

CENTRO DI STUDI ROMANISTICI VINCENZO ARANGIO-RUIZ

OPVSCVLA

XI

UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II



OPVSCVLA

a cura del Dott. Alessandro Adamo

Non è stato facile procurarsi il piacere di avere tra noi Andreas Wacke. Egli - Gastprofessor in Italia, Spagna, Sudafrica, Direttore dell'Istituto di diritto romano e civile di Colonia, componente del Comitato scientifico del Centro romanistico 'Copanello' (Università di Reggio Calabria), studioso accanito e prolifico - è indaffaratissimo. Reduce da un seminario in Catanzaro, dovrà recarsi a Lecce ed a Bari, invitatovi da Grelle e Bretone, per altre conferenze.

Ma non poteva negarci il favore di averlo tra noi al Centro, e non ce lo ha negato. I legami con lui risalgono agli anni Sessanta, quando un giovane napoletano (dico: Labruna, ma noi siamo un po' come la combriccola di d'Artagnan, uno per tutti ...) andò a studiare per qualche tempo ad Amburgo presso il Professore Max Kaser e tra gli allievi di questa eccezionale personalità scientifica ed umana incontrò un altro giovane dal nome (allora, ovviamente, ancora sconosciuto nel mondo scientifico) di Andreas Wacke. Questi si segnalò poi, con la sua prima monografia sull'actio rerum amotarum, al Premio Arangio-Ruiz. Un destino d'incontri! Quindi ci ha visitato spesso. Ha partecipato talvolta, come membro autorevole, persino a commissioni d'esami a Napoli. E qualche nostro allievo (dico: la Francesca Lamberti) è stato indirizzato a formarsi anche sotto la sua guida in lunghi periodi di studio presso l'Università di Colonia. Non a caso quindi io (quale membro del Collegio dei docenti) sono stato tra i fautori della richiesta, a lui, di svolgere quel seminario sulle obligationes che ha tenuto ai dottorandi in Catanzaro (di cui dicevo), dottorandi tra cui vi è un altro giovane napoletano (Olindo Di Popolo). Così è, nella "grande famiglia dei romanisti... ", quale la divisava Arangio-Ruiz: un interscambio che prescinde del tutto dalle nazionalità, e lega le varie generazioni, benvero nella diversità (guai se fosse altrimenti) di metodi, indirizzi, impostazioni culturali, inclinazioni.

Forse, dei discepoli di Max Kaser, Wacke è quello che più ne segue le orme in fatto di impostazione dogmatica della ricerca storico-romanistica e per laboriosità. Le sue monografie e gli oltre duecento saggi, articoli, relazioni, recensioni e così via, toccano i temi più vari del *ius privatum Romanorum*, sempre rapportato al pensiero giuridico moderno, dal *constitutum possessorium* all'*actio/exceptio doli*, al *senatus consultum Macedonianum*, alle azioni adiettizie in relazione al fenomeno della rappresentanza, e via esemplificando.

Apparentemente austero: mi dicono che la sua simpaticissima moglie lo prenda un po' in giro per questo, come il figliuolo medico e quello, già giurista segnalato, più giovane. Ma evidentemente trascurano talune sue digressioni, divertite - come quella sulla 'zoologia' romanistica (ché, egli ha notato, tra noi vi sono un Bove ed una Vacca, eccetera) - che egli si concede.

Il tema dell'incontro di questa sera è nuovo ed interessante: "plus est in re quam in existimatione". E riservato a noi. E sono sicuro che egli lo tratterà con la meticolosità d'analisi di sempre, la completezza che ama, la chiarezza esemplare che lo contraddistingue, la mente rivolta altresì ai nostri interessi odierni di giuristi, oltre che di storici. Il che rientra - come sapete - tra i filoni di ricerche che il Centro Arangio-Ruiz si propone di stimolare, accanto a quelli più propriamente antichistici e storico-politici.

Lo ringrazio, anche a nome vostro, pure per questo.

Napoli, 29 febbraio 1996.

Vincenzo Giuffrè

Andreas Wacke

Plus est in re quam in existimatione

Vale più la realtà che non l'opinione
nel trasferimento di proprietà e nell'usucapione

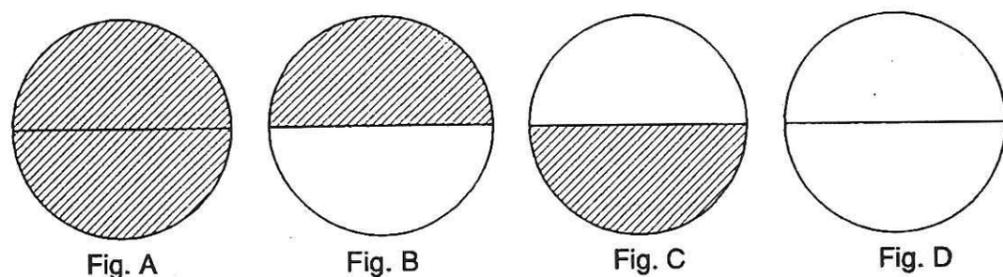
I. Introduzione.

1.- Il compratore in buona fede erra, generalmente, a proprio vantaggio: si raffigura la situazione giuridica più favorevole di quanto essa sia in realtà. Reputa proprietario il venditore che di fatto non è tale. Poiché l'affidamento del *bona fide emptor* per quanto attiene alla titolarità del diritto da parte del venditore è meritevole di tutela, il compratore acquista la proprietà (a meno che si tratti di un bene rubato) per diritto moderno immediatamente (ex § 932 BGB), in diritto romano a seguito di *usucapio*. In tale ipotesi, per così dire, conta di più la rappresentazione del compratore che la realtà stessa: *plus est in opinione quam in veritate*. E questo era già l'insegnamento di Paolo (D. 50,17,136): *Bona fides tantundem possidenti praestat quantum veritas...* Vale a dire: la buona fede (a seguito di intervenuta *usucapio*) tiene il posto del diritto da acquistare; la *fides* diviene dunque persino più importante della realtà.

Come deve procedersi, per converso, nel caso in cui eccezionalmente il compratore commetta un errore in senso a lui svantaggioso? Egli può credere, ad esempio, che il venditore non sia legittimato, mentre costui è in realtà titolare della cosa. Il compratore, in tal caso, si crede erroneamente *mala fide emptor*: è apparentemente in cattiva fede. Più precisamente, reputa che vi sia un vizio che inficia la validità del negozio: vizio che invece, oggettivamente, non sussiste o è stato frattanto rimosso. In sei passi del Digesto troviamo esempi di tale (rara ma non meramente ipotetica) eventualità: essi esprimono, in varia formulazione, la regola (che si fa risalire a Sabino) "*plus est in re quam in existimatione*", "*potius substantiam intuetur quam opinionem*" (D. 41,4,2,2) o "*rei substantia plus pollet existimatione falsa*" (Papin. Vat. 260)¹. Alla luce di tale prevalenza della situazione oggettiva, l'apparente *mala fides* di regola non è nociva - non almeno se il trasferimento è operato dall'avente diritto. Fa eccezione una decisione di Pomponio (D. 41,3,32,1), per cui la *mala fides* - anche

solo presunta - costituisce un impedimento per l'*usucapio*, in caso di acquisto da un non legittimato al trasferimento. L'eccezionalità di questa soluzione non è stata sinora rilevata dalla moderna dottrina: in D. 41,3,32,1, in tempi anche recenti, si sono addensati pesanti sospetti di interpolazione che lo hanno reso una vera *crux interpretationis*. Io intendo dimostrare l'autenticità del testo in D. 41,3,32,1 e determinare in tal modo i limiti di applicabilità della nostra regola. La realtà oggettiva - come vedremo - prevale anche in relazione a determinati presupposti per l'*usucapione*, in modo particolare l'avverarsi di una condizione sospensiva (D. 41,4,2,2) e la qualità della *possessio* (D. 41,3,44,4). Nell'ipotesi di falsa rappresentazione di altri impedimenti all'*usucapione*, il possessore è però considerato *mala fide*.

2.- Le quattro possibili combinazioni fra realtà oggettiva e rappresentazione ipotetica dell'acquirente possono raffigurarsi secondo il seguente schema:



Nella metà superiore del cerchio è indicato lo stato di fatto oggettivo, in quella inferiore la rappresentazione del compratore. La figura A concerne il caso in cui la rappresentazione soggettiva del compratore corrisponda alla realtà (oggettività) del passaggio di proprietà. La figura B riguarda l'ipotesi per antonomasia di applicazione della regola *plus est in re*: la realtà dell'acquisto *a domino* prevale sulla convinzione (falsa) di aver posto in essere un negozio con un non legittimato. La figura C si riferisce alla situazione, specularmente opposta, del *bonae fidei possessor*: nonostante un'oggettiva mancanza di titolo, il compratore si ritiene soggettivamente legittimato all'acquisto (o, il che - nella maggioranza dei casi - conduce allo stesso risultato, reputa titolare il venditore che invece non è *dominus*). Nella figura D abbiamo l'ipotesi del *malae fidei possessor*: costui sa di

aver comprato *a non domino*. Nel caso D non si realizza l'acquisto: esso si verifica invece nei casi A, B e C (in quest'ultimo se l'oggetto è *res habilis*).

