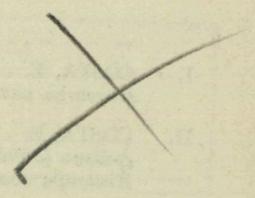


STUDIA JURIDICA



**S T U D I A
J U R I D I C A**

XI

S T U D I A J U R I D I C A

- I. COSTA, E. - Papiniano - 1964 -
Ristampa anastatica dell'edizione Bologna, 1894-99
- II. COSTA, E. - La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto romano - 1964
Ristampa anastatica dell'edizione Bologna, 1889
- III. ARANGIO RUIZ & OLIVIERI - Inscriptiones graecae Siciliae et Infimae Italiae ad jus pertinentes - 1965
Ristampa anastatica dell'edizione Milano, 1925
- IV. BINDER, J. - Die Plebs - 1965
Ristampa anastatica dell'edizione Leipzig, 1909
- V. HALKIN, L. - Les esclaves publics chez les Romains - 1965
Ristampa anastatica dell'edizione Bruxelles, 1897
- VI. DARESTE - HAUSOULLIER - REINACH - Recueil des inscriptions juridiques grecques - 1965
Ristampa anastatica dell'edizione Paris, 1892-1904
- VII. COSTA, E. - La locazione di cose nel diritto romano - 1966
Ristampa anastatica dell'edizione Torino, 1915
- VIII. STELLA-MARANCA, F. - Seneca giureconsulto - 1966
Ristampa anastatica dell'edizione Lanciano, 1926
- IX. CECL, L. - Le etimologie dei giureconsulti romani - 1966
Ristampa anastatica dell'edizione Torino, 1892
- X. STELLA-MARANCA, F. - Il Tribunale della Plebe - 1967
Ristampa anastatica dell'edizione Lanciano, 1901
- XI. CARCATERRA, A. - Possessio - Ricerche di storia e di dommatica - 1967
Ristampa anastatica dell'edizione Roma, 1938
- XII. DE MALAFOSSE - L'interdit momentariae possessionis - 1967
Ristampa anastatica dell'edizione Toulouse, 1947
- XIII. BERTOLINI, G. - Il giuramento nel diritto privato romano - 1967
Ristampa anastatica dell'edizione Torino, 1886
- XIV. CICCOTTI, E. - La costituzione cosiddetta di Licurgo - 1967
Ristampa anastatica dell'edizione Napoli, 1886

Fuori collana:

COSTA, E. - Cicerone giureconsulto. Voll. I-II - 1964
Ristampa anastatica dell'edizione Bologna, 1927

GLASSON, E. - Étude sur Gaius et sur quelques difficultés relatives aux sources du droit romain - 1965
Ristampa anastatica dell'edizione Paris, 1885

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE G. C.
FACULTAD DE C. JURIDICAS - BIBLIOTECA
N.º REGISTRO: 7.765 15-A2

A. CARCATERRA

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
LAS PALMAS DE G. CANARIA
N.º Documento 323758
N.º Copia 323763

POSSESSIO

RICERCHE DI STORIA E DI DOMMATICIA

EDIZIONE ANASTATICA

D. B. R.
R- CANARIA



“L'ERMA” di BRETSCHNEIDER - ROMA

1967

Ristampa anastatica dell'edizione Roma, 1938

Soc. Multigrafica - V.le Quattro Venti - 52/a - Roma

PREMESSA

Le origini della Possessio (Poss), come nella nota allegoria fluviale, sono tuttavia coperte da un denso velo di dubbi. Squarciarli è la impresa che può muovere più che un semplice interesse — anche se gli ingegni che vi si sono appassionati sian così alti ed acuti, che ogni entusiasmo debba sentirsi inadeguato. Ma questo è certo, che ogni punto è controverso; che su ogni argomento non è possibile passare come su un'autostrada facile e rettilinea. Ma direi di più (e mi sia concesso): punti che possono sembrare convincenti dopo l'assenso di Maestri a Maestro, possono anche non persuadere del tutto, quando siano guardati non isolatamente, ma si vogliano incastrare nel congegno ideale della Poss.

Forse è opportuno esemplificare: la Poss non è concepibile in testa al servo e al figlio di famiglia. Eppure: non è la Poss — come fenomeno economico — un fatto? E perchè negarla a colui che pure l'attua? Certo, il pater, entro la famiglia, ha tale posizione che non permette possa un suddito avere un diritto patrimoniale autonomo. Ma non è la Poss un fatto? E poi, ammesso — come è necessario — che di Poss non può essere capace altri che il pater, e ammesso che la Poss è una signoria, anzi una signoria territoriale, basta pur solo fermarsi a considerare questa verità per accorgersi che, allora, la Poss deve affondare le sue valide antiche radici nell'ambiente sacrale, oltre che politico; che non può concepirsi per l'epoca (antica) di Roma una signoria territoriale (sia pure di fatto) che non derivi la sua tutela dalla sacra inviolabilità della sede territoriale.

Era già questo che il sottoscritto pensava, quando sul finire del 1935 si avvicinò ai problemi che la Poss solleva, problemi che sorgono sin per la etimologia. Ma poi, conquistata quella vetta, è tutto il giogo montuoso dei problemi, dei dubbi, delle incertezze che bisognava percorrere ab imis, misurando passo a

passo la nuova tesi coi vecchi problemi. E' stata la fatica di questi tre anni, lunga ed acerba, ma sorretta da un'idea, e soprattutto dalla sapienza e dalla bontà del prof. Grosso di Torino.

La tesi che si vuol prospettare in queste pagine è, dunque, che la Poss, antichissimo istituto di Roma, precedente alla creazione della Pretura (ciò che deriva dall'accettare il nuovo punto di vista), non è altro che la situazione politica e sacrale di colui (cioè del pater che rappresenta il gruppo) che occupa un territorio, e lo fa sede dei propri sacra e del gruppo medesimo. Possessio da sedes dunque: sede di fatto, non suffragata da alcun diritto, cioè da alcuna spettanza (ché, anche per le origini ed anche per la sovranità statale, è necessario distinguere una sovranità che fonda su una spettanza da una sovranità, anch'essa degna di rispetto e di tutela e di considerazione di fronte a tutti, ma che non ha il suffragio della spettanza). Possessio tutelata appunto in quanto sede, tutelata anche di fronte alla vittima, perchè nemmeno questa può essere abilitata a rompere le massicce difese confinarie o il magico cerchio tutelare che proteggono la santità della dimora altrui. Santa dimora — quanto esclusiva. Ecco perchè è forte — e le fonti classiche ripetono il vecchio canone sacrale — il divieto di una Poss (o di una proprietas: è lo stesso) in solidum. Due gruppi politici, in quanto due, cioè diversi, non possono avere i loro sacra, e la dimora e la sovranità su uno stesso territorio.

Ma allora diventa chiaro anche perchè la Poss sia un fatto; anche perchè incapace di Poss siano il servus e il filius familias.

E' un punto questo, allora, che spiega molte cose.

E' una tesi che non può trovare dimostrazioni testuali; che non trova documentazioni dirette, ma che, come tutte le altre, relative alle più lontane origini, in tanto è accettabile in quanto possa rappresentare la chiave di volta di tutti o dei più gravi problemi che un istituto offra.

Ho la impressione che ciò possa essere nel caso presente. Iddio voglia che non mi illuda. Ma il lettore potrà ben giudicarne. E' per questo che dò alle stampe questo lavoro, che ha costituito il centro di indagini e di meditazioni di un'epoca della mia vita e che perciò mi è caro.

Cap. I.

Problemi filologici

SOMMARIO: *La derivazione bonfantiana (potis-sedeo) è certamente attendibile; ma più aderente è l'altra (pos-sedeo) che è quella sentita dagli stessi romani (Labeo, D. 41. 2. 1; Cicero, Phil. III, 11) ed è quella che giustifica l'impiego del termine ad indicare il fenomeno della Possessio, intesa, come si propone in quest'opera, quale scelta della SEDE DI UN GRUPPO POLITICO.*

1. Esame di D. 41. 2. 1p in cui si riconnette la voce *possessio* al solo etimo « *sedes* ».

1. Il punto iniziale di ogni ricerca storicistica e di ogni costruzione dommatica non può essere se non quello di una valutazione linguistica dei termini stessi che designano il fenomeno giuridico (1).

Ora in un sol passo dei Digesti viene in certo modo definita la *Possessio* ed esaminato filologicamente il termine che la distingue: « *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοικην dicunt* » (D. 41. 2. 1p). Il fr è stato già appuntato per l'inciso mal collocato « *quam - dicunt* »; infine si è

1. Sul problema della etimologia a fini giuridici, cfr. anzitutto il vecchio lavoro del CECI, *Le etimologie dei giuristi romani*, Torino 18 ed ora la impostazione e la risoluzione di particolari questioni, in DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario* ecc. in Atti del Congresso Internazionale di Dir. rom., Roma, I, p. 15 sgg. Sulle cautele da usare in materia cfr. SCIALOJA, *La proprietà*, I, p. 244, n. 1; DE VISSHER, in *Studia et Doc.* 1936, 276.

espunto tutto ciò che va dal « quia » in poi: tenere (2) usano i cl. per la detenzione non per il possesso. Aggiungerei che la forma stessa del periodo è balzana: a che cosa si riferisce quell'« ei » piantato lì in mezzo, senza che possa connettersi ad alcun termine che indichi un posto o un complemento di luogo? La allusione vorrebbe essere alla sede, mentre la concordanza grammaticale è con « *positio* », termine viciniore (2 bis)! Labeone dunque diceva: « *Possessio appellata est a sedibus quasi positio* » (3).

