento di un oggetto senza riferimento alla causa

<sup>73</sup> Una lettura conforme del caso in Ulpiano emerge dalla circostanza secondo la quale egli in *principium* ammette l'*exceptio doli*, che invece qui nega. Se dunque il giurista severiano ammette, in quella sede, che effettivamente il destinatario abbia realizzato un valido acquisto (della proprietà), mentre qui invece afferma la (legittimità della) ripetizione, allora è verosimile che egli abbia attribuito all'accordo reale sussistente un indubbio effetto giustificativo dell'acquisto, che invece qui manca. Ma con ciò egli avrebbe avuto un così grosso motivo per obiettare, che Giuliano avrebbe affermato anche qui l'acquisto della proprietà.

<sup>74</sup> Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 55 s.; cfr. anche Ferrini, *Manuale di Pandette* cit., 308, il quale parla di un «negozio *sui generis*».

– laddove non esterni l'aspettativa di una controprestazione – dal punto di vista economico gli propone una donazione; se formula nel contempo l'aspettativa ad una controprestazione, si determina in base alla controprestazione quale sia il tipo negoziale voluto<sup>75</sup>. La cessione o l'acquisto di un oggetto, senza che ad essi si accompagni il concomitante perseguimento di qualsivoglia scopo, non è pensabile nella pratica. Con ciò, tuttavia, l'esistenza di uno scopo che regga il trasferimento non rappresenta alcun valore aggiunto in riferimento all'*animus domini transferendi*, ma costituisce una mera ovvietà<sup>76</sup>. Se «Tradent und Empfänger» presumono «jedenfalls übereinstimmend eine – wenn auch unterschiedliche – *iusta causa* für den Eigentumserwerb»<sup>77</sup>, non sussiste allora nient'altro che la circostanza naturale, per cui con la cessione o l'acquisto dell'oggetto in proprietà si persegue di volta in volta uno scopo economico. Una particolare fattispecie causale sorgerebbe soltanto in caso di concordanza di entrambi gli scopi, il che non si verifica nel caso di specie. L'intersezione tra una offerta di donazione e un'accettazione di mutuo esiste solo nel consenso riguardo al trasferimento di proprietà<sup>78</sup>; un consenso che non viene chiarito espressamente, ma è invece da ricercare attraverso una più astratta interpretazione<sup>79</sup>. Ma se non resta altro oltre a questo consenso reale, su cui fondare il trasferimento di proprietà, allora è consentito assumere che tale consenso sia determinante anche per la decisione di Giuliano<sup>80</sup>. Tale assunzione – in contrapposizione con tutte le interpretazioni causali – concorda anche con il testo tramandoci del fr. 36, il cui unico indizio positivo per spiegare il trasferimento della proprietà risiede nella prima proposizione: *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus*

<sup>75</sup> H.H. Jakobs, *Gibt es den dinglichen Vertrag?*, in ZSS. 119, 2002, 319 s.

<sup>76</sup> H. Dernburg, *Beitrag zur Lehre von der justa causa bei der Tradition* cit., 1: «Zwar daß ein vernünftiger Grund (*causa*) dem Geber im Geiste vorschwebt, ein Grund, welcher ihn zum Willen, Eigentum zu übertragen, bestimmte, liegt in der Natur des bewußten Handelns. Wer sich selbst nachtheilige, einem Andern vortheilhafte Rechtsakte vornimmt, sei es nun, daß er Rechte aus seinem Vermögen übertrage oder eine Obligation übernehme, muß nach logischer Nothwendigkeit mit jenem Rechtsakt entweder weitere rechtliche Wirkungen für sich beabsichtigen, oder den Gegentheil umsonst bereichern – schenken wollen».

<sup>77</sup> Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 56.

<sup>78</sup> Sul rigetto del mutuo in quanto consenso minimale vd. *supra* § III.1.

<sup>79</sup> Contro l'argomentazione di Flume, cfr. Cannata, *Atto giuridico e rapporto giuridico* cit., 345.

<sup>80</sup> L. Vacca, *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana a proposito del titolo pro suo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli 1984, 1991 ss.; Ead., *Osservazioni in tema di "condictio" e "arricchimento senza causa" nel diritto romano classico*, in V. Mannino (a c. di), *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università degli Studi Roma Tre (Roma, 24 e 25 ottobre 2003)*, Torino 2005, 32 s., considera – non limitandosi solo a Giuliano – nell'accordo reale una *causa traditionis* nel senso di «elemento minimo». La segue Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., 130 s.

[...]. Il consenso rilevante si riferisce dunque alla cosa da trasferire e non ad una fattispecie causale. Il mero consenso con riguardo alla cosa non è tuttavia un consenso al suo trasferimento di proprietà. Ed invero il sostantivo *corpus* non ci viene tramandato solo con il significato di “corpo” e quindi “cosa materiale”, ma anche e più spesso nel senso di un’azione materiale<sup>81</sup>; però tale azione, ossia la *traditio*, viene collegata al *corpus* già con una relativa (*quod traditur*), e così una traduzione conforme non avrebbe alcun senso<sup>82</sup>. Proprio questa proposizione relativa fa capire, dall’altro lato, che il *consensus* non riguarda solo il *corpus*, ma ricomprende invece anche la *traditio*. *Traditio* viene di nuovo utilizzato da Giuliano nella stessa frase, in senso tecnico, per il trasferimento di proprietà<sup>83</sup>, il che rende improbabile che egli con *quod traditur* volesse indicare solo il trasferimento in senso atecnico. Tanto è confermato dal caso pratico descritto in Ulp. 7 *disp.* (D. 12.1.18.1), in cui solo una delle parti aveva in mente una *iusta causa traditionis* e il trasferimento di proprietà poteva quindi essere indiscutibilmente (ciò significa anche per Giuliano) respinto, benché anche qui entrambe le parti fossero d’accordo sull’oggetto. Se quindi Giuliano assume il *consensus in corpore* inteso come accordo reale, quale unico elemento determinante per il trasferimento di proprietà, ciò significa al contempo che egli astrae tale trasferimento da scopi retrostanti. Le *iustae causae traditionis* come intese dalle parti diventano di conseguenza un mero sostegno interpretativo, la cui importanza per il trasferimento di proprietà si esaurisce nel rendere visibile il consenso (altrimenti tacito) all’efficacia reale. Con ciò la spiegazione di Giuliano si avvicina pericolosamente alla concezione di Savigny sul ruolo della *iusta causa traditionis*<sup>84</sup>, risultando anche – poco sorprendentemente – suoi antagonisti Pflüger e

<sup>81</sup> H. Heumann, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1971, 109, citano qui passi specifici sulla presa di possesso, sull’esercizio del possesso medesimo e sulla sua interruzione; cfr. in particolare Paul. 54 *ad ed.* (D. 41.2.1.21): *corpore et tactu necesse adprehendere possessionem*; Paul. 54 *ad ed.* (D. 41.2.3.1): *adipiscimur possessionem corpore et animo*; Pap. 23 *quaest.* (D. 41.2.44.2): *quidem, quod corpore nostro teneremus; possessionem amitti vel animo vel etiam corpore; quod servi vel etiam coloni corpore possidentur*.

<sup>82</sup> Non cioè l’azione materiale della *traditio*, ma il suo oggetto.

<sup>83</sup> *Non animadverto, cur inefficax sit traditio*: il mero trasferimento materiale può non essere *inefficax*; *traditio* significa qui assolutamente atto di trasferimento.

<sup>84</sup> C.F. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin 1853, 258 s.: «Wenn es bei der Tradition üblich wäre, ausdrücklich zu sagen: durch diese Handlung soll Eigenthum übergehen (oder: nicht übergehen), so bedürfte es keiner weiteren Prüfung, der Übergang (oder Nichtübergang) des Eigenthums wäre dadurch allein völlig und sicher entschieden. Aber gerade ein solcher Ausdruck ist bei uns so wenig üblich, als er es bei den Römern war; man könnte sagen, er sey zu abstrakt, zu theoretisch für eine so naturale Handlung, wie die Tradition. Um in zweifelhaften Fällen eine sichere Entscheidung zu finden, bleibt nichts übrig,

Beseler, i quali sospettarono per la prima volta di interpolazione la prima frase del fr. 36 al centro della nostra argomentazione (*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus*)<sup>85</sup>: Il *consensus in corpore* sarebbe «un passatempo dei bizantini». A riprova Beseler cita tutta una serie di passi<sup>86</sup>, in cui «consentire in corpus ed espressioni simili» sarebbero improprie, laddove egli invece in luogo di una spiegazione utilizza per lo più solo parentesi quadre<sup>87</sup>. La presunzione di interpolazione è stata condivisa segnatamente, nei decenni successivi, in particolare da coloro che attribuivano a Giuliano una spiegazione in chiave causale del trasferimento di proprietà<sup>88</sup>.