II. L'*error in dominio* nella compravendita.

3.- La presunta *mala fides* non nuoce se il venditore è l'effettivo avente diritto in:

D. 22,6,9,4 (Paulus libro sing. de iuris et facti ignorantia): *Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione <e>mentis²: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.*

Qualora si ignori che colui che ha venduto un bene ne è anche il proprietario, conta più la realtà dei fatti che non la convinzione del compratore. Pertanto, pur se quest'ultimo credeva di comprare la cosa dal non proprietario, se se l'è vista trasferire dal proprietario, egli acquista comunque la proprietà.

E' possibile addurre diverse ragioni per giustificare l'acquisto da parte del compratore apparentemente in mala fede. In primo luogo, negli atti di disposizione da parte dell'effettivo titolare, non rileva la rappresentazione soggettiva dell'acquirente: la questione della *bona* o *mala fides* di costui è logicamente di secondaria importanza, ed emerge solo (in seconda battuta) nell'ipotesi di trasferimento del bene da parte di un non titolare (§ 932 BGB; a Roma a seguito dell'*usucapione* della cosa). Pertanto il verificarsi dell'acquisto, se è l'effettivo titolare a trasferire, è in certo qual modo inevitabile: *Quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit?*, si chiede Giuliano (D. 41,4,8) con toni fra l'ironico e il polemico: in quale modo mai chi compra dal proprietario può essere ritenuto in mala fede? Non costituisce infatti un vizio la circostanza che il compratore non creda (o non vi creda in buona fede) nella validità del suo proprio acquisto. Egli ha comunque manifestato la sua volontà di acquistare. Il venditore si sente anch'egli vincolato al contratto: se il venditore è oggettivamente titolare, il suo atto di disposizione non è inficiato dal fatto che il compratore abbia soggettivamente errato nel raffigurarsi la situazione. Non sarebbe giuridicamente difendibile che il venditore, pur avendo manifestato la sua volontà di trasferirla, mantenga la proprietà della cosa - potendo addirittura validamente trasferirla a terzi.

Le parti potrebbero però aver stabilito, alla conclusione del contratto, l'obbligo del venditore di acquisire la proprietà della cosa, o almeno l'autorizzazione del attuale titolare. Se tale requisito interviene anteriormente al trasferimento, il compratore acquista la proprietà, secondo Pap. D. 41,3,44,1, anche nel caso in cui non sia venuto a conoscenza della avvenuta rimozione dell'impedimento.

4.- Per il caso opposto, quello in cui il venditore reputi falsamente non essere titolare, non disponiamo di testimonianze: ne esistono però per ipotesi affini (la manomissione da parte di colui che crede di non essere il proprietario³; il legato di cosa erroneamente creduta altrui⁴). Stando all'opinione pressoché unanime in dottrina⁵, il compratore, anche in questo caso, acquista la proprietà se la cosa gli è trasferita dal titolare: anche qui non ha rilevanza la erronea rappresentazione del disponente. Deve concordarsi con tale opinione: se infatti un venditore non legittimato acquista la proprietà del bene dopo averlo consegnato al compratore, il suo atto di disposizione acquista validità (oggi *ipso iure*, ex § 185, comma 2, secondo caso, BGB; a Roma *per exceptionem doli o rei venditae et traditae*). Sarebbe infatti contrario alla buona fede se fosse possibile revocare a piacimento gli effetti di un proprio atto dispositivo lecito (*venire contra factum proprium*). Lo stesso deve dirsi dunque per il caso in cui il venditore sia già proprietario, senza saperlo, al momento della conclusione del contratto: sarebbe infatti ingiusto che il compratore non acquisti la proprietà per il solo fatto che il venditore non credeva di essere proprietario.

5.- La sostanza conta più dell'apparenza. L'esistenza di un diritto ha maggior valore dei dubbi soggettivi intorno ad esso; o meglio: la realtà ha il sopravvento sull'errore. Nonostante la apparente ovvietà del principio, come formulato nei passi in esame, a una più attenta disamina delle ipotesi di trasferimento negoziale della proprietà emergono difficoltà costruttive pressoché insuperabili. Una volontà giuridicamente rilevante presuppone infatti necessariamente la conoscenza delle circostanze di fatto. Ma come può colui che vende un bene volerne trasferire la proprietà se egli stesso non è al corrente del proprio diritto? Come può, d'altro canto, colui che compra voler acquistare la proprietà del bene, se per primo non crede che il tradente sia proprietario? Entrambe le parti dovrebbero essere convinte, ciascuna dal proprio punto di vista subbiiettivo, che la pro-

prietà non passi, sulla base del principio "*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*". Del resto, contenuto dell'accordo a efficacia reale previsto ex § 929 BGB è la volontà conforme delle parti nel senso del trasferimento della proprietà. Ma come può sussistere trasferimento della proprietà se vi è la convinzione in una delle parti (se non addirittura in entrambe) che il tradente non sia proprietario? Il passaggio di proprietà non sarebbe allora effetto dell'atto di volontà, ma effetto legale della vendita - così come il sorgere della proprietà in capo all'occupante ex § 958, 1° comma, BGB è effetto legale dell'impossessamento di un bene oggettivamente privo di proprietario. Facendo leva sui nostri testi, infatti, influenti romanisti insegnavano che la volontà del venditore non doveva essere necessariamente diretta al trasferimento della proprietà al compratore; così come non sia necessario, ai fini dell'acquisto di proprietà da parte del compratore, che la sua volontà sia diretta a tale scopo.

Così ad es. il REGGI, *SDHI*. 13, 90 (rifacendosi a Betti) definisce la *traditio* come "trasferimento consensuale del possesso allo scopo di costituire fra le parti un rapporto atto a determinare il trasferimento della proprietà in modo giuridicamente rilevante". Nel testo paolino citato (D. 22,6,9,4) Reggi (p. 95) vede pertanto un "accordo fra le parti sulla *iusta causa traditionis*, ma non un accordo avente per oggetto la trasmissione della proprietà". Analogamente il BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* (4a ed. 1993) p. 305 § 373, sostiene che il trasferimento o la messa a disposizione della cosa sono accompagnati dalla volontà concorde delle parti di trasmettere la mera appartenenza della cosa; tale appartenenza rientrerebbe fra gli "effetti empirici", e non necessariamente fra gli "effetti giuridici" ("trasferimento della proprietà", con riferimento alla nostra regola). Secondo il KASER, *RP*. I² 416, la *traditio* è, per converso, la concessione del possesso a titolo esclusivo in esecuzione di un valido accordo negoziale diretto all'assegnazione della proprietà (avente dunque lo scopo di costituire la proprietà in capo ad un soggetto). "Volontà di trasferire la proprietà" è criterio essenziale anche per il PUGLIESE, *Istituzioni di dir. rom.* (2a ed. 1990) § 134.5, e, ancor più chiaramente, per il GUARINO, *Dir. priv. romano* (10a ed. 1994) § 58.12. Tale dottrina (dominante) ha il suo aggancio testuale in Iav. D. 44,7,55: "*In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrere oportet affectus ex utraque parte contrahentium*": la genuinità del passo è difesa, fra altri, da ECKARDT, *Iavoleni epistulae* (1978) 223 ss. (il *concurrat oportet* del manoscritto, evidentemente frutto di un guasto nella tradizione, deve a

mio giudizio emendarsi in *concurrere*). E' sorprendente la varietà di opinioni intorno alla costruzione giuridica di un procedimento così diffuso e ordinario. Il TALAMANCA, *Istituzioni di dir. rom.* (1990) p. 436 § 94 b reputa "troppo sottile" la disputa sul se l'intenzione delle parti debba credersi relativa al trasferimento della proprietà, o a quello della disponibilità esclusiva (in quanto signoria di fatto sulla cosa) (lo stesso è a dirsi per la questione, di tenore più generale, "se le parti debbano volere gli effetti giuridici o soltanto lo scopo pratico del negozio"). Il Mayer-Maly non menziona, accanto alla *iusta causa*, la volontà di trasferire fra gli elementi della *traditio*, in (JÖRS)KUNKEL, *Römisches Recht* (4a ed. 1987) § 62 III 1. Secondo l'opinione, ivi citata, di JAHR, ZSS. 80 (1963) 141, 169, lo scopo negoziale della *traditio* risiederebbe appunto nella sua *causa* obbligatoria; analogamente PETERS, ZSS. 96 (1979) 185 ss., per cui il negozio stesso di vendita, concretizzato mediante il trasferimento, avrebbe ad effetto il passaggio di proprietà. Tale opinione fornisce la spiegazione più lineare della nostra regola *plus est in re*.