La connessione della Possessio alla scelta delle sedi, all'acquisto della sovranità territoriale (come è la tesi di chi scrive), è certamente fondata, qui, negli stessi ricordi e nella stessa

2. Sulla itp del fr. cfr. BOZZA, *Il Possesso*, corso, p. 22. Cfr. anche NABER, *Unde Possessio appellata sit*, in RDpriv. 1931, 68, il quale restituirebbe *ei* in (*rfei*, tentativo non apprezzabile, perchè, mancando il soggetto di *tenetur*, ed aggiungendo *rei*, si rende il periodo in esame anche più bolso (« quia naturaliter tenetur (?) ab eo qui rei 2insistit »). Circa il significato cl. di tenere, cfr.: ALBERTARIO, *Il possesso romano*, prolusione, Riv. dir. priv., 1932, Iss. Bull. 1932, Iss.; BONFANTE, *Il punto di partenza nella teoria romana del Possesso*, ora in Studi, III, p. 517 ss.; ma soprattutto RADIN, *Detention at Roman. Law*, in Studi Bonfante, vo. III, pp. 151 ss. Per una testuale contrapposizione tra il possidere e il tenere, cfr. Pap. in D ht 49 1: « Qui in aliena potestate sunt, rem peculiariter tenere possunt, habere possidere non possunt ».

3. Ancora in Studi III, 10 in n., l'ALBERTARIO crede che la etimologia delle fonti da « possideo », anzichè da potis-sedeo, è un'altra delle puerili trovate etimologiche dei romani. Intanto, Cicerone, e non solo quindi Labeone, in Phil. III. II: « in possessionem libertatis pedem ponimus ». Una frase; certamente. Una metafora; non si dubita; ma che dimostra come in possesso e possidere i romani sentissero non un preteso *pot*, bensì solo l'etimo di *sedeo*. E questo non è punto trascurabile, perchè al disopra delle puerili, e certamente puerili trovate etimologiche dei romani, v'era il loro senso intimo, il loro uso vivo della lingua.

Ad ogni modo ed inoltre: i romani sogliono fare le derivazioni etimologiche riconnettendo l'etimo alla accezione del vocabolo e alla struttura dello istituto. La derivazione da pos-sedeo con esclusione, presso i romani, dell'etimo potis, (« a SEDIBUS quasi POSITIO ») importa dunque che nella loro coscienza la Possessio si riconnette alla scelta e fissazione della sede. E' questo che interessa, ed in questo senso, pare a chi scrive, giovarsi delle etimologie dei romani, è del più grande interesse e vantaggio.

intuizione dei giuristi romani; ma può avere inoltre la sua riprova nel campo filologico. Il che non sarebbe così arduo, se da tempo non avesse trovato credito l'ipotesi del Bonfante, il quale, di fronte al composto *pos-sideo* fu tratto a ricavare il significato (signorile) del termine, piuttosto dal primo componente (pel Bonfante, *pot*) che non dal secondo.

Basterà qui precisare come, se la derivazione bonfantiana è attendibile, non meno attendibile è quella che ebbe sempre l'onore di universale consenso dal Grimm in poi; basterà, poi, per dare alla nostra derivazione maggior peso, ricordare l'impiego dei termini « *possessio* » e « *possidere* » in senso di sovranità territoriale, e ne deriverà quindi dimostrato l'assunto.

2. Etimologia del Grimm e del Bonfante. Attendibilità della derivazione di questo A., al quale tuttavia si obietta a) che non può postularsi nemmeno per Roma una aderenza perfetta tra significazione giuridica e significazione letteraria o non tecnica di vocaboli; b) che anche in documenti remoti, il vocabolo *possessio* appare in accezioni prive di significato « signorile » (*potis*), ma tuttaffatto materialistiche: ciò che conferma contro il Bonfante la originalità, vetustà e derivazione del termine *possessio*, e la possibilità che anche in Roma i vocaboli abbiano un significato tecnico diverso da quello corrente. Si propone un ritorno alla etimologia *pos-sideo*, o meglio, all'altra *pos-sedeo*.

2. Paolo in D 41. 2. Ip si riporta alla *sedibus* (non *pedibus* della Fiorentina) *positio*. Nè è escluso che egli intendesse così derivare il vocabolo: *pos-(itio)-sede-o*. Sono anzi convinto di ciò che trova spunto nella stessa formulazione paolina, e, soprattutto, nel noto sistema filologico dei romani (4). Basti ricordare la derivazione di *precarium* secondo la teorica di Isidoro.

4. Qui, come nella n. precedente si diceva, quello che è illogico, non è affatto la derivazione da *sedes* o *sedeo*, bensì la derivazione da *positio*. Tuttavia, nemmeno in ciò può trovarsi troppo da rimproverare ai romani e da deridere le loro cognizioni e i loro tentativi filologici, perchè in *pono*, in *positio*, è quel *por* o *pos* che è anche in *possideo*.

Il Grimm (5) riferendo una vecchia opinione che vedeva nel possidere l'etimo di posse, l'etimo di potis, come in possun da pot-sum, aggiungeva: « possideo — potsideo wäre = ich sitze waltend mächtig. Die neuere sprachforschung zieht aber vor in pot die skr partikel prati, gr. protî, auszuerkennen, welche auch in porrigo, polliceor, polluo u. s. w. assimiliert wurde (Bopps, gloss. 226b); dann ergäbe sich die bedeutung: ich sitze dahin, dabei. Possidet haben schon die zwölf tafeln, possessor z. b. die lex agr. Thorii und nicht selten bedient sich des ausdrucks Plautus; das wort musz uralt sein in der lat. sprache ». E la derivazione del Grimm fu conservata da filologi (6) e da giuristi (7). Ma reagiva contro una tale dottrina il Bonfante in uno studio che vide la luce sin dal 1906 (8). Egli poneva in risalto la accezione pregnante di possideo, possessio, che non può significare la semplice detenzione giacchè i giuristi romani dichiarano le mille volte con una parola sola chi ha il possesso e chi no, pur essendo in rapporto di detenzione con la cosa. E non è solo un uso tecnico dei giuristi codesto, perchè, trattandosi della giurisprudenza romana, v'è una pregiudiziale da fare: i termini che oggi sembrano e sono di esclusivo impiego tecnico e giuridico, termini oggi misteriosi a un profano, erano d'uso in antico fuori del diritto; e non per immagine. Di mora, nello stesso senso, parla il poeta, e il giurista. La parola che tra-

5. GRIMM, *Das Wort des Besitzes*, in *Kleine Schriften*, Berlin 1879², I, p. 114 ss. Per Lorenzo VALLA, *Controversiae*, cap. 10, la derivazione sarebbe: posse-sedere. Per Heinecius, *Elementa*, n. 97, vol. II, p. 182, e DONELLO, *Opera*, I, da po-sedeo.

6. FALCONI e CECI, *Trattato teorico-pratico sull'essenza natura e condizioni dei contratti civili e loro forma*, Roma 1833, II, 1, p. 593; STOLZ-SCHMALZ, *Lateinische Grammatik*, München, 1928, 162 in f.

7. Riteneva ancora incerta, nel 1915, il RABEL, *Grundzüge*, p. 415 la etimologia del Bonfante.

8. BONFANTE, *Il punto di partenza*, cit.

duce possessio è « signoria ». Fuori del diritto dove la tradizione romanistica e l'automatismo della versione ci travia, tale senso è limpido e netto, e la traduzione, se vuole essere fedele, deve schivare la parola « possesso ». Sicchè, a conti fatti, la derivazione che più converrebbe è quella ormai abbandonata da *pectis-sedeo* (9).

Io credo che il merito maggiore del Bonfante sia quello di aver trovato il significato pregnante della voce in esame. Oserci dire, però, che la via battuta non è quella più adatta, e che il risultato ultimo è, quanto meno, dubbio. Sta bene che l'ampia documentazione del Bonfante riesce a provare che in *possideo* v'è il concetto di signoria. E' anzi questo un punto fermo nella dottrina del possesso (e non sono molti in tale materia). Ma tale accezione si spiega con l'uso e non con la derivazione bonfantina. D'altronde occorre precisare che non può affermarsi per diritto e il linguaggio di Roma, ciò che il compianto Maestro pose a fondamento della sua indagine: la assoluta aderenza del linguaggio giuridico con quello letterario e popolare. Sempre che, s'intenda, si tratti di vocaboli che han dietro di loro una lunga storia. E' vero che di mora parla il giurista e il poeta; ma è anche più vero che certe frasi e parole, e sono quelle giuridiche e religiose, appaiono agli stessi romani consunte: « *multa verba aliud nunc ostendunt aliud ante significabant ut ostis; nam tum eo verbo dicebant peregrinum, qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem* » (10). E potrebbero addursi altri esempi: « *emere enim antiqui dicebant pro accipere* » (11); *consortium ercto non cito; axamenta cccetera* (12).