L'insufficienza della spiegazione interpolazionistica è stata illustrata di recente in dettaglio da Harke, che si basa soprattutto su Ulp. 7 disp. (D. 41.2.34 pr.)<sup>89</sup> e

als auf die umgebenden Umstände, Absichten, Zwecke zu sehen, auf dasjenige Rechtsgeschäft, mit welchem die Tradition in Verbindung steht, wodurch sie herbeigeführt worden ist. Eben dieses nun ist die wahre Bedeutung der *justa causa*, denn hieraus wird sich stets mit Sicherheit erkennen lassen, ob die Absicht auf Übertragung des Eigentums gerichtet war (wie bei Kauf oder Tausch), oder nicht (wie bei der Miete und dem Depositum)».

<sup>85</sup> H.H. Pflüger, *Zwei Digestenstellen*, in *Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann*, München-Leipzig 1923, 46; Beseler, *Miscellanea* cit., 221 ss.

<sup>86</sup> Gai 3.153; D. 18.1.9 (Ulp. 28 ad Sab.); D. 18.1.11 pr. (Ulp. 28 ad Sab.); D. 18.1.15 pr. (Paul. 5 ad Sab.); D. 19.1.21.2 (Paul. 33 ad ed.); D. 20.6.4.1 (Ulp. 73 ad ed.); D. 22.4.3 (Paul. 3 resp.); D. 28.1.21.1 (Ulp. 2 ad Sab.); D. 30.4 pr. (Ulp. 5 ad Sab.); D. 30.120.1 (Ulp. 2 resp.); D. 41.2.34 pr. (Ulp. 7 disp.); D. 44.7.52.3 (Mod. 2 reg.); D. 45.1.22 (Paul. 9 ad Sab.); D. 45.1.35.2 (Paul. 12 ad Sab.); D. 4.8.17.4-6 (Ulp. 13 ad ed.); D. 13.7.1 (Ulp. 40 ad Sab.).

<sup>87</sup> Alla condanna generica del *consensus in corpore* di Beseler si oppone Lange, *Das kausale Element* cit., 71 s., che dimostra come vengano utilizzati i verbi *dissentire/consentire/errare in corpore* nel periodo classico. Poiché manca una prova corrispondente per Giuliano (e Lange non lo ritiene capace di una concezione della *traditio* in chiave causale), egli finisce per ricollegarsi pur tuttavia al sospetto di Beseler.

<sup>88</sup> Monier, *La malentendu sur la causa traditionis* cit., 222 s.; Lange, *Das kausale Element* cit., 72; Ehrhardt, *Iusta causa traditionis* cit., 136; Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe* cit., 18 s.; van Oven, *Die Antinomie D.41.1.36 – 12.1.18pr.* cit., 445; Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht* cit., 109; van Warmelo, *Iusta causa traditionis* cit., 647 ss.; Betti, *Il dogma bizantino* cit., 332, lascia certamente integra la prima proposizione, ma sostituisce *non animadverto cur con quaeri potest an* e perviene così facendo al medesimo risultato. A. Saccoccio, *Si certum petetur*, Milano 2002, 351 ss., è del parere che Giuliano avrebbe scritto originariamente dei presupposti della *condictio* e solo i compilatori avrebbero collocato i passi in un contesto di diritto reale.

<sup>89</sup> Ulp. 7 disp. (D. 12.1.18.1.): *Si me in vacuam possessionem fundi Cornelianis miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.* Cfr. C. Raap, *Der Irrtum beim Erwerb und beim Verlust des Besitzes*, in *ZSS.* 109, 1992, 501 ss.

riconosce in ciò anche una prova del fatto «daß Julian den *consensus in corpore* auch als Erfordernis des Übertragungsaktes selbst begreift»<sup>90</sup>.

Ehrhardt eccepsce, contro un ruolo decisivo dell'accordo a efficacia reale, che «sarebbe inconcepibile che Ulpiano non si fosse occupato di questa teoria»<sup>91</sup>. Per confutare codesta obiezione è sufficiente dare un'occhiata al titolo del Digesto in cui i compilatori classificavano il frammento di Ulpiano: in D. 12.1 (*De rebus creditis si certum petetur et de condicione*) si versa primariamente sulla costituzione di un'obbligazione di mutuo e solo in via secondaria – poichè il *mutuum* presuppone un trasferimento della proprietà<sup>92</sup> – si tratta della questione della proprietà. Non deve perciò stupire neanche che i compilatori non accolgano alcuna specifica asserzione di diritto reale da parte di Ulpiano, per quanto queste siano presenti. È possibile che Ulpiano si sia limitato agli aspetti del caso relativi al diritto delle obbligazioni, il che, fra l'altro, potrebbe fornire una spiegazione del motivo per il quale i compilatori avrebbero trascurato l'antinomia.

#### IV. Sul rapporto intercorrente tra i due casi e sul significato di *causa* in Giuliano

Giuliano, basando in entrambi i casi il trasferimento di proprietà su un *consensus in corpore* quale accordo reale invece che su una *causa*, si pone in netto contrasto con un'influente voce della giurisprudenza classica, che per l'efficacia della *traditio* esige una *iusta causa*<sup>93</sup>. Tale esigenza viene concepita, dall'opinione oggi di gran lunga prevalente<sup>94</sup>, nel senso che la *traditio* dovrebbe essere

<sup>90</sup> Cfr. Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 107 ss., che tuttavia è restato fedele all'ipotesi che Giuliano avrebbe basato il trasferimento di proprietà sulla *causa credendi*.

<sup>91</sup> Ehrhardt, *Iusta causa traditionis* cit., 139.

<sup>92</sup> Per questo motivo venne mantenuto anche il *magisque nummos accipientis non fieri*. Tale motivo è ignorato da Hupka, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik* cit., 19 ss., che considera il passaggio di matrice bizantina.

<sup>93</sup> Cfr. Paul. 31 *ad ed.* (D. 41.1.31 pr.): *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur; Tit. ex corp. Ulp. 19.7: Traditio propria est alienatio rerum nec mancipii. Harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis. Gai 2.20: Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

<sup>94</sup> E.I. Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar 1889, 148 s.; 158 s.; Strohal, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft* cit., 357 s.; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 417; C. Salkowski, *Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des Römischen Privatrechts*, Leipzig 1907, 236; P. De Francisci, *Il trasferimento della proprietà*, Padova 1924, 153 s.; P. Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, II.2, *La proprietà (parte II)*, Roma 1928, 224 s.; E. Betti, *Sul carattere causale della traditio classica*, in *Studi Riccobono*, IV, 1936, 117 s.; M. Talamanca, *Rezension von Johannes Fuchs, Iusta causa traditionis*, in *RISG*. VI, 1953, 442; Id., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 436; Kaser, *Zur "iusta causa traditionis"* cit.,

accompagnata da un'intesa sullo scopo<sup>95</sup>. Tale intesa manca nel secondo caso descritto nel fr. 36: a una *causa donandi* corrisponde una *causa credendi*. Nel primo caso, invece, le parti sono d'accordo quantomeno sullo scopo dell'adempimento, la *causa solvendi*, anche se dissentono sull'obbligazione da adempiere. Di conseguenza, la soluzione del primo caso di Giuliano – almeno nel risultato – doveva essere stata per i colleghi da convincere di gran lunga più accattivante di quella del secondo caso. In questo contesto, tuttavia, non può non apparire singolare che Giuliano introduca il più problematico secondo caso con *nam et si* e metta invece a confronto il primo caso come *argumentum a fortiori*<sup>96</sup>. Come tale, il secondo caso potrebbe valere allora solo laddove lo stesso fosse non solo meno problematico del primo, ma anche laddove la soluzione operata fosse generalmente riconosciuta.

1. Evidenza dell'*argumentum a fortiori* nel secondo caso, ma non anche nel primo (Harke)

a. Presentazione della posizione di Harke

Harke fornisce un'adeguata interpretazione del secondo caso<sup>97</sup>. Per tale autore la conclusione nel senso della realizzazione di un *mutuum* nel caso in esame,

61 s., 87, 93 ss.; Id., *Das Römische Privatrecht* cit., 416; Schwarz, *Die Grundlage der conditio in klassischen römischen Recht* cit., 223; Benedek, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht* cit., 154; J.G. Wolf, *Causa stipulationis*, Köln-Wien 1970, 34; S.A. Cristaldi, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi nell'età imperiale*, Milano 2008, 47 ss. Ogni accordo di scopo viene interpretato come accordo causale reale da G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913, 126 s.; Id., *Miscellanea* cit., 226; Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio* cit., 174 s., 235, 200 ss., 213 ss.; Schulz, *Rezension zu Lange* cit., 546 ss.; Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums* cit., 30; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 333 ss.; Jahr, *Zur iusta causa traditionis* cit., 165 ss.; U. Wesel, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*. 85, 1962, 103 s.; Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 57 f.; Behrends, *Iusta causa traditionis* cit., 37, 54 ss., 73; Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano* cit., 305 ss.; Jakobs, *Gibt es den dinglichen Vertrag?* cit., 269 ss., in particolare 317 ss.

<sup>95</sup> Che la *traditio* dipenda da un'efficace obbligazione preesistente non viene quasi più sostenuto a far data dalla decadenza della teoria del *titulus* e del *modus acquirendi* all'inizio del XIX sec. d.C. Eccezioni: W. Kindel, *Konsensprinzip oder § 1 I. 10 A.L.R.*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 29, 1890, 397 ss.; Schanbacher, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung* cit., 15 ss. B. Kupisch, *Causalità e astrattezza*, in L. Vacca (a c. di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, Milano 1991, 442 s., vede in ciò di certo la soluzione ideale, che però i romani non hanno mai raggiunto a causa delle costrizioni di tipo storico.