Ancor più radicale il Lenel derivava dai nostri testi che l'effettivo realizzarsi degli scopi negoziali non era oggetto del consenso negoziale⁶. Le parti non potevano volere che il negozio naturale: gli effetti giuridici si sarebbero verificati indipendentemente dalla loro intenzione. La volontà naturale, in capo al compratore, di acquistare sarebbe stata sufficiente ad "avere" la cosa in senso atecnico: a questa avrebbe fatto eco la contrapposta, atecnica, volontà (espressa mediante il trasferimento) del venditore di "lasciare" la cosa al compratore. La qualificazione dell'effetto giuridico come "trasferimento della proprietà" era pertinenza esclusiva dei giuristi.

Analogamente al Lenel, il PEROZZI, *Scritti* I 197 ss. *passim*, opponendosi a DERNBURG, *Pand.* I § 213 nt. 1, combatteva la concezione dominante della *traditio* quale dichiarazione di volontà relativa al trasferimento della proprietà espressa mediante consegna. Nelle fonti, secondo il Perozzi, si troverebbe attestato il rilievo della volontà di trasferire la proprietà da parte del tradente, ma mai quello della corrispondente intenzione di acquisire la proprietà da parte dell'accipiente. *L'animus domini* dell'accipiente sarebbe stato una mera volontà di preminenza fisica sul bene, che non era necessario portare a conoscenza del tradente.

6.- Una dichiarazione di volontà come elemento necessario di ogni negozio è, per converso, per definizione l'esternazione di una

volontà diretta alla produzione di effetti giuridici: e tali effetti in tanto si realizzano in quanto sono voluti. Se l'opinione di Lenel fosse esatta, saremmo costretti a rivedere radicalmente i concetti fondamentali di "dichiarazione di volontà" e di "negozio giuridico"; la realizzazione degli obiettivi negoziali (e di conseguenza la volontà concernente la validità dell'atto) non potrebbe considerarsi elemento costitutivo del negozio.

L'estremismo di Lenel risiedeva però nel voler generalizzare in modo affrettato i casi oggetto della nostra analisi. Von Tuhr ha da tempo descritto, in modo magistrale, i caratteri essenziali della *fattispecie*⁷: è vero che spesso le parti si rappresentano in modo solo imperfetto e generico la caratterizzazione giuridica dei loro atti negoziali. Ma la volontà delle parti deve avere ad oggetto almeno il contenuto essenziale, gli *essentialia negotii*. In tutte le ipotesi relative a negozi giuridici è possibile constatare che le parti comprendono, in linea generale, pur se in modo impreciso, che la loro attività produce effetti giuridici, e da essa scaturisce un vincolo giuridico. Non è pertanto necessario, secondo la dottrina dominante, un grado di elevata precisione della volontà diretta alla produzione di effetti giuridici, ai fini della qualificazione del negozio.

7.- In tale teoria, intesa in senso ammorbidito, della produzione di effetti giuridici, la regola *plus est in re quam in existimatione* deve - secondo il von Tuhr (p. 172 ss.) - intendersi come segue: la regola concerne negozi giuridici ritenuti invalidi dalle parti in virtù di un vizio solo presunto, mentre in realtà sussistevano tutti i presupposti di validità. La convinzione unilaterale, non comunicata alla controparte, dell'esistenza di un vizio di validità, è da configurarsi alla stregua di una riserva mentale; in quanto tale non compromette la validità stessa del negozio (cfr. § 116 frase 1 BGB). Analogamente non pregiudica il negozio un impedimento riconosciuto esistente da entrambe le parti, se - grazie a successivi accadimenti - esso può essere neutralizzato. Un atto di disposizione su un diritto altrui, la conclusione di un contratto con un minore, possono acquistare validità mediante la ratifica dell'avente diritto o del legale rappresentante (§ 185 comma 2, caso 1; § 108 comma 1 BGB). Se le parti speravano di far conseguire al negozio la validità (ritenuta inesistente) grazie a successiva ratifica, a maggior ragione corrisponde al loro volere l'eventualità che il negozio fosse valido sin dal primo mo-

mento, potendosi oggettivamente fare a meno della ratifica. Il risultato previsto, infatti, non deve attuarsi esattamente nel modo in cui le parti se l'erano rappresentato. L'essenziale è che si realizzi.

8.- La nostra massima non esprime un concreto principio di diritto materiale, ma una direttiva giuridica di tenore assai generale, di cui devono precisarsi i limiti di applicabilità. La sua validità non è infatti sancita esplicitamente nel quadro dei precetti di una codificazione. La regola, in sé, non produce effetti: essa descrive meramente determinati effetti; non dà vita ad effetti giuridici, si limita a illustrare effetti già prodottisi⁸. Alla luce di tali presupposti, la nostra massima fa da contraltare alla dottrina della conversione: nella conversione, le parti ritengono valido un negozio oggettivamente inficiato da vizi. Nella nostra ipotesi, non vi sono impedimenti oggettivi alla validità dell'atto, ma una delle parti (se non entrambe) crede nell'esistenza di un vizio.

Dobbiamo interrogarci ora sulla rilevanza di questo errore. È opportuno, a tale scopo, analizzare la volontà ipotetica delle parti: l'atto sarebbe stato voluto anche nel caso in cui la parte fosse stata a conoscenza delle effettive circostanze negoziali? Poiché la risposta che si fornisce a tale quesito è di regola positiva, in quanto l'errore è irrilevante, nelle ipotesi in esame la realtà ha sostanzialmente maggior valore dell'erronea opinione.

Se i dubbi soggettivi del venditore quanto alla titolarità della proprietà da parte sua si rivelano successivamente infondati, ossia se egli è effettivamente il proprietario, la sua presunzione non è motivo sufficiente a sottrarsi alla vendita e all'obbligo di trasferimento della proprietà. Il suo errore non è rilevante⁹. Infatti il suo obbligo di trasferire la proprietà al compratore è stato da lui assunto una volta per tutte all'atto della compravendita.

Ancor meno rilevante sarebbe un errore unilaterale del compratore sull'esistenza del titolo in capo al venditore (come nel testo in D. 22,6,9,4): può solo tornare a vantaggio del compratore che la posizione giuridica del venditore sia migliore di quanto il compratore stesso ritenga. Costui deve dirsi fortunato, visto che la sua erronea valutazione non risponde a realtà. Nessuno può essere tanto sconsiderato da voler comprare una cosa per il solo caso in cui essa non appartenga al venditore.

Citiamo, per concludere su questo punto, ancora un esempio: se le parti (o una di esse), pur credendo *res Mancipi* taluni animali da

tiro o da soma esotici (ad es. elefanti o cammelli), ne hanno realizzato il trasferimento mediante semplice *traditio*, ciò nonostante esse hanno validamente espresso la volontà di trasferire la proprietà. Il compratore è divenuto immediatamente proprietario (quiritario, e non - come egli credeva - soltanto bonitario). Non integra un errore giuridicamente rilevante il fatto che egli - in base ad un'opinione falsa, anche se comune ai due contraenti - credesse di acquistare il dominio civilistico solo a seguito dell'usucapione annuale (cfr. Gaius 2,16).

La prevalenza della fattispecie oggettiva si spiega dunque nella maniera più lineare facendo capo allo scopo, quello del trasferimento della proprietà, tipico di ogni contratto di compravendita¹⁰. Secondo il principio romano di causalità della *traditio* (che non conosce uno speciale accordo a effetti reali), pertanto, tale effetto, in presenza dei presupposti oggettivi, si verifica anche se una delle parti ne dubiti (o non lo ritenga possibile). Certo, anche il diritto romano esigeva il consenso ai fini del trasferimento di proprietà; ma il consenso deve intendersi come elemento normativamente presupposto e non dal punto di vista meramente psicologico.