9. Cfr. ora ERNOUT et MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, Paris Hachette, 1932, s. h. v.

10. VARRO, *Liber V e Libris de lingua latina*.

11. FESTUS, s. h. v.

12. Cioè questo è il fenomeno proprio contrario a quello che il Bonfante

Inoltre: il Bonfante che si occupa del significato originario, etimologico della parola, fa cadere tutto il peso di questo sul primo componente del vocabolo, secondo la tesi *pot*, e finisce per rendere inutile l'altro. Ciò che sarebbe potuto avvenire, solo quando si fosse postulata di conserva una lontana origine del vocabolo. Ma il Bonfante crede che nelle XII tav. *possessio* sia rappresentato da *usus*.

Ma prima di tutto occorre precisare che, se il Bonfante, facendo ricadere tutto il peso del vocabolo sulla pretesa componente *potis*, ha affermato il concetto signorile di *possessio*:

credeva specifico e caratteristico di Roma. Pochi esempi varranno a mostrare come sarebbe ingenuo credere che la lingua di Roma fosse sottratta a quella che è una costante realtà: la diversa accezione di uno stesso vocabolo, a seconda del gergo tecnico in cui viene impiegata. Bonfante avrebbe ragione solo se potesse postularsi per Roma la mancanza di una storia e di una evoluzione del linguaggio; giacchè è proprio la evoluzione, il lungo uso, che conferisce ai vocaboli significazioni diverse, o che determina il formarsi di un gergo o linguaggio tecnico. *Modus* nel linguaggio poetico serve ad indicare le armonie musicali; o anche l'armonia del verso (COCCHIA, *La letteratura latina anteriore all'influenza ellenica*, III, Napoli, 1925, p. 23). *Modus*, ha, come noto, ben altro significato nel linguaggio giuridico (cif.; ad es. D. 19. 5. 6.). *Facere* nell'ambito giuridico si riferisce a prestazioni che non cadano entro il significato del *dare* in senso tecnico, e cioè p. es. ad un trasferimento del possesso (D 50. 16. 218) Cfr. SECKEL-HEUMANN, *Handbuch*, p. 120, 203, 252). *Facere* ha poi, invece, significato di « sacrificare » in terminologia liturgica (Cfr. COCCHIA, *cit.* vol. I, p. 87, n. 1). *Parimenti solutus* in Cecina presso Cicerone, *Fam.* 6. 7. 3., è interpretato come equivalente a « *maledicere* » (Cfr. HENDRIKSON, in *American Journal*, XIII, 3 e XXI, 4). Al contrario nelle nostre fonti il significato è quello di adempimento, adempiuto, come risulta fra l'altro da Gai. III, 168 e da D 3. 5. 38. E se anche può riconnettersi (HENDRIKSON, *cit.*) il *solutus* ciceroniano al concetto di impunità (e perciò, quindi, a quello di liberazione - *solvere* -) è pur sempre vero che sarebbe assurdo tradurre il *solutus iocus* di Livio (VII, 8. 11), il *solutus* di Cicerone, e la *soluta* pecunia delle nostre fonti sempre e solo con lo stesso termine: « liberato! ». La giusta considerazione dello H. può solo confortare la indubitabile convinzione che i tre diversi « *solutus* » hanno lo stesso etimo; sebbene sia necessario concludere poi, che hanno significati specifici ben diversi. E ciò può bastare a permettere un rigetto della tesi bonfantiana. Nello stesso senso del Bonfante, cfr. ora BIONDI, *Prospettive romanistiche*, 28 Gli esempi e le considerazioni sopra addotte valgano anche per il B.

1. quella derivazione non vince ogni perplessità; 2. identico risultato si raggiunge anche presupponendosi una diversa derivazione.

Perchè ecco: si tratterebbe di un composto (un avverbio o un aggettivo sostantivato, *potis*) che si fonde con un verbo intransitivo, *sedeo* (13). Un composto, derivante da due particelle in cui ogni possibilità di significazione transitiva è da escludere, un composto che d'un tratto apparso nelle consuetudini linguistiche di un popolo, assume d'un tratto significato transitivo. Con ciò nulla di impossibile in ipotesi. E' avvenuto per altre voci. Ma lo inesplicabile comincia quando si vuol affermare, di conserva con ciò che si va esponendo, che la voce possessio è parola in certo modo recente (14).

Ma ancora un dubbio: i romani hanno spesso lasciato soprattutto nelle iscrizioni funerarie e nell'uso giuridico (15) ai composti la loro forma originaria. E nulla invece rivela quel componente *potis* o *pot*. Ancora: in D 41. 2. Ip si raccosta possessio a sedes e nulla ricorda il *pot*.

In fine: significato signorile hanno altre voci: « occupare », « tenere », in cui il componente *pot* è lontano le mille miglia: « vel sibi agros attribuant vel patiantur eos tenere quos armis possiderint » (16); « regnum in civitate sua occupare », « re-

13. MUELLER, cit. da STOLZ-SHMALZ, cit. p. 376, parrebbe aver creduto che *sedeo* ha talvolta anche un significato transitivo. Si tratterebbe ad ogni modo di impiego eccezionale, così come per *possum* (id *possum*).

14. ALBERTARIO, *Il possesso*, cit. Bull. cit. p. 8, che a documentare come la voce *possessio*, di fronte alla formula *uti frui habere possidere* sia la più recente, cita CIL II 5041 risalente non oltre il 189 a. C. Ora non è possibile determinare l'epoca, nemmeno approssimativa di un determinato impiego di un vocabolo, riferendosi al più lontano dei documenti che si possiedono. E questo non è un punto che abbisogni di dimostrazioni. Per altro cfr. cap. 1, § 4 s.

15. MEILLET, *Esquisse d'une histoire de la langue latine*, Paris Hachette, 1928, p. 182.

16. CAESAR, *De b. G.* IV. 7. 4.

gno occupato » (17); « locis superioribus occupatis » (18); « tantus timor omnem exercitum occupavit » (19); « liberam possessionem occupare » (20).

Nè è di poco momento che il Bonfante non rilevò tale uso. La conclusione è dunque che altrettanto possibile è, in via di ipotesi, la derivazione da *por*, da quel *por*, che (« *por* indogermanico) è affine al pur umbro (21), affine al prati skr., al cretese portì, all'omerico protì (22), e che si trova in altri composti transitivi: *por-sino* (*pono*) (23), *polliceor*, *poluere*. Anche più facile è la derivazione da *pos* (*presso*), *posti*, donde il lat. *post* simile all'osco *pust* (24).

E' lecito allora con uguale o anche maggiore probabilità, pensare che, quanto al significato del composto (*siedo* *signore*, *signoreggio*, *domino*), può darsi una spiegazione adeguata, anche senza ricorrere alla forma *potis*, ma insistendosi solo sul significato del verbo *sedeo*, dal quale, composto o non, può mostrarsi promanare quel valore intensivo (25) che il Bonfante ebbe il merito di mettere in luce attraverso l'indagine letteraria. Basterebbe ricordare che i suffissi facilitano la trasformazione del contenuto dei vocaboli: da *teneo*, *obtineo*; da *video*, *invideo*; da *tango*, *contingo*; da *venio* *circumvenio*. Talchè da un significato materialistico (*guardar contro* = *invidiare*, *andar intorno* = *circonvenire*), si passa ad uno intensivo, spirituale, che non era nella voce originaria, nè nel suffisso.

17. CAESAR, eod. I. 3. 4.; I. 3. 7.

18. CAESAR, eod., I. 10. 4.; I. 23. 2.

19. CAESAR, eod., I. 39. 1.

20. CAESAR, eod., I. 44. 13.

21. H. OSTHOFF, in *Indogermanische Forschungen*, VIII, p. 2 + 3.

22. CURTIUS, in *Zeitschrift für vergleichende Sprache*, XIV (1865), p. 415.

23. BREALS, *Dictionnaire étymologique lat.*, Paris, Hachette, 1885, 275.

24. MEILLET, *Esquisse*, cit. p. 67.

25. Per le origini v. però contra DI MARZO, *Istituzioni*, p. 260.

E così da *sedeo*: possedere; dominare.

Però, anche nel solo verbo *sedeo* potrebbe rinvenirsi una significazione diversa da quella originaria di sedere, giacere materialmente. Infatti usa dire: *romanus sedendo vincit* (26) e sarebbe assurdo scorgere in *sedere* il significato di un ozioso riposo, del giacere sedendo. Il proverbio consiglia di non essere impazienti ma di non abbandonarsi; anzi vuol proprio cogliere un lato opposto del carattere romano: non l'ozio, voce estranea nel suo significato orientale, al vocabolario romano; non l'ozio, ma la costante e categorica pressione di una *volontà* ineluttabile è quella che dà la vittoria. Del resto *sedulus*, da *sedeo skr. sad* (27). E *sedulus* avrebbe avuto significazione di « ostinato », di « intento » a qualche cosa, infine di « inquieto ». Così *assiduus*: *boni assidueque domini* (Cic.); *assiduo vindex assiduus* (XII tav.). In cui *assiduus* è non più in significato di « colui che siede presso » (*ad-sedeo*), ma di « ricco », di « potente » (28).