<sup>96</sup> Che si tratti di un *argumentum a fortiori*, è reso evidente anche dal fatto che Giuliano ritiene scontata la soluzione del secondo caso (... *constat* ...).

<sup>97</sup> Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 112 ss.

e con essa la giustificazione in chiave causale del trasferimento di proprietà, è evidente. Ciò è in relazione con la sua concezione oggettivistica del *consensus* (*in causa*), che egli non valuta nel senso di una corrispondenza della volontà, ma di una coincidenza nella rappresentazione<sup>98</sup>. Così facendo Harke elude il problema del salto logico (poco probabile) dalla volontà di donare a quella di dare a mutuo e reputa, attraverso un confronto oggettivo delle rappresentazioni delle parti, di poter senza dubbio riconoscere il *mutuum* come *minus* della *donatio*.

Secondo Harke per la *traditio solvendi causa* i giuristi classici esigevano una concordanza delle rappresentazioni delle parti non solo con riferimento al carattere di adempimento rivestito dalla prestazione, ma anche con riguardo al fondamento concreto del sorgere dell'obbligazione<sup>99</sup>. Di conseguenza, esisterebbe anche nel primo caso di Giuliano un dissenso causale, che fondamentalmente impedirebbe l'acquisto della proprietà. Il problema potrebbe tuttavia essere risolto anche accogliendo il sussistere di un consenso minimale; il rapporto tra *maius* e *minus* sarebbe tuttavia qui meno evidente che nel secondo caso. Esso risulterebbe dal fatto che la prestazione errata, fondata su una presunta obbligazione *ex stipulatu* non sussistente, potrebbe essere senz'altro recuperata, mentre l'adempimento di un *legatum per damnationem* inesistente esclude l'esperibilità della *condictio*. L'idea di adempiere ad un *legatum per damnationem* sarebbe un *maius* e ricomprenderebbe dunque l'idea di adempiere ad una *stipulatio*. Se, quindi, nel primo caso di Giuliano l'accipiente accettasse un trattamento meno favorevole, di quello che intendesse riservargli il tradente, si rinverrebbe il consenso minimale – come pure nel caso *donatio-mutuum* – proprio nell'idea di questo trattamento meno favorevole, sul quale si potrebbe basare l'acquisto della proprietà.

Sullo sfondo starebbe il concetto della limitazione delle sfere di rischio: «Derjenige, um dessen Begünstigung es geht, wird nicht besser gestellt, als

<sup>98</sup> Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 117: «Die Entscheidung beruht weder auf dem hypothetischen Parteiwillen noch [...] auf der Reduktion des tatsächlichen Willens der Parteien auf einen gemeinsamen Kern. [...] Was Julian herausdestilliert, ist keine Übereinstimmung im Willen, sondern der gemeinsame Kern der Parteivorstellungen, der für die Annahme eines *consensus* reicht».

<sup>99</sup> Allo stesso modo, sebbene prevalentemente in base alla teoria della volontà: Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums* cit., 13; Voci, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis* cit., 141; Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht* cit., 110 nt. 79; Cannata, *Iul. D. 41,1,36* cit., 74. Di diverso parere: Huschke, *Kritische Versuche über streitige Pandektenstellen und Pandektenmaterien* cit., 328; Rabel, *Grundzüge des Römischen Privatrechts* cit., 441; Schwarz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* cit., 223; Benedek, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht* cit., 156 nt. 112; Siber, *Römisches Recht* cit., 74; Honsell, Mayer-Maly, Selb, *Römisches Recht* cit., 158; Gordon, *New Perspectives in the Roman Law of Property* cit., 127; Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 55.

seine Erwartung reicht»<sup>100</sup>. Interpretare la seconda variante casistica sulla scia dell'*argumentum a fortiori* troverebbe in ogni caso giustificazione con l'evidenza del consenso minimale, data in quella sede e assente invece nel primo caso.

Sulla teoria di Harke, nei suoi aspetti principali, è necessario prendere posizione qui di seguito. A tal fine sarà necessario abbandonare di tanto in tanto i limiti angusti dell'interpretazione in chiave di antinomia.

b. Evidenza dell'argomentazione *a fortiori* nel rapporto *donatio – mutuum* con l'affermazione dell'irrelevanza della volontà delle parti?

Alla domanda se il *mutuum* si possa intendere come *minus* rispetto alla *donatio*, si è già risposto negativamente<sup>101</sup>. Gli argomenti in contrario sviluppati in precedenza conservano valore per lo più indipendentemente dal fatto che il *consensus* si definisca sulla base delle volontà o delle rappresentazioni delle parti. La differente natura giuridica del mutuo e della donazione, che impedisce la mera riduzione quantitativa del secondo nella prima, si rivela in modo del tutto oggettivo nei requisiti di efficacia da prendere di volta in volta in considerazione<sup>102</sup>. In particolare abbiamo dimostrato, sulla base del testo trasmessoci, che Giuliano non basava il trasferimento della proprietà sulla *causa credendi* (quale che ne fosse l'argomentazione). Per lui l'*argumentum a fortiori* in materia di *mutuum* non era palesemente evidente. Con ciò il secondo caso rimane problematico dal punto di vista del principio di causalità, così come la sua interpretazione quale *argumentum a fortiori*.

c. Necessità di un consenso concreto alla *solutio*?

La costruzione di Harke sull'*argumentum a fortiori* nel primo caso di Giuliano si basa in maniera determinante sulla tesi secondo cui il consenso alla *solutio* avrebbe dovuto investire anche la causa dell'obbligazione da adempiere e non soltanto il carattere di adempimento della prestazione.

Harke motiva nel modo seguente: la differenza delle rappresentazioni delle parti «wäre irrelevant, gäbe es nur den völlig verselbständigten Begriff der *causa solutionis*, welcher unterschiedslos für Stipulations- und Legatsverbindlichkeiten gilt. Die Natur des Schuldverhältnisses bleibt trotz Emanzipation des Erfüllungsgrundes wesentlich und die *causa solutionis* darauf bezogen»<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 117.

<sup>101</sup> Vd. sopra § III.1.

<sup>102</sup> Al riguardo vd. sopra nt. 48.

<sup>103</sup> Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 114.

Harke si fonda evidentemente sulla circostanza che *stipulatio* e *legatum per damnationem* siano espressamente menzionati e che il passaggio di proprietà non si basi solo astrattamente su una “*causa solutionis*”. In contrario si può obiettare che la formulazione di esempi è una caratteristica della rappresentazione classica del problema. Proprio reputando che fosse necessario meramente un consenso astratto alla *solutio*, senza che fossero esplicitati gli obiettivi economici, il caso si prospetta come di più elevata complessità e si profila la necessità di chiarirlo alla luce di un esempio concreto. Ammettere la necessità di un consenso alla *solutio* in concreto confligge in particolare con un fattore: ossia con la possibilità della determinazione successiva dello scopo della prestazione in base a criteri oggettivi, che è tramandata in numerosi passi del titolo D. 46.3 (*De solutionibus et liberationibus*)<sup>104</sup>. Si pensi qui ai casi in cui il debitore adempia senza aver raggiunto un chiaro accordo con il creditore su quale debito debba reputarsi estinto. Laddove le parti non si accordassero neanche in seguito su tale punto, esisteva una determinata successione di criteri da seguire per individuare lo specifico debito<sup>105</sup>. Sul trasferimento di proprietà non vi è nei frammenti in esame nemmeno una parola; si tratta esclusivamente della questione di diritto obbligatorio della definizione *ex post* dell’effetto estintivo. Ciò presuppone che il *debitum* oggetto di adempimento sia già stato trasferito nel patrimonio del creditore. Ma se questo poteva accadere senza l’accordo sull’obbligazione da adempiere in concreto, allora evidentemente bastava il consenso riguardo la finalità dell’adempimento (rivolto al trasferimento della proprietà) di una qualsiasi obbligazione volta al trasferimento della proprietà. Non è da escludere la presenza di un’opinione minoritaria che, rispetto a quanto detto, esigeva un consenso alla *solutio* in concreto; ma Giuliano non era di questo parere. Dalla sua spiegazione sul trasferimento di proprietà era piuttosto evidente che un consenso causale non avesse a parer suo alcuna rilevanza, e quindi neanche il consenso astratto alla *solutio* richiesto dall’opinione dominante. Poiché un tale consenso sussiste nel primo caso del fr. 36, la soluzione di Giuliano poteva – almeno nel risultato – aver trovato consenso in ampi settori della giurisprudenza classica e quasi sicuramente senza il ricorso all’ipotesi del consenso minimale.

<sup>104</sup> Cfr. i frammenti 1-5 pr.; 6-8; 24; 97; 102.2-3; 103.