III. Presunta assenza dei presupposti per l'usucapione.

9.- Il frammento più denso di contenuti per la nostra indagine è analogamente attribuito a Paolo e concerne i presupposti per l'*usucapio*. A fini di maggiore chiarezza contrassegnerò i cinque periodi con numeri posti fra parentesi:

D. 41,4,2,2 (Paulus libro 54. ad edictum): (1) *Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capiat.* (2) *Idemque est et si putet condicionem extitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse.* (3) *Contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum.* (4) *Est tamen nonnulla diversitas, quod ibi, cum rem putat alienam, quae sit venditoris, affectionem emptoris habeat, at cum nondum putat condicionem extitisse, quasi nondum putat sibi emisse.* (5) *Quod apertius quaeri potest, si, cum defunctus emisset, heredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa <putat> sibi tradi, an usucapio cesset.*

(1) Se una compravendita è sottoposta a condizione, in pendenza della condizione, il compratore non può usucapire. (2) Lo stesso vale nel caso in cui egli creda essersi avverata una condizione

che invece non si è ancora verificata: siamo infatti in una situazione analoga a quella di colui che (soltanto) creda di aver comprato. (3) Al contrario se si verificò, e il compratore lo ignori, può asserirsi con Sabino, che guarda piuttosto alla realtà dei fatti che non alla rappresentazione, che vi sia *usucapio*. (4) Tuttavia vi è una certa differenza fra le ipotesi: poichè quando il compratore ritenga la cosa essere aliena, mentre essa appartiene al venditore, tuttavia sussista la sua volontà di comprarla; quando invece stima non essendosi ancora avverata la condizione, egli quasi ritenga di non averla ancora comprato. (5) Ancor più chiaramente può chiedersi se l'usucapione si realizzi nel caso in cui il defunto abbia comprato il bene e questo sia stato consegnato all'erede di lui, che non sapeva che il bene era stato comprato e credeva che gli pervenisse in base ad altro titolo.

a) Secondo Paolo il termine per l'usucapione di un bene già consegnato al compratore non decorre prima che la condizione sospensiva si sia avverata. (L'intero frammento ha riguardo all'*usucapio* di un bene non in proprietà del venditore.) *Quod pendet, non pro eo est, quasi sit*: "Ciò che è in sospeso vale come non (ancora) esistente" (D. 50,17,169,1). Una compravendita condizionata, fatta dipendere dal verificarsi di un evento incerto, non è ancora perfetta. Essa non vale come titolo di usucapione *pro emptore* (Paul. D. 18,6,8 pr. *medio*); neanche ai fini dell'attribuzione del *periculum* al compratore. Dovendo tener conto del fatto che potrebbe essere obbligato a restituire la cosa al non-verificarsi della condizione, il compratore non può avere, a rigor di termini, l'*animus rem sibi habendi*. Realtà e rappresentazione dunque coincidono nel primo caso.

b) Il fatto che il compratore reputi che la condizione si sia verificata, non fa sussistere il presupposto mancante ai fini dell'usucapione, a quanto affermato nella frase n. 2. Si tratterebbe di far scaturire conseguenze da un unilaterale mutamento di *animus*, contrario alla regola *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Psicologicamente "la fede smuove le montagne" (come dice il proverbio). Dal punto di vista giuridico però la mera convinzione non colma l'assenza di un titolo valido, l'*opinio* non tiene il posto della *veritas*. *Error falsae causae usucapionem non parit* (Inst. 2,6,11). Il possesso non si fonda su un *titulus verus* ma su un *titulus putativus* inesistente: analogo il caso in cui il (mero) possessore sia convinto di aver comprato la cosa.

c) Le due frasi esaminate sono meramente introduttive. Il nostro tema è affrontato da Paolo solo a partire dalla frase n. 3, dove è

formulata l'ipotesi specularmente inversa: se la condizione si verifica, comincia a decorrere il termine per l'usucapione anche se il compratore lo ignora. Paolo fa leva, per tale decisione, su un'opinione di Sabino, che guardava più alla realtà che non alla rappresentazione. L'estremamente cauto "*potest dici secundum Sabinum*" si spiega in quanto Paolo estendeva per analogia la originaria decisione di Sabino, relativa ad un altro caso, alla compravendita condizionata¹¹. Sabino aveva infatti formulato il principio in relazione all'ipotesi descritta nel periodo n. 4: quella del compratore falsamente convinto di contrarre con un non avente diritto (ossia l'ipotesi da cui abbiamo preso le mosse, trattata nel testo in D. 22,6,9,4, di acquisto da persona legittimata).

Nella frase n. 4 del secondo testo, Paolo evidenzia anche le difformità fra le due ipotesi che potrebbero impedire l'equiparazione analogica. Le differenze, secondo Paolo, risiedevano nel divergente grado di consapevolezza. Colui che compra da un non avente diritto ha comunque sempre l'intenzione di comprare (la *affectio emptoris*); chi invece ignora essersi avverata la condizione, a rigor di termini non può credere di aver già comprato in modo pienamente efficace.

A una più attenta valutazione della comparazione, però, ci si rende conto che tali dubbi non sono di cruciale rilevanza: il paragone, infatti, è debole. In realtà non è esatto che al compratore manchi la *affectio emptoris* finché ignora che la condizione si è verificata. Un esempio è dato dalla *condicio in praesenti vel in praeteritum collata*, la condizione avente ad oggetto un evento, presente o passato, sconosciuto alle parti (cfr. Pap. D. 12,1,37). Una condizione impropria di questo tipo non comporta alcuna situazione di pendenza; pure essa ha la stessa efficacia alternativa della condizione in senso proprio: se l'evento si è verificato, il negozio è valido *ab initio*; altrimenti è automaticamente invalido. L'incertezza, per le parti, è meramente soggettiva. Nessuno vorrà ora negare che il compratore, nell'eventualità che sia avverata una simile condizione, possieda sin dall'inizio l'intenzione di comprare, la *affectio emptoris*. Ebbene, anche qualora vi sia una condizione vera e propria, destinata a verificarsi in un secondo momento, la intenzione del compratore è identica. Per cui, nel caso del negozio condizionato, la nostra regola *potius substantiam intuetur quam opinionem* è più facilmente comprensibile che nell'eventualità di errore sulla qualità di proprietario del venditore: in quest'ultima ipotesi, infatti, il compratore è (almeno apparentemente)

mala fide (cfr. *supra*, in D. 22,6,9,4); ma non è possibile trarre conseguenze rigorosamente logiche dai due casi¹².

Notevoli i risultati per la teoria dei presupposti per l'usucapione: un usucapiente non deve essere necessariamente a conoscenza del fatto che la condizione si sia effettivamente verificata. La mancata conoscenza di tale dato non impedisce né la *possessio* (disponibilità a titolo esclusivo), né la sua *bona fides*. Il decorrere del termine dell'usucapione è effetto automatico del verificarsi della condizione. Il momento in cui inizia a decorrere l'usucapione (e di conseguenza quello in cui essa si realizza) è determinabile *ex post*; nel momento in cui si rende noto l'avveramento della condizione.

d) E' possibile ragionare allo stesso modo per quanto concerne il titolo dell'usucapione. Paolo trae tale conclusione nell'ultima frase n. 5: il giurista non la afferma in modo esplicito, ma si contenta di un mero accenno al problema. Se l'ereditando aveva comprato un bene, e ne acquista il possesso il suo erede universale, che ignora che il bene era stato comprato, e crede che esso sia stato trasferito al *de cuius* in base ad altra *causa* (ad es. di *stipulatio* o donazione), l'erede dovrebbe, di conseguenza, poter usucapire (in quanto succede nel titolo effettivamente trasmesso). I dubbi, eccessivi, espressi da Paolo in relazione a tale ipotesi sono facilmente superabili. Qualora oggettivamente esista un *titulus usucapionis*, la falsa rappresentazione del possessore non lo danneggia. L'erronea assunzione di un titolo oggettivamente assente non ha per effetto l'usucapione (*error falsae causae usucapionem non parit*, Inst. 2,6,11): nell'ipotesi inversa, invece, non è richiesta nell'usucapiente la conoscenza del titolo, se questo effettivamente esiste; un *error* (o una *nescientia*) *verae causae* non rileva. L'esistenza del *titulus* (assieme alla *res habilis*) è un requisito oggettivo e autonomo dell'*usucapio*. La *fides* si riferisce alla posizione giuridica del tradente: non è necessario che essa sia relativa anche all'ulteriore requisito del *titulus*.

Pertanto dovrebbe essere irrilevante se la *causa* alternativa che l'acquirente si è rappresentato sussista (come nell'ipotesi di *concursum causarum*) o meno, in quanto frutto della mera rappresentazione soggettiva di costui (titolo putativo presunto)¹³ - purché il titolo che ci si rappresenta, in base all'opinione dell'usucapiente, sia valido. Ciò porta ad allontanarsi dal principio della causalità della *traditio*, per approssimarsi invece a quello di astrazione - analogamente all'ipotesi di dissenso sulla *causa* fra le parti, dove, secondo Giuliano D. 41,1,36, la proprietà passa comunque a seguito della *traditio*, pur-

ché le due *causae* che le parti si rappresentano siano, ognuna dal canto suo, idonee al trasferimento¹⁴ (ossia equipollenti).

E' dunque irrilevante se il compratore ignora che la condizione si è realizzata, in quanto non è nemmeno necessario che lui si sia rappresentato una vendita efficace.

10.- Possiamo osservare un'analogia decisione, per quanto rilevato in relazione alla *causa*, in un passo di Papiniano concernente la *possessio* quale requisito per l'usucapione.