Ma *possedeo*, al contrario, ha anche senso materialistico, come provano documenti anche remoti. Ed allora è almeno assai probabile che nel composto in esame manchi il componente *pot* o *potis*; è quanto mai accettabile che il significato signorile non derivi che dall'uso.

Nei documenti che si addurranno qui appresso, *possessio* e *possidere*, per quanto vetusto il documento stesso, hanno significato materialistico, sornito di ogni senso o allusione a valori spirituali, ed in cui, quindi, può pensarsi non sussistere il componente *pot*. Il termine qui andrà tradotto con un vocabolo che è la antitesi di *possessio* in senso stretto: con la voce che indica la *detenzione* materiale: « *Tunica et togula obtungula adi-*

26. Cfr. VARRO, de r. r. l. 14.

27. Al contrario riconnettevano *sedulus* a « sine (se) dolo malo » il RIBBEK, *Lat. Etym.* p. 182; e il BREALS, in « *Mém. de la Soc. Ling.* » v, p. 28.

28. BONFANTE, *Storia del Dir. rom.*; Milano, 1925, I p. 150; RAGUSA, *Le XII tav.*, Roma 1924, p. 60; BRUNS-LENEL, *Geschichte*, in Holtzendorf, I p. 321.

metur pannos possidebit fetidos » dice Plautus (29), e non può rendersi quel possidebit se non con un verbo che indichi il semplice rapporto materiale, in senso tutt'altro che di dominazione, ma di sopportazione: « indosserà, porterà; sopporterà panni fetidi » si deve tradurre. « Magna sapientia multasque virtutes aetate quom possidet hoc saxum » (30). E qui come in « Possidet non merito locus hic cito corpus iniquum » (31), il possidere va reso con « conservare », « racchiudere », in senso affatto materialistico, privo di ogni lume spirituale, volitivo, attivo.

Possidere in significato di detenzione è usato spesso, spessissimo in Plauto (32).

29. PLAUTUS, Tit. 139, ed. Ribbek.

30. BUECHLER, *Fragmento*, Lipsiae, 1895, p. 7. Pare si tratti di monumento al figlio di Ipsallo « eius qui consul obiit mortem a. u. 578 ». Cfr. l'editore Visconti.

31. BUECHLER, cit. p. 243.

32. Su Plauto e sulle questioni cui dà luogo il servirsi delle testimonianze che potessero rinvenirsi nelle sue commedie, cfr. la diligente bibliografia in CIAPES-SONI, *Appunti sul testo editale degli interdetti ecc.*, in Studi Albertoni, II, p. 100 (90 estr.) n. 138. Per ciò che attiene specificamente all'impiego della parola possesso e possidere nell'opera plautina (problema di cui il Ciapessoni non poté occuparsi), la BOZZA, *Sull'origine del possesso*, in An. Mac., 1929, p. 253, afferma che in Plauto non si trova mai possidere con significato giuridico. Contra: COSTA, *Il diritto romano privato nelle commedie di Plauto*, p. 243; e poi ancora, V. KAN, *La possession dans les comédies de Plaute*, Mém. Cornil, Paris, 1926, II p. 3 ss. secondo il V. Kan, « dans les comédies de Plaute les rapports possésoirs sont généralement rendus par le v. Habere, qui désigne à la fois le cas de détention, les cas de possession proprement dits et les cas de possession du propriétaire... Les cas de possession sont plus nombreux. Dans ces textes il s'agit généralement de la possession clairement distincte de la propriété (suum esse) ». Cist. 415, Curc. 189, 602, 603, 608, 635; Epid. 29, 442, 449; Men. 601; Merc. 1079; Mil. glor. 932; ecc.

Quanto alla voce possidere usata in significato di detenzione, tipico a me sembra il seguente v. del Tit. 139, (cfr. addensa ed. dal Ribbek, p. CXXXIV): *Tunica et togula adimetur, pannos possidebit fetidos*, in cui non può rendersi quel possidebit se non con un verbo che indichi il semplice rapporto materiale, in senso tutt'altro che di dominazione, ma di sopportazione. Cfr. Amph. I, 302; Bacch. III, 2 + 3; Truc. prol. 13.

3. L'impiego letterario più frequente e significativo della voce possidere è nel campo delle occupazioni territoriali. (Si adducono esempi oltre quelli del Bonfante). Il che si giustifica con la affermata origine della Possessio quale fenomeno di scelta e fissazione di sede da parte di gruppi politici. Ciò che le indagini filologiche sin qui condotte giustificano, è ciò che si proverà nel campo giuridico nei capitoli seguenti.

3. E' stato rilevato dal Coli (33) come nel campo internazionale il rapporto di sovranità è appunto indicato con un « *in*

Al contrario proprio in Plauto (e ciò conferisce alla tesi che in questo scritto si propone: essere la Poss il fenomeno della sede), è dato rinvenire un impiego di possidere per la domus: Aul. prol.: *hanc domum iam multos annos est quum possideo et colo* ». E chi parla è il lare domestico (cfr. su questo punto, oltre, cap. 2, n. 80).

E' necessario concludere su tal punto, che le oscillazioni di significato in Plauto non possono per nulla implicare una oscillazione originaria del concetto giuridico della Poss; in quanto è fin troppo chiaro che in un poeta non può richiedersi quella precisione teorica nello impiego non giuridico di vocaboli che abbiano anche accezione tecnica, giuridica. Al contrario le oscillazioni che è dato rinvenire nell'uso non giuridico della voce possidere depongono (contro il duplice assunto della tesi del Bonfante: 1. che anche in Roma i vocaboli hanno un significato tecnico ed uno corrente (e su ciò si spese anche qualche parola di più nella n. 12); 2. che possessio ha oltre che un significato « signorile », anche un significato che non è signorile. E di qui una duplice conclusione: 1. che la voce possessio ha subita una lunga evoluzione già ai tempi di Plauto, tanto che può rinvenirsi una duplicità di significazioni nel suo impiego, come rivela il confronto tra i testi plantini e il CIL II 5041 (189 a. C.); e tanto che può aversi la cristallizzazione di un concetto tecnico-giuridico, di fronte ad una accezione non tecnica, e perciò diversa; 2. che di fronte a questo stato di cose non può come fa il Bonfante, postularsi con assoluta sicurezza, la derivazione *potis-sedeo*, contrastante all'impiego non in significato « signorile » della voce in esame. E' vero che potrebbe obiettarsi che parimenti contrastante è, di fronte ad un uso di possidere per le cose mobili (es. per la *togula plantina*, di cui sopra), la derivazione che *pos-sedeo*. Ma la obiezione si vince agevolmente con la ipotesi che in questo scritto si propone, perchè fondamentale è per chi scrive la vetustà del termine (come dell'istituto). Onde si spiega che l'uso abbia potuto consentire l'impiego di possidere per le cose mobili; e l'uso può tutto, sino a determinare il fenomeno della enantiosemia.

33. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del dir. priv. nel periodo arcaico di Roma*, in Stud. et Doc. 1938, 68 ss. § 13, p. 84-90. Sul punto, cfr. più ampiamente il nostro cap. 2, n.

testate esse », « *in potestate redigere* », o « *venire.* », in fine, nello stesso significato con il termine « *possessio* ».

Lo stesso Bonfante che riporta vari esempi di tale uso, ha sfiorato questo campo col suo occhio di aquila, e pure non ha scorto che esso costituisce il territorio più vasto, in cui più frequente e pregnante è l'impiego della voce in esame. Egli stesso citava una terminologia di tal genere, solo per accomunarla a quella di senso privatistico o traslato, ma non seppe raccogliere tutti i casi che a noi interessano, e che si citeranno: egli infatti si preoccupava solo di mostrare il significato signorile della voce. E sfido che tale accezione essa avesse, quando gli esempi più cospicui sono offerti appunto dall'uso di *possessio* e *possidere* in senso di sovranità politica!

E prima di tutto si vorranno qui addurre quegli esempi che non furono raccolti dal Bonfante: « *Vel sibi agros attribuant vel patiantur eos tenere, quos armis possiderint* » (Caes., *De bello gall.* IV 7. 3). « *Ut... partem finitimi agri per vim occupatam possiderent* » (Caes. *ib.* VI 12, 4). « *Filia minor Ptolomaei regis vacuum possessionem regni sperans ad Achillem sese ex regia traiecit* » (Caes. *De bello gall.* III, 112, 9). « *Romanos non solum itinerum causa, sed etiam perpetuae possessionis culmina alpium occupare conari* » (Caes. *ib.* III, 2, 5). « *Allobroges, qui trans Rhodanum vicos possessionesque habebant, fuga se ad Caesarem recipiunt* » (Caes. *ib.* I, 11. 5). « *Suessiones... latissimos feracissimosque agros possidere* » (Caes. *ib.* II, 4, 6); in cui è evidente dal contesto che si tratta di possesso pubblico e non privato, di sovranità territoriale. Ancora « *Se neque sine exercitu in eas partes Galliae venire audere, quas Caesar possideret* » (Caes. *ib.* I, 34, 3). « *Nos eorum omnia possidemus* » (Probus, XV, 6). « *Ubisque regnabit, omnia possidebit secura res publica* » (Probus, XX, 5).