<sup>105</sup> Cfr. a riguardo in particolare D. 46.3.97 (Pap. 2 def.): *Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa eius pecuniae, quae sub infamia debetur: mox eius, quae poenam continet: tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habebitur propria quam aliena causa, veluti fideiussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse. Si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur. Si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilo minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum vel pro parte minuendo videbitur datum.*

d. Esclusione della ripetizione<sup>106</sup> nella prestazione basata su un *legatum per damnationem*<sup>107</sup>?

La validità della suddetta esclusione della ripetizione, su cui Harke basa il rapporto tra *maius* e *minus* nel primo caso, non è d'altronde altro che una tesi, che come tale necessita di prova. Da *Inst.* 3.27.7<sup>108</sup> non si può desumere una regola corrispondente per il diritto classico: Giustiniano riferisce qui unicamente che i *veteres*, ossia i giuristi del periodo preclassico, erano favorevoli ad un'esclusione della ripetizione limitatamente ai casi di litiscrescenza. Probabilmente si presupponeva in tali ipotesi un adempimento mediante *solutio per aes et libram*, che non era disponibile, in quanto antico negozio di *ius civile*, per la liberazione del debitore<sup>109</sup>. Per il diritto classico esiste una unica attestazione testuale esplicita in Gai 2.283<sup>110</sup>. A fronte di ciò, vi sono una serie di passi in cui viene ammessa la ripetibilità<sup>111</sup>. È da riconoscere il peculiare riferimento di alcuni dei frammenti in esame<sup>112</sup> ai rescritti degli imperatori Adriano ed Antonino Pio, che ammettevano, in determinati casi, la ripetibilità di quanto prestato a seguito di un *legatum per damnationem*. *E contrario* si evince quindi una generale validità dell'esclusione della ripetizione fino alla metà del II sec. d. C. I rescritti stessi dimostrano, però, che la fondatezza di tale regola venne posta in dubbio al più tardi<sup>113</sup> dalla giurisprudenza alto-classica ed è ben pensabile che negli anni

<sup>106</sup> Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 114, parla di una «Kondiktionsausschluß». Entrambi i passi su cui egli si basa (*Inst.* 3.27.7 e Gai 2.283), parlano tuttavia solo di *repetere*, per questo motivo anche successivamente viene impiegata la nozione generale di esclusione della ripetizione.

<sup>107</sup> Su tale questione cfr. F. Schwarz, *Die Funktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich oder teilweise nicht geschuldeter Fideikomnisse*, in *ZSS.* 68, 1951, 268 ss. con ulteriori riferimenti.

<sup>108</sup> *Inst.* 3.27.7: *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. namque definiverunt veteres, ex quibus causis infitendo lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata.*

<sup>109</sup> Wolf, *Causa stipulationis* cit., 179 s.

<sup>110</sup> Gai 2.283: *Item quod quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit, repetere potest; at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.*

<sup>111</sup> D. 12.6.2.1 (Ulp. 16 *ad Sab.*); D. 12.6.3 (Pap. 28 *quaest.*); D. 12.6.4 (Paul. 3 *ad Sab.*); D. 12.6.38.3 (Afr. 9 *quaest.*); C. 4.5.7. (Diocl./Max.). Collegata alla condizione testamentaria: D. 12.4.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 12.4.2 (Herm. 2 *iur. epit.*); D. 12.6.65.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*).

<sup>112</sup> D. 12.6.2.1 (Ulp. 16 *ad Sab.*); D. 12.6.3 (Pap. 28 *quaest.*); D. 12.6.4 (Paul. 3 *ad Sab.*).

<sup>113</sup> Già per Giavoleno Prisco era assai probabile che fosse negata l'esclusione dell'esperibilità della *condictio*: in D. 12.6.46 (Iav. 2 *ex Plaut.*) la *condictio* non viene meno a causa di un legato, ma perché la legittimazione attiva è viziata. Senza tale vizio la *condictio* sarebbe stata assolutamente possibile. Che nella seconda variante del caso si parli invece di *vindicatio*, risulta dalla mancanza di autorizzazione da parte di colui che deve eseguire la prestazione.

seguenti si sia accesa una disputa sulla sua applicabilità. I più insigni giuristi del periodo tardo-classico<sup>114</sup> si schierarono in senso contrario e sulla loro scia Diocleziano e Massimiano statuirono *Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse explorati iuris est*<sup>115</sup>. Di notevole interesse per la presente indagine è quindi il quesito circa la posizione di Giuliano nella disputa in esame. Giuliano fu attivo nel periodo di Adriano ed Antonino Pio, i cui rescritti ebbero di conseguenza per lui un peso particolare<sup>116</sup>. Una decisione di Giuliano sulla questione ci viene riferita dal suo allievo Africano:

D. 12.6.38.3 (Afr. 9 *quaest.*)

*Legati satis accepi et cum fideiussor mihi solvisset, apparuit indebitum fuisse legatum: posse eum repetere existimavit.*

Il caso ha come punto di partenza un'obbligazione da legato garantita da una fideiussione. Una volta che l'erede non avesse potuto evidentemente far fronte al debito, ci si sarebbe potuti rivolgere al fideiussore. Costui adempiva *solvendi causa* al legatario, sia allo scopo di adempiere all'obbligazione fideiussoria sia anche all'obbligazione principale, con essa accessoriamente collegata, derivante dal *legatum per damnationem*<sup>117</sup>. Con *fideiussio* e *legatum per damnationem* la prestazione aveva due diversi fondamenti giuridici, il cui contenuto comune consisteva essenzialmente nel diritto del legatario di trattenere quanto era stato prestato. L'infondatezza giuridica dell'obbligazione di garanzia deriva nel caso in esame da un vizio nel *legatum per damnationem*.

La regola tramandataci da Gaio<sup>118</sup> non riguarda questo caso direttamente, dato che la *solutio* si verificava solo mediatamente attraverso una fideiussione *ex causa falsa per damnationem legati*. Nel caso in questione la ripetibilità si basa, però, proprio sulla nullità del *legatum per damnationem* ed è quanto meno probabile che Gaio intendesse inclusi anche tali casi nella propria regola – ossia ne reputasse esclusa la ripetibilità.

In ogni caso Giuliano concedeva comunque al fideiussore la *repetitio*. In questo contesto è improbabile che per la sua soluzione del primo caso, tramandato in D. 41.1.36 (Ulp. 7 *dig.*), egli si sia basato proprio sull'antica regola dell'esclusione della ripetizione.

<sup>114</sup> Vd. nt. 111 *retro*.

<sup>115</sup> C. 4.5.7. Giustiniano (*Inst.* 3.27.7) doveva dunque attingere ai *veteres* per il recupero della regola da applicare ai legati in favore della Chiesa.

<sup>116</sup> W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967<sup>2</sup>, 157 ss. A tanto si aggiunga che Giuliano era un allievo di Giavoleno (cfr. D. 40.2.5 [Iul. 42 *dig.*]), il quale rifiutava l'esclusione dell'esperibilità della *condictio*; al riguardo vd. *supra* nt. 113.

<sup>117</sup> Cfr. Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., 663 ss.

<sup>118</sup> Vd. nt. 110 *retro*.

e. Adempimento di una *stipulatio* come *minus* rispetto all'adempimento del legato?

Tuttavia, anche nel caso in cui ammettessimo il riconoscimento, da parte di Giuliano, dell'esclusione della ripetizione, non è con ciò provato che egli ammettesse l'*argumentum a fortiori* considerando un *minus* l'adempimento della *stipulatio*. Harke lo motiva con un «gemeinsamen Kern der Parteivorstellungen»<sup>119</sup>: «Die Parteiansichten über die *causa solutionis* sind insoweit deckungsgleich, als die Rechtswirkungen der vom Empfänger angenommenen *causa* hinter denen zurückbleiben, die von der *causa* ausgehen, welche der Leistende unterstellt. Diese enthält die vom Empfänger vorgestellte *causa* als *minus*»<sup>120</sup>. Lasciando da parte tutte le differenze qualitative, ciò può valere per la corrispondenza fra l'intenzione di donare e quella di contrarre un mutuo: il mutuatario sa che deve restituire la somma di denaro ricevuta; a riguardo la sua rappresentazione è «un po' meno» rispetto a quella del donatore, che vuole lasciare definitivamente il denaro all'accipiente. Ma questo non accade affatto nel caso dell'intenzione (parallela) di adempiere ad una *stipulatio* o ad un *legatum*. L'esclusione della ripetizione in caso di adempimento di un *legatum* si distingue dall'adempimento di una *stipulatio* solo se l'obbligazione relativa non sussiste. Nella rappresentazione delle parti l'adempimento della *stipulatio* sarebbe un *minus* rispetto all'adempimento del *legatum*, solo nel caso in cui al momento della prestazione si contasse sulla nullità dell'obbligazione<sup>121</sup>. Un tale comportamento soggettivo è tuttavia inconciliabile con la necessità dell'*animus solvendi* in capo ad entrambe le parti: se colui che effettua la prestazione è al corrente dell'inesistenza dell'obbligazione, non realizza la prestazione *solvendi*, ma piuttosto *donandi causa*<sup>122</sup>. Se anche il ricevente ne è a conoscenza, commette *furtum* e non può acquistare la proprietà dell'oggetto<sup>123</sup>. La buona fede sull'esistenza dell'obbligazione è perciò presupposto essenziale della *traditio solvendi causa*. Fattori che si basano sull'inesistenza dell'obbligazione non giocano dunque alcun ruolo

<sup>119</sup> Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 117.