D. 41,3,44,4 (Papinianus libro 23. *quaestionum*): (a) *Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit?* (b) *Idem dicendum erit et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi praesumptione credat.*

(a) Un figlio di famiglia, avendo comprato un bene altrui, nell'ignoranza di essere divenuto *sui iuris*, iniziò a possedere la cosa trasferitagli. Perché non dovrebbe usucapirla, essendovi la buona fede al momento dell'acquisto del possesso, pur se per errore reputasse non poter possedere la cosa, in quanto *res peculiaris*? (b) Lo stesso dovrà postularsi anche nel caso in cui creda (e non in base ad una presunzione affrettata) che il bene comprato gli sia pervenuto tramite l'eredità paterna.

a) Un *filius familias* ha comprato, come solito, beni per il suo peculio (pagandoli con denaro tratto dallo stesso peculio). Fra le cose comprate e trasmesse gli ve ne erano alcune che non appartenevano al venditore - circostanza che il *filius familias* ignorava. Gli *alieni iuris* non dispongono del possesso sui beni peculiari (in quanto manca loro l'*animus domini*), ma solo di una *naturalis possessio*¹⁵. Essi conseguono il possesso per il loro avente potestà (cui lo mediano): il padre diventa perciò, per il loro tramite, anche *possessor ad usucapionem* (ad es. Paul. D. 41,3,4,1). Nel nostro caso, però, il *pater familias* era morto, qualche tempo prima, lontano da casa. Il figlio ne viene a conoscenza solo molto dopo e (come si evince da quanto affermato nella frase conclusiva) risulta unico erede del *pater*. Risulta danneggiato il figlio dal fatto di aver erroneamente creduto di acquistare il possesso per conto del padre, in realtà già morto? "Perché mai ne dovrebbe venir toccato?" (*cur non capiat usu?*) chiede a ragione Papiniano, nei toni polemi di una domanda retorica, che

contiene in sé già la risposta: chi mai potrebbe danneggiare tale situazione (*cui noceret*), dato che il *pater*, se fosse ancora in vita, finirebbe lui senza dubbio per usucapire? Se la cosa fosse stata acquisita al peculio del figlio prima della morte del *pater*, il *filius* potrebbe proseguire senza problemi in modo autonomo, in quanto erede, l'usucapione iniziata in capo al defunto. Quale successore a titolo universale il figlio subentra in modo automatico nella posizione del defunto: cfr. Ulp. D. 50,17,59: *Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat*. Sarebbe del tutto contrario ai principi negare che vi sia *usucapio*: si farebbero infatti gli interessi del *dominus*¹⁶. È frutto del caso se il *pater* muoia prima o dopo il trasferimento del possesso ed è irrilevante quando il figlio lo apprenda: tali circostanze non influiscono sul risultato. L'errore del figlio sulla propria posizione possessoria non è essenziale: la sua volontà ipotetica, se avesse appreso in tempo della morte, sarebbe stata di possedere per sé. *L'animus possidendi* corrisponde dunque, in modo alquanto preciso, a quello del compratore in una vendita sospensivamente condizionata, come nel testo in D. 41,4,2,2 sopra esaminato. Papiniano, pertanto, decide come Paolo ai sensi della nostra regola *plus est in re quam in existimatione*, pur senza farne menzione. Nel testo in D. 41,4,2,2 si verteva sull'esistenza del *titulus* quale presupposto dell'usucapione: qui si tratta invece dell'elemento della *possessio*. Il figlio è convinto di *patris nomine tenere*; se conoscesse la realtà dei fatti, vorrebbe *suo nomine possidere*. La persona cui intende mediare il possesso non esiste più: ciò nonostante non è possibile ritenere la cosa priva di possessore. L'ipotesi può verificarsi anche oggi, nel caso in cui un rappresentante agisca, senza saperlo, per un *dominus negotii* già defunto, del quale egli è successore: in realtà costui pone in essere un negozio produttivo di effetti nella propria sfera giuridica. I *fili families* erano non solo rappresentanti organici, ma considerati addirittura, ancora in vita del *pater*, già (latenti) contitolari (*quodammodo domini*: Gaius 1,157).

b) Analoga la decisione di Papiniano in chiusura del passo: un tale crede, erroneamente, che la cosa, che in realtà ha comprato, gli sia pervenuta tramite un'eredità. L'erede confonde dunque, non per negligenza (*non levi praesumptione*) l'effettivo titolo *pro emptore* con il titolo (analogamente valido) *pro herede*. I due titoli, ad ogni modo, sono equipollenti: l'errore è pertanto (a giusta ragione) anche in questo caso irrilevante.

11.- Paolo menziona espressamente la nostra massima anche in un altro testo (tratto dallo stesso libro da cui proviene D. 41,4,2,2 concernente l'acquisto *a pupillo*:

D. 41,4,2,15 (Paulus libro 54. *ad edictum*): (a) *Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi*. (b) <...>, *ut hic plus sit in re quam in existimatione*. (c) *Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest*.

(a) Se avrò comprato un bene, senza il consenso del tutore, da un impubere che io ritenevo già pubere, approviamo che si verifichi l'usucapione. (b) <...>, così che in tale ipotesi conti più la realtà che non la (mera) rappresentazione. (c) Se invece tu sia stato a conoscenza del fatto che si trattava di un impubere, e abbia creduto che agli impuberi fosse lecito disporre dei propri beni senza il consenso del tutore, non si realizzerà l'usucapione, in quanto non può invocarsi a proprio vantaggio un errore di diritto.

a) Qualora si fosse comprato un bene da un impubere ritenuto capace di agire, i Romani ammettevano l'usucapione. Nella disciplina moderna dell'acquisto immediato in buona fede, non si tutela una simile convinzione in ordine alla capacità di agire del contraente, poiché la tutela dei minori è valutata oggi in modo preminente rispetto a quella dei traffici commerciali. Per i Romani, invece, era tutela sufficiente, per il titolare che rischiava di perdere il suo diritto, il decorso del tempo necessario all'usucapione: se l'avente diritto non contestava la validità del negozio entro lo scadere del termine, perdeva il suo diritto. Lo stesso deve dirsi per la vendita e la *traditio* di una *res mancipi* di proprietà del *pupillus*. Se però al pupillo mancava del tutto un tutore, non decorreva a suo discapito il termine per l'usucapione (*agere non valenti non currit praescriptio*). Siamo dinanzi alla risoluzione salomonica esemplare di un conflitto di interessi.

b) La sfasatura logica della giustificazione della decisione, nel testo in D. 41,4,2,15, non è sfuggita agli interpreti: se si appoggia la convinzione in buona fede del compratore, si privilegia, in modo esattamente opposto a quanto deciso da Sabino-Paolo (D. 22,6,9,4 e D. 41,4,2,2), l'*existimatio* di quest'ultimo a scapito della realtà oggettiva. La realtà deve cedere di fronte all'apparenza. Rinunciando ad avventurose congetture dobbiamo presumere che, prima della "nota regola circa la prevalenza della *res* sull'*existimatio*"¹⁷, sia caduta la menzione di una variante del caso esaminato all'inizio (forse introdotta - come nel periodo n. 3 di D. 41,4,2,2 - da un *contra si*),

consistente in un'ipotesi specularmente inversa rispetto ad esso: il compratore era "apparentemente in mala fede"; egli riteneva erroneamente *pupillus* il venditore, in realtà pienamente capace¹⁸. Possiamo facilmente presumere quale fosse la soluzione in tal caso: l'errore commesso dal compratore a suo svantaggio, in ordine alla reale configurazione della fattispecie, non gli nuoce. Egli acquista le cose di proprietà del venditore capace di agire immediatamente, le *res mancipi* a seguito di *mancipatio*. Non ha importanza se una persona capace di agire è ritenuta per errore non (pienamente) capace - sia che erri lei stessa, sia che erri la controparte: l'irrilevanza di tale errore costituisce un'applicazione generalmente riconosciuta, e non peculiare dell'esperienza romana, del principio *plus est in re*.

c) Ricostruita l'ipotesi di un errore di segno opposto, il caso prospettato nel periodo finale si concilia in modo lineare e plausibile con il resto del passo: il venditore è effettivamente un *pupillus*, e il compratore se ne è reso conto. Il fatto che creda non necessario l'intervento del tutore, in quanto inescusabile errore di diritto, non lo legittima né all'acquisto *ipso iure* della proprietà, né all'usucapione.

IV. La concluzione della rappresentazione dell'usucapiente.

12.- Oltre all'assenza dell'*auctoritas tutoris*, l'esistenza oggettiva di impedimenti per l'usucapione (mancanza di titolo o qualità di *res furtiva* del bene) pregiudica la posizione del possessore, senza riguardo alla sua valutazione soggettiva (a lui troppo favorevole) della situazione. Per converso, una valutazione ingiustificatamente negativa non dovrebbe nuocere all'usucapiente. La mera presunzione dell'esistenza di un impedimento giuridico non dovrebbe essere un impedimento all'usucapione. La tesi parrebbe fondata: la realtà dovrebbe prevalere anche in questo caso su un'erronea rappresentazione, da considerarsi priva di rilievo. Ma esattamente il contrario troviamo affermato in:

D. 41,3,32,1 (Pomponius libro 32 ad Sabinum): *Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, (a) vel quia non bona fide videatur possidere (b) vel quia in iure erranti non procedat usucapio.*

Se taluno creda di non poter usucapire, a causa di disposizioni di legge, quel che possiede, deve asserirsi che - anche qualora sia in errore - non si realizzi l'usucapione, (a) perché costui non può

dirsi possessore di buona fede, (b) o perché l'usucapione non deve andare a vantaggio di chi erri in materia di diritto.