Ma a che perderci oltre in indagini di tal fatica, quando niente di più convincente che quelle stesse parole (e di quale efficacia!) che lo stesso Bonfante spendeva per dimostrare la sua tesi? « Tenere o perdere o recuperare il dominio, — egli scriveva sin dal 1906 — la signoria di una regione, di una provincia, di una città, non si esprime mai altrimenti dallo storico se non con le elocuzioni *Achaiam, Asiam, Gallias, Numidiam, terras, insulas, urben o urbes, civitatem possidere*, ovvero amittere o recuperare *Ispaniae, Siciliae possessionem, Macedoniae o civitatis possessione pelli* (34) ecc., persino un popolo si possiede: *Parthos possidere*; dice Pompeo Trogo della serie dei diadochi, cui obbedirono i Parti fino ad Antioco (35). L'antico impero dei Troiani, sulla regione dell'Ellesponto è ricordato dal geografo Pomponio Mela con la frase *Troianis possidentibus*. Alessandro, signore del mondo è ora bis possessor. *Caesar totum orbem possidet*; e così regolarmente si dice del popolo romano (37). Aureliano è detto ugualmente « *totius orientis possessor* » e « *totius orientis imperator* » (38). « *Ab oenotriis possessa Italia* » dice Plinio; e non sarà meglio tradurre « *dominata* » che non « *seduta*? Sono frasi di prammatica « *regni possessio* » « *regnum possidere* » per insignorirsi di un reame o semplicemente *regnare* » (39).

La conclusione è che la etimologia del vocabolo, la coscienza giuridica degli stessi romani convincono che nel Possessio è racchiusa originariamente l'idea della *sede*. Si spiega come, co-

34. SALL., *Iug.* 16. 5; 18. 11; 18. 12; 48. 3: ecc. ecc. Cfr. Bonfante, cfr. p. 520, n. 1.

35. IUSTINI, *Ep. Pompei Trogi*, 41. 1. 13. (Bonfante, eod. n. 2).

36. POMP. MELA, *Chor.* 1, 2, 14 (Bonfante, eod. n. 3).

37. VAL. MAX. *IV.* 1. 10; *VIII.* 14. 1 ecc. ecc. (Bonfante, eod. n. 4).

38. FLAV. VOP. *Aur.*, 28. 4 (Bonfante, eod. n. 5).

39. CAES. *de b. al.* 34; 1 ecc. ecc. (Bonfante, eod. n. 6).

stituendo il rapporto con la sede e col territorio un rapporto di sovranità, di signoria (sia essa *spettante* o solo anche *imperante di fatto*), il vocabolo venne a prendere poi la accezione di « signoria ». Che poi in prosieguo, come speriamo di poter provare (cap. 4°), il fenomeno possessorio venga ad essere indicato con una ricca formula (*uti frui habere possidere*) si spiega col fatto che la Poss, per opera del Pretore, abbraccerà casi che prima non erano in essa inclusi, casi che trasformeranno la Poss in fenomeno schiettamente economico e che renderanno necessario descrivere il fenomeno stesso; e la formula in esame è, infatti, ampiamente descrittiva.

Tutto ciò aspetta una dimostrazione diretta. Quella che ci proponiamo dare nelle pagine seguenti.

Cap. 2.

La Possessio come sovranità politica e come fenomeno sacrale

SOMMARIO. — *I caratteri della Poss Classica non possono essere intesi se non come residui di una più antica Poss avente carattere politico e religioso. La Poss originaria si presenta come quel fenomeno di scelta e fissazione della sede da parte di un gruppo politico, ciò che importa lo stabilirsi del gruppo su un territorio e il fissare i propri sacra. E' perciò escluso che più gruppi politici possano avere uno stesso territorio come propria sede (e si interpreta in tal senso il principio secondo il quale duorum in solido possessio vel proprietas esse non potest). Si intende anche come quel fenomeno dovesse importare che si vietasse a chiunque, fosse pure all'avente diritto al territorio, di immettersi violentemente. Ciò importava, altrimenti, una offesa ai sacra del gruppo politico che (sia pure senza diritto) dominava sul territorio. Solo i pontefici potevano, così come avviene per il sepolcro, mutare lo stato di fatto arbitrariamente instaurato dall'usurpatore.*

1. Si tenta distinguere concettualmente la sovranità territoriale in due aspetti: quella *imperante* (senza suffragio di un diritto) e quella *spettante*. La prima è precisamente la originaria Poss costituita da quel fenomeno per cui un gruppo politico fissa su un territorio i suoi *sacra* e la sua sede. Fenomeno questo che è meritevole di tutela di per se stesso, in quanto ogni attentato al rapporto territoriale di un gruppo è una offesa ai sacra del gruppo stesso. Sicchè, d'altra parte, o la vittima medesima ricorre ex continenti alla forza e alla autotutela, o se tenta ripristinare lo stato di fatto originario e immettersi al possesso del territorio sul quale per lo inanzi era, incorre esso stesso in una violazione della sovranità altrui, ed è esso stesso reo di lesa sovranità territoriale.

1. — Il punto dimostrato nel capitolo precedente parrebbe questo: che la Poss si riconnette nel ricordo dei più antichi giuristi, nella etimologia e nell'uso linguistico, insomma nella coscienza romana, alla sede e alla sovranità politica territoriale.

Occorre quindi penetrare più addentro nell'istituto e scovirne le radici.

Ad interrogare le fonti nulla appare più certo — e questo è pacifico — che la Poss ha avuto la sua applicazione tipica agli immobili. Ed è certo che l'inizio del possesso è segnato da una presa di contatto con la cosa, il corpore suo rem contingere della 1. 3. 1 D 41. 2. Se poi il possesso si estenda solo alla parte materialmente occupata, se, in particolare vi fu mai epoca in cui si sentì necessario omnes glebas circumambulare (1), è un punto sul quale torneremo presto. Qui interessa notare come alla base dell'acquisto del possesso sia un innegabile elemento materialistico. Quell'elemento cui allude lo stesso radicale *sed di* possideo, e che indica precisamente lo elemento territoriale e materialistico (sedes) dell'istituto.

Deriva da ciò come la dottrina corrente creda ed affermi che nel periodo più antico dovette essere assoluta la concezione materialistica e che la Poss derivi dal Precario.

Ma è proprio qui, allora che sorge il problema: perchè base della Poss è quell'elemento corporeo, sia pure che debba essere valutato — secondo il Bonfante (3) — alla stregua di un apprezzamento sociale? E se il precario, l'usus della ager p. vanno considerati come prototipi della Pss (4), come mai la Poss

1. Così ALBERTARIO, Bull 1932, cit. p. 27.

2. V. oltre nn. 21, 23, 155.

3. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelrechts*, 1; 2 Zusatz al paragrafo 67, p. 1233; *Studien im Besitzrecht*, in Festgabe f. Gneist, p. 64 ss; *Grundlagen der Besitzlehre*, in verm. Schrift. 1, 68 ss; BONFANTE, ora in *Corso*, III p. 223 ss; LAST, *Der Besitz, eine Verkehrscheinung* (in *Fragen der Besitzlehre*), in *DogJo* 1913, p. 1 ss.; ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, ora in *Scritti*, III, p. 101 ss.; GRIMM, *Die sociologischen Grundlagen des röm. Besitzrechts*, in *St. Riccobono*, IV p. 175 ss.

4. HEYNE, *Opuscula*, IV p. 350 (cit. dal Niebuhr); NIEBUHR, *Histoire romaine*, (trad. fr.) vol II (Bruxelles, 1836) p. 162 ss; *Vorträge über röm. Alterthümer*, Berlin 1858, p. 231 s.; SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, paragrafo 112 a; DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des jur. Besitzes des röm. Rechts*, 1883,

non assunse quello che è l'elemento caratteristico di quegli istituti, e cioè la *concessione*? E perchè, ancora, anche pel precario, per l'ager p. ecc. l'inizio deve essere segnato e caratterizzato da una presa di contatto?

Si suole ormai tutto ciò spiegare dicendosi che il precario, l'usus dell'ager p. e consimili istituti sono casi di « signoria » di fatto (5), e che l'espressione sociale della padronanza, nella società primitiva, è certamente l'apprensione, il tener la cosa, il risiedere su di essa da padroni: « occupare » da « capere », manucapere donde mancipium, da cui a sua volta deriva mancipare (6).

Orbene: se Poss è *tutto e solo* « signoria »; se questa signoria si sustanzia in un rapporto materialistico, in una apprensione, in un tenere la cosa, e così dicendo, deve allora:

o spiegarsi come mai dal Precario, dall'usus dell'ager p., dal sequestro, dal pegno, abbiano i romani distillato ed esaltato solo il concetto della padronanza e della esteriore materialistica manifestazione, e non quello, pur esso caratteristico, della concessione (7);

p. 5 ss.; ulteriore bibliografia in CAPONE, *Saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sull'origine storica del possesso*, in A G vol. LI, p. 158 ss.; BONFANTE, *Corso*, cit; p. 153 ss; ALBERTARIO, *Bull* 1932, cit. p. 16 (sulla peculiare dottrina dell'A. v. in seguito, n. 7); WEBER, *Röm. Agrargeschichte*, 1891, p. 27 ss.; KUEFLER, *Röm. Rechtsgeschichte*, 156.