<sup>120</sup> Harke, *Si error aliquis intervenit* cit., 114.

<sup>121</sup> Da qui provengono le «subjektiven Theorien» sul fondamento della *condictio*: esse basano sulla *condictio indebiti* un tacito accordo di restituzione o quanto meno una riserva tacita di restituzione da parte di colui che esegue la prestazione: Ehrhardt, *Iusta causa traditionis* cit., 37 ss.; G. Donatuti, *Le causae delle condictiones*, in *Studi Parmensi*, I, Parma 1950, 53 s., 96, 103 s.; J. van Oven, *La «forêt sauvage» de la condictio classique*, in *TR*, 22, 1954, 283 ss.

<sup>122</sup> D. 12.6.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 12.6.37 (Iul. 3 *ad Urs.*); D. 12.6.50 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*); D. 12.6.54 (Pap. 2 *quaest.*); D. 18.1.16 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*); D. 38.1.47 (Val. 6 *fideicom.*); D. 39.5.19.4 (Ulp. 76 *ad ed.*); D. 41.3.48 (Paul. 2 *man.*); D. 41.4.2 pr. (Paul. 52 *ad ed.*); D. 41.4.7.2 (Iul. 44 *dig.*); D. 46.2.12 (Paul. 31 *ad ed.*); D. 46.3.38.3 (Afr. 7 *quaest.*); D. 50.17.53 (Paul. 42 *ad ed.*); C. 4.5.11.

<sup>123</sup> D. 5.3.13.1 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*).

nelle rappresentazioni delle parti. Finanche l'adempimento della *stipulatio* non rappresenterebbe quindi un *minus* rispetto all'adempimento del *legatum*, se si ammettesse per quest'ultimo un'esclusione della ripetizione.

#### f. Conclusioni sulla teoria di Harke

In conclusione, la figura del consenso minimale non è in grado di spiegare il trasferimento di proprietà né nel secondo né nel primo caso di Giuliano. Ciò vale, allora, anche là dove, con Harke, non si consideri determinante la volontà, ma la rappresentazione delle parti per la ricerca di questo *consensus*. Con ciò il secondo caso continua ad essere problematico dal punto di vista del principio causale. Invece le parti, nel primo caso, si erano accordate almeno sullo scopo della prestazione, ovvero l'"adempimento", che per i (maggiori) giuristi classici era sufficiente per sostenere il trasferimento della proprietà. Irrisolto resta invece ora come allora la questione di come Giuliano in questo contesto potesse concepire il secondo caso come *argumentum a fortiori* in riferimento al primo.

#### 2. Eccezione al principio della causalità in caso del trasferimento monetario? (Ehrhardt/Fuchs/Kaser)

La necessaria risoluzione della problematica del secondo caso porterebbe inoltre alla spiegazione dell'*argumentum a fortiori* attraverso la prova che il trasferimento monetario potrebbe avere luogo anche senza *iusta causa traditionis*, ossia sarebbe stato esso stesso «als Geldzahlung *iusta causa traditionis*»<sup>124</sup>. La soluzione del caso *donatio-mutuuum* da parte di Giuliano sarebbe stata cioè in sintonia con la dogmatica classica. Ulpiano si sarebbe invece posto, con la sua rivendicazione della costruzione causale anche nel caso del trasferimento di proprietà, contro tale diffusa dottrina. Kaser vede confermato tale assunto attraverso la «sehr zaghafte» formulazione di Ulpiano<sup>125</sup> (*et puto; magisque*).

Essendo limitata alle prestazioni in denaro, l'antinomia non si applicherebbe dunque al trasferimento di altre cose<sup>126</sup>. A sostegno della tesi del trasferimento monetario astratto, Kaser si fonda in particolare sul bisogno di sicurezza circa il trasferimento di denaro, nel diritto evoluto dei traffici<sup>127</sup>. Fuchs aggiunge a codesta argomentazione di politica del diritto un'argomentazione teorico-giuridica: la facile "consumabilità" del denaro avrebbe condotto ad un generale riconoscimento del trasferimento di proprietà<sup>128</sup>. Contro entrambe le argomentazioni si pone la

<sup>124</sup> Fuchs, *Iusta causa traditionis* cit., 167.

<sup>125</sup> Kaser, *Das Geld im römischen Sachenrecht* cit., 227.

<sup>126</sup> K. Ehrhardt, s.v. *traditio*, in *PWRE.*, Supplementhand VI, Stuttgart 1937, 1880 ss.

<sup>127</sup> Kaser, *Das Geld im römischen Sachenrecht* cit., 228.

<sup>128</sup> Fuchs, *Iusta causa traditionis* cit., 167.

circostanza che nella loro ampiezza esse non distinguono in base ai motivi di nullità ed in particolare non distinguono tra una carenza nella *causa* da una parte ed una legittimazione a disporre dall'altra. Kaser prosegue coerentemente questa generalizzazione – non tenendo conto delle fonti – reputando non applicabile il principio *nemo-plus-iuris* ai pagamenti (eseguiti in buona fede)<sup>129</sup>. Fuchs non si rifà a questa generalizzazione quando applica il criterio della consumabilità solo nel caso di assenza di *causa*, ma non anche in quello di carenza di legittimazione, sebbene tale criterio sia applicabile nella stessa misura in entrambi i casi<sup>130</sup>. Ma proprio questo rende improbabile che i romani abbiano fondato il trasferimento della proprietà, nella *solutio indebitae pecuniae*, sulla consumabilità del denaro; meraviglia quindi poco che questa nozione non si trovi in alcun luogo nelle fonti<sup>131</sup>. È vero che i passi menzionati da Kaser dimostrano che per il trasferimento monetario non era necessario alcun efficace *negotium* causale; essi tuttavia non depongono affatto contro la necessità di un accordo causale (che definisca la *traditio* come atto di trasferimento della proprietà): nei casi traditi circa l'efficacia del pagamento del prezzo nonostante l'invalidità della compravendita, l'invalidità dell'acquisto dipende sempre da un elemento diverso dal *consensus*<sup>132</sup>. Il pagamento della somma ad un minore d'età viene espressamente ammesso da Gaio (2.83), *quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutore auctore concessum est*. Tale motivazione vale altresì per l'accordo causale immanente al pagamento. Eventuali effetti sfavorevoli di diritto obbligatorio (in particolare gli obblighi di rimborso) vengono chiaramente distinti da Gai 2.84<sup>133</sup> dalle questioni di diritto reale sul trasferimento della proprietà. Essendo, dunque, i fenomeni citati da Kaser senza dubbio compatibili con l'esigenza di un accordo causale, così come, sostanzialmente, di una *causa traditionis*, diventa oltretutto evidente in altri passi che una tale *causa*, proprio per il trasferimento monetario, non potrebbe essere in alcun modo trascurabile.

<sup>129</sup> Kaser, *Das Geld im römischen Sachenrecht* cit., 193 ss.

<sup>130</sup> Wesel, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs* cit., 102, contrappone, quindi, a Fuchs alcuni passi sulla *vindicatio nummorum* (D. 12.6.26.9, Ulp. 43 *ad Sab.*; D. 14.6.3.2, Ulp. 29 *ad ed.*; D. 15.1.52, Paul. 4 *quaest.*), in cui, secondo l'applicazione conseguente della tesi della consumabilità, sarebbe dovuta essere trasferita ugualmente. Contro Fuchs cfr. anche Huber, *Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip* cit., 479 nt. 44.

<sup>131</sup> Talamanca, *Rezension von J. Fuchs, Iusta causa traditionis* cit., 443 ss.

<sup>132</sup> D. 18.1.23 (Paul. 5 *ad Sab.*); D. 18.1.22 (Ulp. 28 *ad Sab.*) (vendita di una *res sacra/religiosa/publica*); D. 18.1.41.1 (Iul. 3 *ad Urs.*); Paul. D. 18.1.57 pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*) (impossibilità iniziale oggettiva); D. 18.1.16 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*) (*suave rei emptio*).

<sup>133</sup> Gai 2.84: *Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, fecit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est: sed tamen si ex ea pecunia locupletior sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest.*

Ciò può osservarsi ad esempio in riguardo all'effetto reale del divieto di donazione per i coniugi<sup>134</sup>: la *traditio* è nulla in questo caso a causa di un'inammissibile accordo causale; il trasferimento di proprietà per altre cause, ad esempio a titolo di compravendita<sup>135</sup>, è consentito. Se la *traditio* non fosse astratta solo esteriormente, ma anche immanentemente, non fallirebbe a causa della determinazione causale illecita. Il particolare trattamento giuridico del denaro scaturiva eventualmente da motivi di fatto, ma non normativi. Così, l'indubbia accresciuta consumabilità del denaro condurrebbe al fatto che l'originario acquisto del denaro si realizzava regolarmente attraverso *consumptio* e non – come per gli altri beni – attraverso l'*usucapio*. Titolo del possesso e dell'usucapione avevano quindi nel caso del denaro un'importanza assolutamente relativa<sup>136</sup>. Che a causa della più elevata consumabilità del denaro valesse una norma speciale per disciplinarne il trasferimento, non è però ipotesi contemplata nelle fonti<sup>137</sup>. La collocazione della *pecunia* nella categoria delle *res nec Mancipi* in Gaio<sup>138</sup> dimostra comunque espressamente il collegamento del trasferimento di denaro con il sistema romano dei diritti reali. Poiché, dunque, anche per il trasferimento del denaro sussisteva essenzialmente il requisito di un accordo causale, la decisione di Giuliano nel secondo caso del fr. 36 diventa più comprensibile.