Il frammento è stato sovente oggetto di critica¹⁹. Si è anzi tutto tentato di elidere il *non* prima di *procedere*, ammettendo dunque l'usucapione sulla base del *plus est in re*. Ma la giustificazione successiva non si intonerebbe con tale affermazione. *Prima facie* non ci si rende conto del perché un possessore dovrebbe subire danno dal fatto che si sia rappresentato in modo più rigido del reale i presupposti per l'usucapione, rispetto a quanto richiesto dal diritto oggettivo. La menzione della nocività dell'*error iuris* appare in questo caso fuori luogo. Analogamente irrilevante dovrebbe essere la *mala fides* solo presunta, come riscontrato in tutti i testi sinora esaminati. L'affermazione, irragionevole, sarebbe dunque una *crux interpretationis*, impossibile da risolvere mediante congetture o sospetti di interpolazione.

Così il von Lübtow²⁰ immaginava che un bizantino moralizzatore, che esaminava il caso da una prospettiva etica, ritenendo riprovevole l'opinione del possessore, gli avesse negato, per punirlo, la possibilità di usucapire, capovolgendo in tal modo l'originaria decisione di Pomponio. (Ivi ampie congetture sulla politica criminale, con riferimento al rapporto fra il dispotismo del tardo antico e la posizione dei sudditi).

Già PERNICE (*Labeo* II 1, 1895, 470 ss.), seguito in ciò da numerosi autori, aveva espresso la sua meraviglia: "Il giudice deve... applicare il diritto, anche quando le parti se lo rappresentano in modo del tutto sbagliato". Errori di diritto intorno a divieti effettivamente esistenti, ma sconosciuti all'agente, non sono generalmente efficaci a scusarne il comportamento ("credeva che fosse consentito..."). Nel nostro caso, al rovescio, un divieto presunto ma non esistente è atto a impedire l'acquisto, altrimenti lecito. Il compratore avrebbe meglio taciuto, nel proprio interesse, invece di manifestare, in modo ingenuo, la sua sconsiderata valutazione della situazione.

Ma le incertezze intorno al passo derivano dal fatto che in esso non si esemplifica. Proponendo alcune riflessioni possiamo avvicinarci alla soluzione. Formuliamo degli esempi, per ciascuna delle ipotesi giustificative fornite da Pomponio (ma a torto ritenute assurde da alcuni interpreti moderni)²¹.

a) Un compratore reputa la cosa, non appartenente al venditore, non suscettibile di usucapione, perché *res furtiva* o *res extra commercium*; o (ancor più evidentemente) reputa lo schiavo venduto

un uomo libero (impossibile da usucapire secondo Gaius 2,48). In tali casi è possibile accogliere la prima variante della motivazione fornita: non vi è infatti motivo di consentire al compratore l'acquisto di un bene, se egli stesso non lo ritiene possibile, e fargli conseguire in tal modo un vantaggio da lui non voluto.

Il principio *plus est in re* ha effetto in caso di acquisto dal vero titolare: eventuali dubbi intorno alla posizione del disponente non danneggiano il compratore; persino nel caso in cui il compratore sia convinto della mancanza di titolo in capo all'alienante la sua mala fede sarebbe solo apparente. Non così però per l'usucapione. In essa infatti rileva (sia in caso di acquisto *a non domino* che in caso di *traditio* di *res mancipi*) la *bona* o *mala fides*: in tale evenienza diviene effettiva *mala fides* quel che nell'acquisto dall'avente diritto era mero affidamento sulle apparenze. Un compratore non è in buona fede se crede il bene, nel senso indicato, *res inhabilis*: se crede *furtiva* o *extra commercium* la cosa che non appartiene al venditore, o libero lo schiavo, la sua cattiva fede ha rilievo addirittura maggiore di un vizio effettivamente esistente; egli è davvero *mala fide* (*a fortiori*, in quanto *plus minus continet*). Basta, a escludere che sia stato in buona fede, la mera consapevolezza di aver acquistato *a non domino*.

b) Il compratore ritiene proprietario il venditore, oggettivamente non legittimato, ma erra nel considerarlo *pupillus* (un doppio errore di qualificazione della fattispecie, in parte vantaggioso in parte svantaggioso). In armonia con la decisione finale del testo in D. 41,4,2,15 sopra esaminato, l'usucapione non ha luogo, a causa del suo errore di diritto, potendo un *pupillus* alienare anche senza l'*auctoritas tutoris*, ossia a causa dell'*error iuris* (che si aggiunge al doppio errore di fatto) esplicitato in chiusura del testo di D. 41,3,32,1 sub b (in questo luogo esatto). La convinzione del compratore in questo caso è priva di una base attendibile. Errori di diritto erano ritenuti generalmente inescusabili, a fronte dell'indulgenza con cui si trattavano invece gli errori su circostanze di fatto.

Ci troviamo, pertanto, dinanzi a un importante limite per l'applicabilità della nostra regola. Se deve valere il *plus est in re*, il negozio deve essere, dal punto di vista oggettivo, libero da vizi. *Plus est in re* vale anche nell'usucapione, in caso di effettiva esistenza di titolo, avveramento della condizione e qualità della *possessio* (*supra*, D. 41,4,2,2 e D. 41,3,44,4). Non è affatto necessario che vi sia *fidès* - come osservato - in relazione a tali elementi. Per quanto concerne altri vizi di validità, invece, non vale, ai fini dell'*usucapio*, la preva-

lenza delle condizioni di fatto oggettive. Ai sensi del realizzarsi dell'usucapione il negozio dev'essere privo di vizi anche dal punto di vista soggettivo. Oggettivamente il negozio è già difettoso se il venditore trasferisce una cosa altrui o si limita alla *traditio* di una *res mancipi*. Se a tale difetto oggettivo se ne associa anche uno soggettivo dal lato del possessore, l'usucapione non si verifica. Non si può aggiungere un difetto soggettivo ad uno oggettivo - sia che si riferiscano allo stesso elemento sia in relazione presupposto diversi. I due vizi (il reale e il presunto) non devono necessariamente sovrapporsi (come nella normalità dei casi): basta che siano funzionalmente equivalenti²², ossia che ciascuno per sé sia sufficiente a impedire l'acquisto.

Questa fondamentale statuizione di Pomponio vale ancora oggi, ai sensi del § 932 BGB, per l'acquisto in buona fede. Anch'esso si realizza solo se il negozio è privo di vizi dal punto di vista soggettivo dell'acquirente. Colui che reputa proprietario il venditore in realtà privo di titolo, non è comunque in buona fede se, ad esempio, è convinto esservi un divieto di alienazione in realtà inesistente²³. L'acquirente (sia in diritto romano che nei moderni ordinamenti) non può godere di una posizione migliore di quella che avrebbe se la sua convinzione fosse esatta. Ciò può desumersi già dalla regola enunciata da Paolo D. 50,17,136: *Bona fides tantundem possidenti praestat quantum veritas* (*supra*, § 1). La buona fede dell'acquirente presuppone che, dal suo punto di vista, non vi sia alcun altro impedimento all'acquisto che quello realmente esistente. Altrimenti la sua intenzione non è concludente.

Il *malae fidei possessor* rappresentato nella figura D in genere sa del vizio (in particolare: la mancanza di proprietà) in capo al venditore. Pomponio aggiunge, (D. 41,3,32,1) al concetto di *mala fides* un ulteriore elemento: se il compratore è convinto dell'esistenza di un ulteriore vizio di validità che, se esistente, impedirebbe analogamente l'acquisto, deve dirsi in mala fede. Io definisco tale configurazione l'equipollenza fra due vizi, un oggettivo e un soggettivo.

L'interpretazione condotta del testo in D. 41,3,32,1 consente di precisare ulteriormente il tipo di errore cui pensava Pomponio. Nonostante la formulazione sia equivoca (*non putat sibi per leges licere usucapere*), Pomponio non pensava al caso del compratore che crede in un impedimento all'usucapione in realtà inesistente, e dunque non aveva in mente un *error iuris* in senso sfavorevole all'errante (dal punto di vista del diritto penale potrebbe parlarsi di un delitto

putativo).²⁴ Pomponio pensava probabilmente a errori intorno a circostanze di fatto, che, se realmente esistenti, sarebbero state atte a impedire l'acquisto ai sensi del diritto allora vigente. Chi, in tale situazione, non crede di aver posto in essere un negozio privo di vizi, non può, in conseguenza, credere di aver effettivamente acquistato. La formulazione di Pomponio, divenuta imprecisa a causa della sinteticità, deve dunque sciogliersi, correttamente, come segue: "Se un possessore crede all'esistenza di una circostanza, in base alla quale egli, ai sensi del diritto vigente, non possa acquistare la proprietà, occorre dire che ...", etc.