5. Per tutti BONFANTE, *Corso*, cit. p. 139; il DI MARZO, *Istituzioni di Dir. Rom.*, 1936, p. insegna invece non sembrare « che rispett o alla possessio sia da accentuare il senso di signoria, che riporta piuttosto al significato che tale vocabolo ebbe ad acquistare più tardi ». E' certo, però, tranne ciò che si riferisce ai rapporti tra le voci usus e possessio, e su cui è più che accettabile la dottrina del Di Marzo che non può disconoscersi il carattere signorile della Poss (v. infatti oltre).

6. BONFANTE, *Corso*, cit. p. 227.

7. Così già UBBELOHDE, in *Glück's Erlaut.*, vol. 41. V, (trad. It. p. 505). E' certo che la concessione a precario nasce appunto da una concessione; fonda su una giusta causa (su questi punti v. cap. IV, paragrafo 2. e ivi, n. 7). Qui conviene

dire che nemmeno suffragano appieno tutti gli argomenti addotti dal Niebuhr (*cit.*), dal Savigny (*cit.*), dal Dernburg (*cit.*); ed accolti dal Bonfante (*cit.*). Gli argomenti sarebbero i segg.: anzitutto un parallelo con l'India, in cui il sovrano è il solo domino del territorio: egli può, quando crede, riprendere i campi coltivati dal Ryot. Tuttavia costui li coltiva, li cede, li eredita (*Vorträge*, *cit.* p. 231); non può agire per evizione, perchè non è proprietario. In una situazione identica erano in Roma i clienti, rispetto all'ager di cui erano precaristi. E in Roma avveniva che, mentre i soldati erano alle armi, i vicini cupidi e potenti espellevano le donne e i familiari del precarista, talchè si senti il bisogno di proteggerli. La riprova sarebbe nei molti testi in cui si accenna alla possessio pel godimento dell'ager (Cic. off. II, 22; Liv. II 61, IV 36, 51, 53; VI 5, 15, 35; epit. 58; Flor. III 13; *Paulus* II D XXI. 2; Cic. adv. Rull. III 3). Il Savigny da parte sua aggiunge che per l'usus dell'ager p., cioè per una dei più importanti e frequenti rapporti dell'antica Roma non si trova una determinata forma giuridica, benchè, presupposto lo spirito sistematico dei romani, non vi sia da dubitare che una sistemazione il fenomeno trovasse e, soprattutto, una tutela. Ma nelle fonti rom. si trova 1. che possessio, possessor possidere sono le espressioni tecniche pel godimento dell'ager p. (Liv. VII 16. Colum. 1 3; Plin. n. h. XVIII 3, Val. Max. VIII 6. 3; Or. V 19). E ciò spiega anche le terminologie: missio in poss. ex sœc. decreto; honorum possessio; la possessio usufructus del diritto Pretorio. 2. che gli itd rec. poss. spettano solo pel godimento degli immobili; ecc. Il Dernburg, da parte sua, aggiunge, la testimonianza di Festo, di Cic. De lege agr. II 3. 11.

A parte le critiche che al Niebuhr, al Savigny sono state mosse (Ubbelohde, *cit.*, JHERING, *Der Besitzwille*, p. 124 ss. e in genere tutta l'opera dello Jhering; CORNIL, *Traité de la Possession*, Paris 1905, p. 293 ss; passim), mi permetterei osservare che le prove addotte valgono solo a dimostrare che per l'epoca in cui quelle testimonianze si riferiscono (fine della Rep.; epoca cl.) il precario e l'usus dell'ager p. sono casi di possesso ad interdicta. Anzi le argomentazioni sono tali che non potranno rifiutarsi in questi precisati limiti; e non le rifiuteremo. Ci avvarremo di esse per dimostrare appunto che, ad una certa epoca, e precisamente allorchando il Pretore volle estendere la tutela dall'occupante in buona o in mala fede (caso originario della più antica Poss, quella sacrale), tra le nuove figure di Poss compariranno il precario, l'utente dell'ager p. ecc. Ma questa è l'epoca della nuova Poss (cap. IV). E quelle non sono argomentazioni sufficienti a giustificare la affermazione che la Poss è sorta come precario.

E' noto che l'Albertario (Bull. 1932, v. *Possesso* in Enc. Treccani) ha sviluppata la tesi essere la più antica Poss rappresentata: A) dalla concessione dell'ager p.; dal precario, dal pegno dal sequestro, tutti esempi di Poss revocabile e non conducente alla usucapio: B) dalla alienazione di res mancipi senza le forme richieste, casi di possesso non revocabile, ma conducente alla usucapio. Quando la Poss dell'ager p. (continua l'A.), si consolida in proprietà il posto della Poss revocabile, e i casi del poss del precarista, del sequestratario, del creditore pignoratorio, appaiono come species perdute di un genus scomparso. La Poss che prima era indicata con la formula usus fructus possessio, ora sarà indicata con la voce soli-

taria possessio. È solo in epoca cl., da Q. Mucio a Paolo, che la Poss ha i caratteri che le furono assegnati, dal Bonfante.

Alla Tesi dell'insigne Maestro, oltre quanto diremo nel cap. 4°, § 2, relativamente al passaggio dalla antica denominazione «*usus fructus possessio*» a quella univoca «*possessio*» (per noi la evoluzione è in senso inverso) potrà obiettarsi che il passaggio dalla Poss preclassica ora descritta, a quella classica avverrebbe per lo stesso Albertario «*sul finire dell'età repubblicata*» (Bull. cit., p. 21): ebbene, il più antico documento in cui appare la formula «*uti frui habere possidere*» è proprio la *lex agraria* del 111 a. C.; mentre nel più antico documento (sinora) da noi posseduto relativamente alla Poss v'è la univoca termine «*possessio*» (CIL, II 5042, del 189 a. C.). Nelle XII tav., come proveremo nel capitolo 3°, con la voce *usus* non si poteva alludere al possesso.

Alquanto diversa è la tesi che sostenne e va sostenendo la Bozza, *Sull'origine del possesso*, in An. Mac. 1930, p. 189 ss.; *Il Possesso*, Corso, Napoli, 1936; *La possessio dell'ager publicus*, Napoli 1937 (di cui, sino al momento in cui questa nota vien redatta, non si son potute conoscere che le prime 48 pp.). *Usus* (come già sostenne il CUQ, cit.) non significa nelle XII tav. (ed anche nei testi più recenti) mai «*possessio*». Poss è quella dell'*ager publicus*, ed indica «*la signoria-sovrantà*» su porzioni di terra tolte al nemico e concesse alle gentes. Il poss «*del diritto privato non esisteva all'epoca delle XII tav.*» (p. 200). Una conferma sarebbe nel modo in cui si effettuava la più antica garanzia reale: la fiducia cum creditore: se per offrire una cosa in garanzia se ne trasferiva la proprietà, è impossibile pensare che il possesso fosse conosciuto (ib.). La possessio dell'*ager p.* finchè si mantenne signoria politica nessun mezzo di difesa necessitò; ma allorchè si mutò in signoria parallela a quella privatistica, un mezzo era necessario per dirimere le controversie tra confinanti, e questo mezzo fu la controversia de loco (p. 211-2). La recezione della possessio nel campo privato sarebbe avvenuta per opera della giurisprudenza, cui non poteva sfuggire che alcune situazioni sprovviste di tutela, o di tutela ben definita, trovavano un addentellato nella ben nota possessio (p. 213-4). Ora gli elementi costitutivi della Poss dell'*ager p.* sono: 1) una signoria di fatto su di una cosa altrui; 2) una concessione del magistrato che investe di quella signoria; 3) la assenza di limiti di tempo. A questi stessi caratteri rispondono i casi dei possessi c. d. anomali: dunque «*questi possessi furono i primi casi di applicazione della possessio al diritto privato*» (p. 214-5).

A questa concezione può opporsi, oltre il fatto già opposto al Niebuhr, che la tipica possessio privata si fonda addirittura su un illecito, tanto è che il caso tipico di possesso è quello del ladro (in tal senso anche la dottrina dominante: cfr. per tutti PEROZZI, *Istituzioni*, I, p. 828, n. 1).