### 3. Tesi personale: Forma di rappresentazione del caso come espressione della retorica giuridica

A causa del fallimento di tutti i tentativi di spiegare il secondo caso tradito nel fr. 36 come il meno problematico, permane il quesito su come mai quest'ultimo sia nonostante tutto ricondotto al primo nel quadro dell'*argumentum a fortiori*. È possibile naturalmente che vi sia stata una scelta intenzionale in tal senso da parte dei compilatori. Ma è improbabile che costoro ritenessero non problematico il secondo caso, dopo che pochi passi prima in Paul. 31 *ad ed.* (D. 41.1.31 pr.) avevano recepito in modo lampante una asserzione del principio di causalità. Ma anche laddove si volesse contestare l'attribuzione a Giuliano della struttura del frammento come attualmente leggibile, dobbiamo ricordare che il

<sup>134</sup> Cfr. in particolare D. 24.1.3.10 (Ulp. 32 *ad Sab.*)

<sup>135</sup> D. 24.1.5.5 (Ulp. 32 *ad Sab.*): l'efficacia era controversa solo con riferimento al prezzo di vendita concordato.

<sup>136</sup> Ma cfr. D. 35.1.110 (Pomp. 9 *epist.*): *Etiam si invitis heredibus ex peculio statuliber pecuniam Titio det, liber quidem fit: sed Titius, qui invitis heredibus sciens accepit, pro possessore videtur eam pecuniam possidere, ut avocare eam hi, qui inviti fuerunt, possint.*

<sup>137</sup> Diversamente Fuchs, *Iusta causa traditionis* cit., 167.

<sup>138</sup> Gai 2.81: *Ideo que si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dedit, quia facit eam accipientis, cum scilicet pecunia res nec Mancipi sit, contrahit obligationem.*

giurista era assolutamente consapevole della dogmatica relativa al trasferimento della sua epoca e pure giustificava entrambe le soluzioni, nelle due varianti casistiche, sulla base dell'accordo ad efficacia reale. Ma proprio in questa discrepanza tra la soluzione del caso di Giuliano e la dogmatica tradizionale vi è forse l'appiglio per una soluzione.

a. Sul contesto di entrambe le decisioni nella dogmatica classica

Nel linguaggio giuridico romano esiste a malapena una nozione con una tale varietà di significati, come quella di *causa*<sup>139</sup>. In connessione con la *traditio*, *causa* ha in particolare<sup>140</sup> due significati: da un lato con *causa* si indica la giustificazione economica del trasferimento patrimoniale, che si manifesta perlopiù<sup>141</sup> in un rapporto giuridico<sup>142</sup>. Dall'altro lato con *causa* viene esternato lo scopo concordato con la *traditio* e quest'ultimo viene definito come atto di trasferimento<sup>143</sup>. Tale distinzione tra rapporto giuridico 'di giustificazione' e accordo causale 'di

<sup>139</sup> Esauriente a tal proposito V. Georgescu, *Le mot «causa» dans le latin juridique*, in *Études de philologie juridique et de droit romain*, I, Paris 1940, 127 ss.; in Heumann, Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* cit., 59 ss., sono sviluppati i seguenti significati: Grund, Ursache, Motiv, Rechtsgrund, Zweck, Angelegenheit, Geschäft, Zustand, Lage, tutta la configurazione giuristica di un oggetto giuridico, con gli annessi oneri e vantaggi, Wesen, Inhalt, Bedeutung, Begriff, Fall, Art, Unterart, Punkt, Bestimmung. In considerazione di ciò, scrive Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums* cit., 112: «Causa ist ein Wort, das alles und jedes bedeuten kann, was man nicht näher bezeichnen kann oder will».

<sup>140</sup> Inoltre la *causa* indica di volta in volta il mero motivo, che ha portato le parti all'accettazione del negozio giuridico esistente fondato sulla *traditio*: Inst. 2.20.31; D. 19.2.25.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 35.1.12 (Ulp. 24 *ad Sab.*); D. 35.1.17.2 (Gai. 2 *de test. ad ed.*); D. 35.1.72.6 (Pap. 18 *quæst.*); cfr. per questo utilizzo di *causa*: Ph. Huschke, *Kritische Versuche über streitige Pandektenstellen und Pandektenmaterien*, in AcP. n.F. 12, 1879, 324 s.; Georgescu, *Le mot «causa» dans le latin juridique* cit., 144 ss.; Benedek, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht* cit., 156 ss.

<sup>141</sup> Nella *datio ob rem* la causa di giustificazione economica consiste nella realizzazione dello scopo voluto. Ma in fin dei conti questa è la formulazione astratta valida per tutte le cause di giustificazione: nella *dotis datio ante nuptias* si realizza lo scopo della cessione solo qualora si contragga matrimonio; nella *traditio solvendi causa* la realizzazione dello scopo di adempiere dipende dall'esistenza dell'obbligazione; ugualmente ci si comporta in tutte le *traditiones*, in cui deve essere eseguito un rapporto giuridico causale: lo scopo non può essere raggiunto se il rapporto giuridico non è valido.

<sup>142</sup> D. 12.4.10 (Iav. 1 *ex Plaut.*); D. 12.6.52 (Pomp. 27 *ad Q. Muc.*); D. 25.2.25 (Marc. 3 *reg.*); D. 41.10.3 (Pomp. 22 *ad Sab.*); così come tutte le applicazioni di *causa* nel titolo di D. 12.7 (*De conditione sine causa*).

<sup>143</sup> Così ovunque, quando *causa* segue ad un genitivo; cfr. solo per *solvendi causa*: D. 12.1.19.1, Iul. 18 *dig.* (*solvendi causa dederit*); D. 41.3.33.3, Iul. 44 *dig.* (*cedendo mihi possessione, si solvendi causa id fecerit*); D. 13.6.13.2, Pomp. 11 *ad Sab.* (*veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur*); D. 16.1.5, Gai. 9 *ad ed. prov.* (*pecuniam solvendi causa numeret*); Gai. 3.174 (*veluti solvendi causa*); D. 6.2.4, Paul. 19 *ad ed.* (*vel solvendi causa*).

definizione' diventa chiaramente visibile solo se i due cadono in tempi diversi, come nel caso della *traditio solvendi causa*<sup>144</sup> o della *dotis datio ante nuptias*<sup>145</sup>. Entrambi gli atti di trasferimento esistono indipendentemente dall'efficacia e quindi dal perfezionamento del rapporto giuridico cui si collegano (*obligatio, nuptiae*)<sup>146</sup>. In caso di invalidità di quest'ultimo, tuttavia, l'ulteriore permanenza di quanto prestato nel patrimonio del destinatario è reputata ingiustificata e si apre la strada alla *condictio* per la ripetizione.

La *condictio* classica ha però essenzialmente<sup>147</sup> una *datio*, ossia un *accipientis facere*, come requisito<sup>148</sup>. L'efficacia dell'atto di trasferimento si verifica pertanto indipendentemente dalla giustificazione economica dello stesso<sup>149</sup>. Si

<sup>144</sup> Qui la causa di giurificazione consiste nell'obbligazione di eseguire, la causa di definizione invece nel consenso alla *solutio* al momento della *traditio*.

<sup>145</sup> Qui la causa di giustificazione consiste nel matrimonio, la causa di definizione invece nell'accordo sulla dote al momento della *traditio*.

<sup>146</sup> Cfr. per la *traditio solvendi causa* l'intero titolo di D. 12.6 (*De conditione indebiti*) e per la *dotis datio ante nuptias*. D. 12.4.6 (Ulp. 3 *disp.*); D. 12.4.7 (Iul. 16 *dig.*); D. 12.4.8 (Ner. 2 *membr.*); D. 12.4.9 pr. (Paul. 17 *ad Plaut.*); D. 46.3.34.6 (Iul. 54 *dig.*).

<sup>147</sup> Sono state talvolta consentite eccezioni a questo principio, laddove la sua rigida osservanza avrebbe portato ad un insormontabile conflitto con i principi fondanti il diritto della *condictio* (*naturalis aequitas, bonum et aequum, ius naturale, bona fides*): cfr. in particolare D. 12.1.23 (Afric. 2 *quaest.*) e D. 12.1.32 (Cels. 5 *dig.*).