13.- L'analisi sinora condotta consente ora di evidenziare, in sintesi, gli elementi cui deve fare o non fare riferimento la *bona fides* nell'*usucapio*.

Per essere *bona fide* ai sensi della figura C, il *possessor* deve credere all'esistenza di una *res habilis* ed alla validità del negozio traslativo (il suo *titulus*). Non gli nuoce l'erronea qualificazione dello stesso o la confusione fra il titolo effettivamente esistente e un altro, analogamente idoneo (equipollente: frasi finali dei testi D. 41,4,2,2 e D. 41,3,44,4). Non è - ai sensi del 2° periodo del testo in D. 41,4,2,2 - nemmeno necessario, per il *possessor*, essere a conoscenza del fatto che si è avverata la condizione sospensiva da cui dipende l'efficacia del proprio acquisto. Neppure lo pregiudica, stando al testo in D. 41,3,44,4, il fatto che sia convinto di essere possessore *alieni iuris* per conto dell'avente potestà, mentre in realtà, in qualità di successore di quest'ultimo, possiede per sé.

La regola *plus est in re* non vale, invece, ai sensi della valutazione dell'acquisto in buona fede nell'*usucapio*. Nella misura in cui è rilevante la buona fede, la convinzione dell'esistenza di un presunto vizio di validità è altrettanto pregiudizievole quanto la consapevolezza del vizio effettivo (cfr. la figura D). Ciò vale anche per quanto concerne la percezione dei frutti e l'obbligo al risarcimento del danno da parte del *bonae fidei possessor*. Una volta formulata tale statuizione, essa risulta evidente. E' perciò sorprendente come essa sia stata enunciata già da Pomponio, e che, d'altro canto (poiché formulata in modo impreciso), sia stata successivamente per secoli misconosciuta, sino ad essere riscoperta, in modo indipendente, solo dalla moderna dogmatica civilistica (cfr. nt. 23).

14.- Irrilevante invece, secondo Pomponio, l'opinione dell'usucapiente nell'ipotesi di donazione fra coniugi:

D. 41,6,3 (Pomponius libro 24 ad Qu. Mucium): *Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere.*

Se il marito avrà donato alla moglie, o la moglie al marito, e si tratti di una cosa altrui, deve concordarsi con l'opinione di Trebazio, per cui se (oggettivamente) il donatore non si depauperava attraverso la donazione, potrà realizzarsi l'*usucapio*.

Una donazione da moglie a marito (o viceversa) non infrange il divieto di donazioni fra coniugi, secondo l'opinione risalente a Trebazio, se non depauperava il donante. Pomponio asserisce perciò anche la possibilità di *usucapio* della cosa donata non appartenente al donante²⁵. Le difficoltà interpretative cominciano con la qualificazione del titolo di *usucapio*. Pomponio intende negare la donazione: in luogo del titolo *pro donato* (senz'altro invalido) potrebbe chiamarsi a sostegno il titolo *pro suo*²⁶. Ancor più difficile ravvisare *bona fides* nel donatario: a tal fine egli dovrebbe ignorare, al momento dell'acquisto del possesso, che la cosa che gli viene trasferita è *res aliena*; ma è proprio questo ad essere presupposto come elemento della fattispecie. Il dilemma parrebbe impossibile da risolvere: per essere *bona fide* la donna che riceve il dono deve credere che il marito ne sia proprietario (cfr. Gaius 2,43). Chi crede nella proprietà in capo al marito, deve di conseguenza credere anche al divieto di donazione, presupporlo; l'assunzione contraria sarebbe irrilevante, in quanto errore di diritto (cfr. le frasi finali dei testi di D. 41,4,2,15 e D. 41,3,32,1). Sul piano della valutazione soggettiva, pertanto, la decisione non è coerente. Che non possa essere compito dell'*usucapio* porre il possessore in una posizione migliore rispetto a quella che avrebbe se le sue convinzioni fossero vere, non è stato riconosciuto da Pomponio in tale fattispecie (a differenza che nel caso precedente del testo in D. 41,3,32,1). L'*usucapio* si realizza soltanto in quanto è stata trasferita una *res* oggettivamente *aliena*. Ma se la donna ne fosse a conoscenza, sarebbe decisamente in mala fede; se non ne fosse a conoscenza, se credesse cioè che il marito è proprietario, sarebbe soggetta a un *error iuris* pregiudizievole. L'aporia è inevitabile: qualunque sia la convinzione della donna, essa non dovrebbe produrre effetti. L'analisi del giurista si limita invece alla situazione obiettiva di superficie, per fermarsi a questo punto. Non

va più a fondo, ad indagare la convinzione soggettiva. Pomponio elude le conseguenze che da essa scaturirebbero. La decisione costituirebbe dunque un ulteriore esempio della prevalenza della realtà oggettiva (tuttavia in contrapposizione con il caso di partenza, il testo di Paolo D. 22,6,9,4, in cui il venditore è erroneamente creduto non proprietario).

Forse però Pomponio intendeva semplicemente limitare, relativizzandolo, l'ambito personale di applicazione del divieto di donazione: *pro emptore* o *pro dote* il destinatario di un negozio fra coniugi può senza dubbio usucapire. *Pro donato* anche una concubina poteva usucapire un bene donatole dal suo convivente. Perché mai dovrebbe tornare a vantaggio del terzo proprietario del bene se un coniuge, invece di rifarsi ad uno dei titoli menzionati, trasferisce il bene all'altro a titolo di donazione? La *causa* interna dell'acquisto e i rapporti familiari non devono riguardare il terzo. La cosa resta nella stessa casa e può essere rivendicata sempre nello stesso luogo. L'interruzione di un'usucapione iniziata dal donante, a seguito del trasferimento del possesso al coniuge, non realizzerebbe un equilibrio di interessi.

Riflessioni di politica del diritto di tal genere potrebbero avere spinto Trebazio ad ammettere l'*usucapio*. Dal punto di vista dogmatico, ad ogni modo, sarebbe stato più lineare consentire al coniuge di continuare l'usucapione già iniziata dal donante, alla stregua dell'*accessio temporis*²⁷, piuttosto che far decorrere *ex novo* in capo al coniuge donatario il *tempus ad usucapionem*.

Note:

*Versione ridotta, a fini congressuali, della prima parte di una ricerca sullo stesso tema, destinata ad apparire in lingua tedesca nella *Tijdschrift*. Per la traduzione ringrazio anche stavolta la Dr. Francesca Lamberti (Napoli "Federico II"). Per quanto attiene ai riferimenti bibliografici, il rinvio è alla versione tedesca. In questa sede, le citazioni sono limitate ai lavori di maggiore rilievo. D'ora in poi saranno citati con il solo cognome: ALTMEPPEN, *Disponibilität des Rechtsscheins* (Köln 1993) 166 ss.; K. BAUER, *Ersitzung und Bereicherung im klass. röm. R. etc.* (1988); BECHMANN, *Kauf* I (1876) 620 ss.; II 1 (1884) 21 ss.; BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici I: Anormalità del negozio giuridico* (1930) 125-148; HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klass. röm. R.* (1964); JAKOBS, *Error falsae causae*, *Festschrift Flume* I (1978) 43-99; v. la Rc. del BEHREND, *ZSS.* 97 (1980) 476 s.; LOTMAR, *Über Plus est in re quam in existimatione und Plus est in opinione quam in veritate*, in: *Festgabe J.J.W. Planck* (München 1887) 57-115; Mayer-Maly, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio* (1962); MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe des L. Neratius Priscus für das Subjektive* (Diss. Heidelberg 1976) 206-213; PEROZZI, *Scritti giuridici I: Proprietà e possesso* (1948) 197-217; PROVERA, *Note esegetiche in tema di errore*, *Studi De Francisci* II (1956) 159-181; REGGI, *L'error in dominio nella traditio*, *SDHI.* 18 (1952) 88-114; SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel dir. rom. e nel nuovo dir. germanico*, in: SEGRÈ, *Studi giuridici* I (1930) 193-357 (ivi part. p. 266 ss., 281 ss., 290 s., 309, 355 s.), ex: *RISG.* 28 (1899) 161-253 e 29 (1900) 1-45; di rilievo la Rc. di H. KRÜGER, *GrünhutsZ.* 29 (1902) 552 ss.; VON TUHR, *Allgemeiner Teil des BGB* II 1 (1914/1957) 168-174; VOCI, *L'errore nel dir. rom.* (1937) 84 ss.; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (1952) 95 ss.; WINKEL, *Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem etc.* (1985); ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del dir. rom.* (1961). Per le conseguenze penali della regola in esame, v. WACKE, *Pönalisierung des untauglichen Versuchs?* in: *Collatio iuris Romani, Études Ankum* II (1995) 593ss.