Tanto vero che il ladro, l'usurpatore gode degli itd: e non è concepibile che questa figura di possessore sia stata inserita successivamente alla prolazione degli itd possessori (cfr. cap. 4°, § 1), quando la civitas va sempre più reprimendo la violenza. Inoltre la figura tipica di possessio, quella che vien definita con se stessa, senza rinvio ad altri concetti, è proprio la possessio pro possessore. La anomalia, infine, del poss del precarista, del creditore pegnoratizio, del sequestrata-

ovvero conviene ricercare un altro istituto nel quale si rinvengano *tutti e soli* gli elementi e le peculiarità della Poss (8).

rio si rivelerà (cap. 4^o, § 3, testo e note) nel fatto che in presenza di quei casi da Sabino a Trebazio a Paolo a Giavoleno, si vedrà un doppio possesso o una divisione degli effetti del possesso: concezioni queste necessitate dal fatto che *usus* è venuto a coincidere con possesso, e che si dovè, ciononostante, e per tradizione e per ragioni pratiche, da una parte conservare la *usucapio* al *rogatus* (che prima aveva l'*usus*, non la *poss*); dall'altra ammettere il *precarista* alla tutela interdittale (mentre non potrà *usucapire*, perchè la *usucapio*, per tradizione, spetta al *rogatus*). Che per la dazione in garanzia si trasferisse non il *poss*, ma il *dominium*, non può significare che non fosse conosciuto il *poss*, perchè quella circostanza può solo far dedurre che il diritto romano *precl.* non conoscesse la dazione in garanzia effettuantesi a mezzo del trasferimento del *Poss*. Il che si spiega, in quanto la legge del minimo mezzo non si attua se non attraverso secolari esperienze. E' tutto il diritto romano *precl.* che lascia la impressione che la legge del minimo mezzo non fosse sempre rispettata: il che si spiega anche, in quanto spesso si tratta di persistenza e di antiche tradizioni. Per noi il fenomeno della fiducia si spiega, giacchè il trasferimento del possesso non poteva essere nelle origini concepito, che come trasferimento del *dominium*, se si voleva trasferire nel creditore o nell'amico la « *signoria* » sulla cosa in base ad una *causa* lecita e giuridica, mentre la *Poss* è per definizione (almeno in questo scritto, v. sopra ed oltre, cap. IV) una « *signoria* » sornita di una *causa* e riposante sul solo fatto, *senza* una *causa*. La più antica *Poss* è poi restia ad essere trattata in negozi giuridici (v. Cap. IV). Dalla argomentazione della Bozza risulta solo, non che nelle origini non si conobbe il possesso (d'altronde la *Poss* cui noi alludiamo è diversa da quella della B.), ma che non si conobbe un *trasferimento* del possesso. Ciò in cui perfettamente conculderemmo.

Nè si poteva concepire un trasferimento della detenzione, perchè interessava dare al creditore e all'amico un *potere giuridico*.

Quanto alla tesi che la *Poss* ebbe in origine tutela nella controversia de loco, v. le giuste osservazioni dell'Albertario (Bull. cit., p. 18 in n.).

8. Nè è accettabile la tesi che la *Poss* è nata dalle *vindiciae*, come è la tesi (bibl. scelta) di: PUCHTA, *cit.* l. c.; JHERING, *Besitzwille*, p. 124; *Ueber den grund des Besitzes*, p. 78 ss.; e *Besitz* in *Handw. der Staatsw.* del Conrad, II, p. 406 (sullo J., e soprattutto sul *Besitzw.*: cfr. RICCOBONO, in A. G. 1893, p. 227 ss.); BEKKER, *Zu den Lehre v. L. A. sacr. dem utipossidetis u. dem Besitz*, in *SavZ.*, V, (pp. 1936-288) p. 143 ss.; KLEIN, *Sachbesitz u. Ersitzung*, Berlin 1891, p. 86 ss.; CORNII, *Traité de la possession*, Paris 1905, p. 195; RICCOBONO, ora in *Possesso*, Roma 1933-4, p. 252; sul PFLUEGER, *Besitzklagen*, e sul BESELER, *Miscellanea*, in *SavZ.* 1922, p. 421 ss., cfr. BONFANTE, *Corso*, *cit.*, p. 196.

Argomento basale per respingere questa tesi pare a chi scrive (oltre quella di una mancanza di argomenti testuali o diretti), il fatto che non si spiega perchè

Liberarsi del dilemma non è possibile. E se la dottrina corrente non ha potuto spuntare con validi argomenti la prima alternativa, e non dà una convincente giustificazione di talune caratteristiche della Poss (9), non resta che l'altro corno del dilemma. Ed è la soluzione di chi scrive. La Poss fu in origine pro-

protetta debba essere solo la Poss concessa dal pretore nella l. a. sacramento in rem; e non anche le missiones in possessionem. Inoltre, il Pretore non concedeva le vindiciae arbitrariamente (CUQ, *cit.*, p. 12): dunque il concetto di Possessio è presupposto dallo stesso Pretore. E allora non si spiega perchè protegga solo il possesso che egli attribuisce, e non anche quello preesistente. Inoltre: la Poss tipica (v. sopra n. 7) è quella di colui che non si fonda su nessuna causa lecita.

Per concludere sulle due correnti dominanti ora cennate, potrebbero ancora giovare le parole del PADELLETTI, *Storia del dir. rom.*, p. 530, e nello stesso senso scettico, BEKKER, *Das Recht des Besitzes*, p. 12. Ancora oggi mentre il BONFANTE, *Corso cit.* II. cc. accusa la dottrina contraria di non aver alcuna prova a suo favore; il RICCOBONO, *cit.* I. c. oppone « che la costruzione del Bonfante si fonda sopra delle semplici supposizioni, non sorrette per altro da un argomento probatorio in verità suadente »!

9. Ad es. se la Poss è res facti si spiega perchè possieda il coniuge donatario, perchè si perda con la prigionia e non si riacquisti col postliminium (v. oltre nel testo § 11). Il coniuge donatario possiede ma non potrebbe essere proprietario della res donata. E non si spiega però come mai non possieda il servus o il filius f.: se la Poss è una res facti, (come ad es. la stessa detenzione) essa dovrebbe sussistere ogni volta che la situazione di fatto sussiste. Si potrebbe rispondere che la Poss « et iuris est » (D. 41. 2. 49. I. Ma sul testo v. VASSALLI, *Miscellanea critica*, II, p. 36): ma perchè allora questo principio non giova anche pel caso del coniuge donatario, quando la Poss offre dei vantaggi? Per noi si spiega (v. cap. °, § 4). E' un fatto la Poss? E perchè allora si richiedono pure dei requisiti soggettivi? « Ciò non è in contraddizione con la natura di fatto del possesso (scrive, ad es. il BONFANTE, *Corso cit.*, p. 214) poichè il possesso, se non è un diritto, è un rapporto produttivo di diritti ». Giusto. Ma perchè non interviene questo criterio anche per esigersi nel Poss una legittimità di acquisto? Perchè possiede colui al quale è stata venduta una cosa dalla donna sine tutoris auctoritate?

Ancora un altro ordine di dubbii: viene ripetuto, senza nemmeno che ci si proponga la questione, che gli elementi necessari alla conservazione della Poss sono meno forti di quelli per l'acquisto: « Die äusseren (corpus) wie die inneren Erfordernisse (animus) sind für die Besitzfortdauer schwächer, als den Besitzerwerb » (SIBER, *Röm. Recht*, p. 142). Infatti per l'acquisto occorre una presa, un contatto materialistico. Per la continuazione ciò non necessita. Eppure una ragione ha dovuto esservi. Per noi si spiega (v. oltre § 15).

tetta pel solo fatto di implicare, quale signoria politica (di una gens, di una famiglia) (10), un rapporto sacrale; pel solo fatto di fondare su un elemento religioso che impone rispetto ad ognuno, sia pure all'avente diritto al territorio, e che perciò non può essere violentemente turbato, senza che la turbativa offenda gli stessi numi tutelari e il senso religioso, a meno di un intervento dei pontefici. E' questa la Poss che il pretore ha tratta dall'ambito sacrale in quello giuridico.

E' necessario provare.

E ciò sarà fatto distinguendosi i tre momenti di cui consta quella sovranità territoriale: l'elemento politico, quello religioso e quello dinamico, dimostrandosi parallelamente come i due elementi sussistano sia nella sovranità statale che nella Poss privata, e come solo facendosi ricorso ad essi possano giustificarsi le caratteristiche del nostro istituto (10-bis).

10. Non è improbabile che la tutela della sede territoriale sia da concepire fra le gentes oltre che tra le familie, in quanto la tesi del LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano 1934, p. 27 ss., che le gentes non vivessero isolate, ma federate (sul Luzzatto, DE VISSCHER, in *Studia et Doc.* 193 p.), può indurre a ritenere che tutta una gens ricorresse alla comune autorità religiosa per ottenere soddisfazione rimpetto alla gens che violava la sacra sede. Con questo richiamo alle gentes non si è voluto per ciò stesso aderire alla tesi della originaria proprietà gentilizia difesa dal MOMMSEN, *Röm. Geschichte*, I, p. 150; MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, Leipzig, 189, I p. 257; CUQ, *Les Institutions juridiques des romains*, Paris, 1928 241; ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in *An. Un. Messina*, 193-4, ed *Istituzioni*, 414; ancora per una proprietà collettiva delle res mancipi BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, I, 184, e *Corso*, II, I p. 215; MARCHI, *Le res mancipi e la proprietà della gens*, in *A. G.* 1921 p. 60 ss. Ma, contra, DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano*, I, p. 317 ss; DE VISSCHER, *Mancipium et res mancipi*, in *St. et Doc.* 1936, p. 295.