<sup>148</sup> Cic. *Rosc.* 4.13, 5.14; Gai 3.91; Gai 4.4-5; D. 12.6.33 (Iul. 39 *dig.*); D. 12.6.49 (Mod. 3 *reg.*). Il requisito della *datio* è sostenuto quindi dalla stragrande maggioranza della letteratura: von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* cit., 515; I. Koschimbahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, I, Weimar 1903, 38; P. De Francisci, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Padova 1916, 386 s.; U. Brasiello, *Obligatio re contracta*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano 1930, 580; Ehrhardt, *Iusta causa traditionis* cit., 37; Sanfilippo, *Condictio indebiti* cit., 54; Donatuti, *Le causae delle conductiones* cit., 45 ss.; Schwarz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* cit., 2, 191; H. Niederländer, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, Weimar 1953, 16; Fuchs, *Iusta causa traditionis* cit., 165; A. Simonius, *Zur Frage einer einheitlichen causa conductionis*, in *Festschrift Hans Lewald*, Basel 1953, 165; Voci, *Rezenion zu Donatuti* cit., 415; van Oven, *La «forêt sauvage» de la condictio classique* cit., 278; Wacke, *Die Zahlung mit fremdem Geld* cit., 60 s.; M. Sargenti, s.v. *pagamento*, in *ED.*, XXXI, Milano 1981, 536 ss.; Honsell, Mayer-Maly, Selb, *Römisches Rech* cit., 352; B. Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung. Geschichtliche Entwicklungen*, Heidelberg 1987, 27. Di diverso parere: S. Heine, *Condictio sine datione*, Berlin 2006, 13 ss.; Vacca, *Osservazioni in tema di 'condictio' e 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico* cit., 10 ss. Ad epoche differenti pensa Saccoccio, *Si certum petetur* cit., 98 ss.

<sup>149</sup> Lo stesso accade evidentemente in caso di trasferimento della proprietà a causa di un danneggiamento, anche se in questo caso difficilmente si può parlare di giustificazione "economica": D. 6.2.5 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Vel ex causa noxae deditiois, sive vera causa sit sive falsa*. Nella prima proposizione *causa* indica lo scopo, che definisce più da vicino *traditio* come *noxae deditio*. Nella

osserva lo stesso, anche se in modo meno evidente, nei negozi a contanti, la cui invalidità derivi da un motivo diverso dal *consensus*<sup>150</sup>. Se la *traditio* quindi da un lato è indipendente dal rapporto giuridico che ne è alla base, ma d'altro canto deve essere eseguita *ex iusta causa*<sup>151</sup>, allora l'elemento causale, essenziale per il trasferimento, può sussistere solo nell'accordo causale che accompagna la *traditio*<sup>152</sup>. Le parti si devono perciò accordare unicamente sulla *causa solvendi, donandi, credendi, vendendi etc.* per realizzare la *traditio*. Senza l'accordo causale in esame, vi sarebbe una *nuda traditio*, della quale non si intenderebbe se volta a trasferire la *detentio*, il *possessio* o il *dominium*. È solo l'accordo causale a rendere la *traditio* un atto di trasferimento della proprietà. Con il consenso astratto alla *solutio*<sup>153</sup> sussiste nel primo caso di Giuliano un tale accordo causale, anche se le parti dissentono quanto all'obbligazione contratta (irrilevante per il trasferimento della proprietà). Nel secondo caso, invece, non sussiste il consenso già in riferimento alla causa della prestazione: pertanto non è questione di una *solutio*.

In tale chiave si comprende anche il rifiuto del trasferimento di proprietà di Ulpiano, alla luce della dogmatica classica. Se in luogo di un accordo causale quale requisito formale preferiamo partire da un'analisi della funzione di esso, si vede come la decisione di Giuliano, nel quadro generale del diritto patrimoniale classico, testimoni ampia coerenza e chiarezza. Come illustrato prima, la funzione dell'accordo causale non è di giustificare la *traditio* (altrimenti dovrebbe perfezionarsi, nei fatti, una *donatio* o un *mutuum*), ma di definirla come atto di trasferimento della proprietà. Ciò si verifica, nel caso in esame, nonostante il dissenso sulla causa. Ciascuna parte mira ad un negozio che è collegato per forza di cose con un trasferimento di proprietà. Sul fatto che la *traditio* debba essere un atto di trasferimento della proprietà le parti sono entrambe d'accordo. Oltre questa definizione di *traditio* come atto di trasferimento della proprietà, come sopra dimostrato, non è necessario altro per l'efficacia del trasferimento. In particolare, la questione della giustificazione economica non ha alcuna im-

seconda proposizione, invece, si indica con *causa* il danneggiamento stesso. La sua sussistenza giustificerebbe l'eseguita traslazione del patrimonio per mezzo della *noxae deditio*, ma evidentemente non dipende da questo: *sive vera causa sit sive falsa*. Per trasferire la proprietà è necessario dunque anche qui l'accordo su un idoneo scopo della prestazione.

<sup>150</sup> D. 18.1.16 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*); D. 18.1.23 (Paul. 5 *ad Sab.*); D. 18.1.22 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 18.1.41.1 (Iul. 3 *ad Urs.*); D. 18.1.57 pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*).

<sup>151</sup> *Tit. ex corp. Ulp.* 19.7; Gai 2.20; D. 6.2.1 pr. (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 6.2.3.1 (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 41.1.31 pr. (Paul. 31 *ad ed.*).

<sup>152</sup> Così anche l'opinione predominante in letteratura; vd. *supra* nt. 94.

<sup>153</sup> Ciò significa consenso sull'adempimento di qualsiasi obbligazione diretta al trasferimento di proprietà.

portanza; essa viene presa in considerazione in caso di svolgimento coerente della dogmatica classica, solo ad un secondo livello, cioè nell'ambito della *condictio*. Ulpiano, nel momento in cui esige, oltre all'elemento definitorio, anche un negozio causale efficace, finisce per confondere la questione della giustificazione del trasferimento di proprietà con quella della volontà dello stesso, e tratta nell'ambito della *traditio*, ciò che in realtà appartiene alla sfera di applicazione della *condictio*. Forse però Ulpiano si vedeva già ostacolato nel riconoscere il trasferimento reale come elemento definitorio, perché sarebbe stata a riguardo necessaria un'interpretazione astrattizzante della volontà di donare e di quella di contrarre un mutuo; una conclusione interpretativa, questa, svolta da Giuliano, e decisamente innovativa, che Ulpiano tuttavia non si sentiva di seguire.

#### b. Il ruolo di Giuliano nelle diverse accezioni del concetto di *causa*

Giuliano in ogni caso reputava contraddittorio, che i due casi da lui riportati avessero un trattamento differente rispetto alla questione della proprietà, dato che sia nell'uno che nell'altro mancava una giustificazione economica e sia nell'uno che nell'altro era ammessa la definizione della *traditio* come atto di trasferimento della proprietà. La *solutio* astratta del primo caso rappresenta di certo una causa giuridicamente riconosciuta; dal punto di vista economico però essa è appena meno neutrale di un mero accordo a efficacia reale<sup>154</sup>. Inoltre, essa non esiste mai di per sé, ma deve essere sempre determinata attraverso l'indagine sulle concrete intenzioni di adempimento. Con riferimento al grado di astrazione della *traditio*, i due casi si distinguono solo relativamente. La particolarità del secondo caso consiste nel fatto che oggetto sono negozi "in contanti" (*Handschenkung* e *datio mutui*) e di conseguenza l'accordo causale determinante per il trasferimento della proprietà rappresenta nel contempo anche il *consensus* fondamentale per questi negozi. Questa coincidenza temporale spinge a concepire l'elemento definitorio e quello giustificativo anche su un piano logico come indivisibile unità e di conseguenza a reputare invalido l'acquisto della proprietà, laddove vi sia un vizio insuperabile solo nell'elemento giustificativo (*mutuum / donatio*). Un'esatta separazione dei due elementi è resa difficoltosa anche dal fatto che sia l'elemento definitorio che la causa di giustificazione vengono indicati con *causa* nel linguaggio giuridico romano<sup>155</sup>. Giuliano utilizza proprio questa circostanza

<sup>154</sup> C.A. Cannata, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in L. Vacca (a c. di) *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, II, Milano 1991, 430: «Un accordo solutorio non è un vero accordo causale, ma solo il titolo – e magari il titolo putativo – di un *dinglicher Vertrag*, per usare un termine della dottrina tedesca».