1 La discrepanza fra exteriorità e interno volere, che emerge nel momento in cui si riconosce (successivamente) "falsa" la *existimatio*, è rilevata esplicitamente solo in questo ultimo passo di Papiniano. Negli altri testi è probabilmente sottintesa.

2 'mentis' manca nella citazione, di analogo tenore, della regola da parte di Giuliano D. 40,2,4,1 (testo nella seguente nt. 4) e di Paolo D. 41,4,2,15 (testo *infra* n. 4). Per l'emendazione dell'aplografo in 'ementis', risalente ad Eraldo, cfr., con visuali corrette, LOTMAR 88, 103.

3 D. 40,2,4,1 (Iulianus libro 42 dig.): (a) *Quotiens dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilo minus verum est voluntate domini servum manumissum et ideo liber erit.* (b) *Et ex contrario si se Stichus non putaret manumittentis esse, nihilo minus libertatem contingere. Plus enim in re est, quam in existimatione et utroque casu verum est Stichum voluntate domini manumissum*

esse. (c) *Idemque iuris est et si dominus et servus in eo errore essent, ut neque ille se dominum nec hic se servum eius putaret.* - (a) Qualora il proprietario manometta il proprio schiavo, pur ritenendo si tratti di uno schiavo altrui, resta vero che lo schiavo è stato manomesso per volontà del proprio *dominus* e dunque diventa libero. (b) E' vero anche l'opposto: anche qualora Stico credesse di non appartenere al manomissore, ciò non di meno acquisterà la libertà. Infatti conta più la realtà che non l'opinione: e in entrambi i casi è oggettivo il fatto che Stico sia manomesso per volontà del proprietario. (c) Analogo il regime anche ove mai sia schiavo che proprietario versino in errore: ossia il manomissore ritenga non esser *dominus* e lo schiavo non appartenergli

4 Inst. 2,20,11: (a) *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione.* (b) *Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.* - (a) Nell'eventualità che un tale lasci in legato una cosa propria credendo che sia altrui, il legato è valido: conta infatti di più ciò che si verifica nella realtà dei fatti che non la mera rappresentazione. (b) E pur se credeva trattarsi di una *res* di proprietà dello stesso legatario, il legato è valido, in quanto la volontà del defunto deve avere effetto.

5 Cfr. ad es. REGGI, *SDHI*. 18, 92 ss. - Più dettagliata disamina dei due passi appena citati nella parte IV della versione tedesca del mio contributo (cfr. *retro*, nt. 1).

6 LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in *Jherings Jahrb.* 19 (1881) 154-253, ora in: LENEL, *Gesammelte Schriften I* (1990) 181 s. Contro la concezione leneliana, in chiave critica, BEHRENDIS nell'introduzione alle *Ges. Schr.* I p. XXVII; più dettagliatamente BEHRENDIS, *Das Werk Otto Lenels etc.*, in *Index* 19 (1991) 169-213 (182 ss.).

7 A. VON TUHR, *Der allgemeine Teil des BGB II 1* (1914, rist. 1957) 168 ss., § 50 VI.

8 Particolarmente efficace, in questo caso, la caratterizzazione della *regula* come *brevis rerum narratio e quasi causae coniectio* (Sab.-Paul. D. 50,17,1).

9 Ciò è stato rilevato solo da una minoranza di autori: v. VOCI, *Modi* 97: "... al mio errore non ho dato peso tale da evitare di compiere l'atto; ... non è da negare validità a un atto, che io avrei compiuto egualmente, se avessi conosciuto la verità...".

10 Cfr. Iav. D. 44,7,55 (*supra* § 5); e *contrario* anche Labeo D. 18,1,80,3: non è da ravvisarsi compravendita (ma un altro tipo contrattuale) quando il trasferimento di proprietà sia consensualmente escluso.

11 Diversamente PROVERA 169 e nt. 3: "Sabino ... già si era pronunciato per l'ammissibilità dell'usucapione nel caso in esame". *Contra* ZILLETI 176; MAYER-MALY 124 nt. 79.

12 Non è ammissibile attribuire alla psiche del compratore, incompetente dal punto di vista giuridico, eccessiva consapevolezza: l'osservazione, degna di rilievo, risale a H. KRÜGER, nella *Rc.* (critica) a SEGRÈ, *Grünhuts Zeitschr.* 29 (1902) 553 s. (ivi anche taluni esempi pertinenti).

13 Il titolo putativo è solo presunto, perché in realtà esiste un titolo effettivo.

14 Il trasferimento della proprietà è cioè il "comune denominatore" delle *causae* che ognuna delle parti si è rappresentato.

15 D. 45,1,38,7; 41,2,24; 50,17,93; part. 41,2,49,1: tutti commentati da BENÖHR, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige* (1972) 63 ss.

16 Nel senso dell'*usucapio* decide Papiniano anche nel caso, estremamente simile, riportato in D. 41,3,44,7: BENÖHR 114 ss., 116 s.

17 MAYER-MALY, *Putativtitel* 103. La definisce "celebre regola" anche ALBANESE, *Gli atti negoziali nel dir. rom.* (ex *Annali Palermo* 1982) 165 nt. 398.

18 In tal senso, correttamente, PELÜGER, *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums* (1937) 48 s.; HAUSMANINGER 29; diversamente JAKOBS 58 ss., seguito da WINKEL 95 s. nt. 39 *i.f.*; *contra* BAUER 136 s. nt. 4, con ult. letteratura. Nel caso 'a' l'usucapione si verifica solo soggettivamente, e non in realtà; ciò nonostante deve prevalere la realtà.

19 Ampia letteratura in BAUER 58 ss.; la spiegazione da lei fornita (interpolazione delle due frasi introdotte da 'vel') tuttavia non soddisfa.

20 VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand*, Festschr. zum 41. Deutschen Juristentag Berlin (1955) 167 s. = VON LÜBTOW, *Gesammelte Schriften II 3* (Rheinfelden 1990) 57 s.

21 In tal senso (oltre BAUER 60) già MAYER-MALY 112; WUBBE 601; diversamente HAUSMANINGER 74.

22 Equipollenti in negativo (impedimento all'acquisto), così come, all'inverso, l'equipollenza in senso positivo (ai sensi delle frasi finali dei testi in D. 41,4,2,2 e D. 41,3,44,4) realizza l'acquisto (reale o presunto *concursum causarum*): la simmetria speculare è convincente.

23 Esattamente WIELING, *Sachenrecht I* (trattato, 1990) 364 (§ 10 III 2 b) con ulteriori esempi. JÖRG WEHMANN, *Gutgläubiger Fahrnisserwerb bei alternativ zum fehlenden Eigentum des Veräußerers wirkenden Übertragungshindernissen* (Göttingen 1988).

24 Cfr. B. ENDRULAT, *Der umgekehrte Rechtsirrtum: Untauglicher Versuch oder Wahndelikt?* (Berlin 1994).

25 Analogamente Ter. Cl. D. 24,1,25. L'acquisto in buona fede ex § 932 BGB di cose trasferite da un minore senza il consenso dei genitori è sporadicamente ammesso anche dal diritto moderno, nel caso in cui esse non appartengono al minore, non avendo egli (ex § 107 BGB) a soffrire alcuna *deminutio* giuridico-patrimoniale (c.d. "negozio neutrale"). Rifacendoci alla motivazione fornita dal testo di Pomponio n. 5, caso b, deve concludersi invece che non vi è acquisto: per essere in buona fede, il compratore doveva credere che il minore non autorizzato fosse proprietario: una convinzione di tal genere, in sé contraddittoria, non produce effetti. Sul punto MEDICUS, *Bürgerliches Recht* (16a ed. 1993), Rz. 540-542 con ampi ragguagli sullo stato della controversia.

26 Potrebbe anche dirsi: vi è donazione, ma non una donazione fra coniugi proibita. Cfr. PERNICE II 1 469. Per BIONDI il concetto generale di donazione è più ampio rispetto alla donazione vietata fra coniugi: *Il concetto di donazione*, *Scritti Ferrini I* (Milano 1947) 140 ss.; analogamente MIQUEL, *Seminarios Complutenses* 5 (1994) 111 ss. Un depauperamento (più povero-più ricco) è per KASER, *RP*. I2 602 e nt. 14 significativo solo nella donazione fra coniugi.

27 Tale regola per l'*usucapio* è però tardoclassica: Trebazio presumibilmente non la conosceva ancora. Cfr. H. RÜTZENHOFF, *Accessio temporis* (diss. sotto la mia direzione, Köln 1986). Ivi p. 54 su D. 41,2,13,11, per la donazione come rapporto di successione riconosciuto (in relazione però essenzialmente a donazioni valide).

n. 11



Renato Neri