<sup>155</sup> Vd. ntt. 142-143 *retro*.

per evidenziare l'imprecisa commistione della questione della definizione con quella della giustificazione: nel primo caso, con l'intervallo temporale tra causa (obbligazione) e accordo causale (consenso alla *solutio*), risulta chiaro oltre ogni dubbio che l'accordo causale non ha alcun carattere giustificativo e dunque un dissenso riguardo il tipo di obbligazione da adempiere non pregiudica nulla. Con questo esempio Giuliano poteva essere certo di ricevere l'approvazione dei suoi lettori sulla regola proposta (*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio*).

c. L'inversione dell'*argumentum a fortiori* come figura retorica

Non risulta ancora chiaro per quale motivo Giuliano abbia potuto intendere il secondo caso come *argumentum a fortiori* del primo. Si tratta a tal proposito di un fenomeno che va osservato in Giuliano anche in altri passi:

D. 41.3.33.3 (Iul. 44 dig.)

*Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam iustam habebo. Sed et is, a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possessione, si solvendi causa id fecerit, eo ipso efficiet, ut fundum longo tempore capiam.*

In questo caso si tratta della validità dell'usucapione di una proprietà terriera, che è stata trasferita per evitare un'azione giudiziaria. Chiaramente entrambe le parti partivano dalla sussistenza di un'obbligazione rivolta al trasferimento di proprietà del fondo. Sull'effettiva validità di quell'obbligazione non viene detto nulla; era evidente che la questione non era determinante. Determinante per l'esistenza di un titolo per usucapire era, piuttosto, il fatto che il terreno era stato trasferito *solvendi causa*, dato che proprio a tale titolo il prestatore dava corso alla possibilità di usucapione (*eo ipso efficiet*). Giuliano menziona il tipo di obbligazione solo nel secondo caso: qui la prestazione si fonda una *stipulatio*; l'*usucapio pro soluto* era riconosciuta in questi casi<sup>156</sup>. Nel primo caso, descritto in modo più generico, la questione rimane aperta; la prestazione è resa semplicemente per evitare un'azione giudiziaria. Sul motivo dell'azione non viene detto nulla; si potrebbe immaginare qualsiasi obbligazione. Con ciò, si attribuirebbe all'usucapione *pro soluto* un ampio (com'era da attendersi) campo d'applicazione. Un tale punto di vista non sarebbe tuttavia privo di problemi, toccando nel cuore la natura causale dell'*usucapio*. È controverso, dunque, il motivo per il quale Giuliano introduce con *sed et is* il caso limitato alla *stipulatio* e quindi meno problematico, dato che l'espressione usata lascerebbe piuttosto attendere una maggiore complessità della seconda problematica. Probabilmente si tratta

<sup>156</sup> D. 41.3.48 (Paul. 2 man.); D. 41.4.2 pr. (Paul. 54 ad ed.).

in questo caso – così come in D. 41.1.36 (Iul. 13 *dig.*), similmente costruito – di un mezzo stilistico retorico: Giuliano opera un parallelo tra due soluzioni: una generalmente riconosciuta (qui *usucapio pro soluto* a seguito di una prestazione *ex stipulatu*) ed una problematica, ma da lui sostenuta (qui: *usucapio pro soluto* a seguito di una qualsiasi obbligazione).

Egli rappresenta come dubbia e problematica la soluzione del caso riconosciuta, mentre invece come certa e ovvia quella in realtà problematica.

Giuliano rafforza questo rapporto all'inverso con un collegamento (*sed et, nam et*), che lascia apparire la soluzione problematica del caso, come mera argomentazione per quella non problematica. Poiché i lettori approvavano la soluzione del caso generalmente riconosciuta, ma artificiosamente problematizzata da Giuliano, il problema accessorio supposto perde ai loro occhi il proprio interesse. Esso appare come un'appendice ad un parere che già condividono e di cui Giuliano non deve più convincerli. Così Giuliano, in modo sottile, conferisce al parere controverso da lui rappresentato la parvenza dell'ovvietà. Di conseguenza l'*argumentum a fortiori* si rivela con ciò un *argumentum ex simile*.

## V. Valutazione conclusiva sull'antinomia

D. 41.1.36 e D. 12.1.18 pr. rientrano tra i passi più discussi del Digesto non da ultimo perché, oltre quanto finora detto, non è stato tramandato alcun caso sulla costruzione causale della *traditio*<sup>157</sup>. L'antinomia in esame rileva tuttavia piuttosto come un ipotetico caso di scuola, che come un caso della prassi forense<sup>158</sup>. Se però nella prassi erano assenti casi simili, allora le pretese circa l'elemento causale della *traditio* non potevano essere state particolarmente alte. Se la *traditio* avesse dovuto avere un valido *negotium* come presupposto, allora, a causa del potenziale di conflitto connesso con tale profilo, sarebbero pervenuti al giudice un gran numero di casi sul tema ed almeno una parte di questi sarebbero documentati. In particolare, ci si attenderebbero controversie in tema di *rei vindicatio*; invece, anche in tali ipotesi<sup>159</sup>, non è menzione di un'esclusione dell'acquisto della proprietà a causa di un vizio nella *causa*<sup>160</sup>. Tali rilievi sup-

<sup>157</sup> *Tit. ex corp. Ulp.* 19.7; *Gai.* 2.20; D. 41.1.9.3 (*Gai. 2 rer. cott.*) e D. 41.1.31 pr. (*Paul. 41 ad ed.*). Si tratta esclusivamente di regole astratte senza attinenza col caso in esame.

<sup>158</sup> van Oven, *Die Antinomie D.41.1.36 – 12.1.18pr.* cit., 447; Gordon, *The Importance of the iusta causa of tradition* cit., 127 ss.; Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 55.

<sup>159</sup> D. 6.1; C. 3.32.

<sup>160</sup> Ciò vale anche per C. 3.32.24 (*Diocl./Max.*): *Nulla iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere prohibet dominium. Idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii non*

portano l'ipotesi che il trasferimento di proprietà mediante *traditio* dipendesse da un elemento definitorio, ma non anche da uno giustificativo. Pertanto *iusta causa traditionis* deve intendersi semplicemente come causa idonea a definire la *traditio* come atto di trasferimento della proprietà. È questo un principio che – in sintonia con la metodologia casistica dei giuristi romani – non fu riversato in una regola generale e astratta e che, inoltre, non emergeva chiaramente dalle fonti, a causa delle diverse utilizzazioni della nozione di *causa*<sup>161</sup>. Esso diventa tuttavia evidente soprattutto nella casistica sulla *condictio* classica, che presuppone una separazione tra efficacia e giustificazione del trasferimento di proprietà: anche se la prestazione era immorale<sup>162</sup> o non dovuta<sup>163</sup> – quindi ingiustificata – la proprietà comunque, in un primo momento, si trasferiva, onde evitare la separazione tra esercizio materiale e titolarità del diritto sulla cosa e quindi al fine di tutelare la circolazione giuridica nei confronti dei terzi acquirenti. La chiarezza e la certezza del diritto potevano essere state allora – non da ultimo – anche le idee da cui Giuliano, in D. 41.1.36, si era fatto guidare nella sua decisione, in cui egli per il trasferimento di proprietà pretendeva unicamente un accordo materiale. Ulpiano (e con lui anche l'opinione prevalente del suo tempo) esigeva certamente anche un accordo sullo scopo tra alienante ed acquirente; che tuttavia egli ritenesse necessario che ogni accordo causale avesse alla base un valido rapporto giuridico, può essere messo in discussione alla luce delle sue stesse argomentazioni (*Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit*): Ulpiano non riferisce causalmente *nummos accipientis non fieri a nec mutuam esse*, ma lo colloca invece accanto a *magisque* – quindi senza alcun riferimento causale. Ciò è comprensibile dal momento che un *mutuum* da reputare *iusta causa* della *traditio credendi causa* rappresenterebbe un circolo vizioso: il trasferimento della proprietà sarebbe pre-

*absumitur: unde hoc casu postliminio reverso citra beneficium actionis rescissoriae directa permanet integra vindicatio*. Come dimostra l'esempio del *postliminium*, la regola precedente si riferisce a casi in cui si prende il possesso di beni altrui senza che il proprietario ne sia a conoscenza e lo voglia. *Nullo iusto titulo praecedente* sta a significare la mancanza di una *traditio ex iusta causa*.

<sup>161</sup> A tal proposito vd. ntt. 139 ss.

<sup>162</sup> Questo si evince dai casi tramandatici con D. 12.5 e C. 4.7. L'invalidità della *condictio* nei casi di *turpitudine dantis*, cioè *utriusque* è il risultato della carenza di tutela dell'attore e non – come asserisce Benedek, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht* cit., 159 – del venir meno della *iusta causa traditionis*. Se infatti venisse in questo caso meno la *iusta causa traditionis*, il suo buon esito nel caso della *turpitudine accipientis* non sarebbe da spiegare: per quale motivo, allora, proprio la perdita del diritto del tradente dovrebbe avere luogo, se non si è comportato immoralmente lui, bensì il destinatario?

<sup>163</sup> Riguardo ai casi tramandatici in D. 12.6 e C. 4.5, cfr. Gai 3.91; D. 3.5.22(23) (Paul. 20 *ad ed.*); 4.4.25 pr. (Gai. 4 *ad ed. prov.*); D. 15.3.3.1 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 46.3.94.3 (Pap. 8 *quaest.*).

supposto della *iusta causa*, piuttosto che il contrario<sup>164</sup>. *Iusta causa* della *traditio credendi causa* può essere dunque solo l'accordo causale esistente nel consenso sul mutuo. Solo il venir meno di tale accordo – espresso dal Ulpiano con *alia opinione acceperit* – viene correttamente presentato come causa del *nummos accipientis non fieri (... cum ...)*<sup>165</sup>.

Martin Laborenz  
(Johannes-Gutenberg-Universität Mainz)  
laborenz@uni-mainz.de

<sup>164</sup> F. Raber, *Hoc animo dare*, in *TR.* 33, 1965, 73.

<sup>165</sup> Cfr. anche W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 56, che mette a confronto il «mutuum als Rechtsakt» con il «Rechtsverhältnis des Darlehens».