10 bis. Sono questi i componenti di quello che scolasticamente si chiama CORPUS. Per l'animus, v. oltre n. 132.

Diciamo apposta che l'elemento politico, quello sacrale e quello religioso costituiscono, insieme, il c. d. corpus. Infatti, si condizionano a vicenda e si manifestano l'uno attraverso dell'altro. Così, il risiedere su un territorio (il che costituisce certamente il momento dinamico, materialistico) non è dal punto di vista

E' necessario tuttavia passare a chiarire quale il rapporto, che, secondo chi scrive, corra tra dominium e Poss nelle origini.

La Poss, secondo la tesi che qui si prospetta, anche prima che fosse dal Pretore elevata dall'ambito sacrale — in cui era — in quello giuridico, rappresentava la situazione di chi aveva una signoria (politico-religiosa) su un territorio. Ma lo stesso Dom non è che sovranità territoriale (11). Con questa peculiarità e differenza riguardo alla Poss, che nel Mancipium (12) quella sovranità è secondo *spettanza* ed è difesa con mezzi appositi. mentre nella Poss la spettanza manca, e non v'è che una imperante sovranità politico-religiosa che, per il suo fondamento

possessorio rilevante, se la sede non sia anche la sede dei *sacra*, e non sia circondata da elementi religiosi, quali i confini (v. oltre § 7).

Così l'elemento sacrale si manifesta attraverso quello materialistico (il circumambulare, il manucapere, sono mezzi per imporre su una cosa il nostro potere, che non è vero potere, capace di tutela, se non è surretto da un principio religioso) (v. oltre §§ 4, 13 e 14).

Così la Poss persiste nonostante sia momentaneamente interrotto il potere di fatto (detenzione), purchè (essendo quello ripristinabile) sussista ancora e sia attuale il potere religioso (Possessio dei saltus hiberni et aestivi; possesso delle cose momentaneamente smarrite) (v. oltre §§ 15, 16).

11. BONFANTE, *Corso*, II, 1 p. 190 ss.; DE FRANCISCI, *Storia* cit. I. c.

12. Per una identificazione di Mancipium a Dominium cfr. JHERING, *Geist des röm. Rechts*, Leipzig, 1928; BONFANTE, *Corso*, II, 1 p. 173; CUOQ, *Manuel* cit. p. 243; COSTA, *Storia del diritto rom.* p. 179; LONGO, *Corso (La Proprietà)*, Milano. 1935, p. 133; BETTI, *La vindictio romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, in Filangieri, 1915 p. 326 n. 2 (ivi, p. 328 n. 2, un parallelo tra mancipium e Gewere), p. 329 n. 1. Secondo il MOMMSEN, *Nexum*, in *SavZ.* 1902, p. 439 n. 3, il termine proprietas non appare che nell'elogio funebre di Murcia. Certo nelle XII non si rinviene un termine per indicare la proprietà in senso tecnico. Cfr. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della Proprietà*, Padova, 1924, p. 74 ss.; WLASSAK, *Studien zum altröm. Erb- u. Vermächtnisrecht*, Wien u. L. 1933, p. 40 ivi altra bibl. Contro la identificazione v. MITTEIS, *Röm. P. R.*, cit. p. 73, n. 1; MONIER, *Manuel élémentaire de dr. rom.*, 1934, p. 696; ed ora DE VISSCHER, *Mancipium* cit. in *Studia* cit. Sulla tesi del De Visscher, secondo il quale mancipium indicherebbe la potestà del pater f., v. oltre in questo stesso cap. § 3, n. 24).

sacrale (comè appunto si vuole dimostrare) si impone a tutti, fosse pure l'aveute diritto, ed ha la sua tutela da pontefici.

E' agevole pensare che anche nelle più lontane epoche di Roma, costituita una federazione tra gruppi politici, (v. sopra n. 10) il ricorso all'autotutela fosse permesso solo per respingere un attacco attuale e violento alla sovranità territoriale. Che se, per caso, l'usurpatore ha instaurato uno statò di fatto, non può la vittima ricorrere alla forza per sovvertire il nuovo ordine, perchè altrimenti egli stesso sarebbe reo di lesa sovranità territoriale, di quella sovranità territoriale imperante (non spettante), che l'usurpatore ha sacramentalmente costituita.

Nè si opponga che in tale concezione, affermandosi che la Poss è un rapporto dinamico-sacrale, si viene a confondere la Poss col dominium; nè si opponga che, date quelle premesse, l'elemento che da noi si ravvisa come discretivo (cioè la *spettanza*) resta assorbito dal fatto sacrale, che pei primitivi sarebbe in luogo della spettanza. Non si opponga tutto ciò. Invero, il fenomeno sacrale non converte niente affatto in dominium la Poss; ma se l'elemento della spettanza manca, fa solo che la situazione di mero fatto (che altrimenti sarebbe indifferente) assurga ad una importanza tale da essere meritevole di tutela (nel caso, della tutela possessoria). La *spettanza*, infatti, è un concetto diverso e distinto da quello risultante dall'elemento religioso; la spettanza risponde alla concezione per cui è necessario che una cosa sia esclusivamente assegnata (con rapporto religioso) ad uno anzichè ad altro), anzi, direi, si oppone alla attualità di un tale rapporto per determinare una modificazione del rapporto stesso, una sostituzione in senso soggettivo. La spettanza, dunque, non è data dalla religiosità di un rapporto di fatto, ma dalla conformità del rapporto dinamico-religioso ai mores, alle convenzioni, al diritto che vigono tra le parti in questione.

La prova di ciò risulta dalle considerazioni che seguono:

Nella stessa sovranità statale, quando sia in discussione la appartenenza di un territorio ad uno piuttosto che ad altro Stato, è appunto in base al concetto di spettanza che si decide, e non a quello della attuale soggezione, che è soggezione dinamica, sì, ma anche e soprattutto politica religiosa.

Nell'istituto del sepolcro — del quale più ampiamente in seguito — se la inumazione avvenga da parte di colui che non ha diritto al territorio, si instaura un rapporto, religioso certamente, e tale che si impone al rispetto anche del dominus, il quale non potrà personalmente turbare lo stato di fatto, dovrà rispettarlo o ricorrere ai pontefici. Ma non per questo potrà affermarsi che egli abbia perduto il dominium. E proprio di questo nel caso nostro si intende parlare.

Segno che da solo l'elemento religioso (che si accompagna a quello di fatto) non costituisce e sostituisce la spettanza.

E' questa la origine della Possessio, origine remota e di natura politico sacrale. E' necessario passare alla dimostrazione di questa tesi a noi cara (13).

13. E' plausibile ipotesi (che sarà da noi confortata da argomenti oltre nel cap. 4^o) che in origine al dominus non potesse spettare la tutela Poss. Cfr. ALBERTARIO, Bull. 1932, cit. p. 18; BOZZA, *Sulle origini*, cit.; BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, 117.

A) 2. Si inizia la dimostrazione (essere la Poss fenomeno politico): il termine possidere (cap. I) è sintomatico per le conquiste territoriali statali ancora in epoca storica. La conquista bellica ha un punto di contatto con l'acquisto del possesso privatistico, tanto che per tutti e due i fenomeni non si richiede un *omnes glebas circumambulare* (D. 41. 2. 18. 4), ma basta un controllo. Così la perdita avviene anche per la parte in cui ci si rifugia quando non si abbia il coraggio di respingere l'invasore (D. 41. 2. 3. 8).

2. — Si sarà certamente contribuito ad isolare il carattere originario della più antica Poss quando si mostrassero i suoi punti di contatto col rapporto di sovranità statale sul territorio.

Ma è necessario chiarire anzitutto un punto: Che la sovranità statale territoriale sia piuttosto da configurare come un « *meum esse* », come un diritto che come un fatto (14), è affermazione che troverà minor credito quando si sia riflettuto maggiormente sul fenomeno e sulla stessa terminologia classica.

Che cosa è che nei rapporti interstatali costituisce il diritto?

Aggiungerò che negli stessi rapporti statuali si deve distinguere tra una sovranità comunque *imperante* ed una sovranità *spettante*. Ma sia l'una che l'altra rappresentano tale rapporto che merita rispetto e non ingerenza diretta. Il non aver tenuto tutto ciò presente, io penso, fa causa nel Partsch (15) del fraintendimento della formula senatoria nella procedura arbitrale internazionale (16).

14. COLI, *Sul parallelismo* cit., 90.

15. PARTSCH, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, Breslau, 1905.

16. Secondo il Partsch, trattandosi di rapporti con suolo provinciale o peregrino, i romani non avevano che una formula sola per indicarli: « *uti frui habere possidere* », « *echein, katechein, karpizesthai* ». I giudici greci, invece, deciderebbero sull'appartenenza dominicale, sul *diakatéchein*, che indica appunto la proprietà. Secondo il Partsch ciò potrebbe essere dovuto ad una di queste cause: 1) o il Senato (che dettava la formula alla città greca nominata arbitra nella controversia) ha usata una formula greca « *echein katéchein* » ecc. per definire appunto la proprietà, ma non si accorgeva che la formula prescelta era inadatta, onde i giudici avrebbero poi corretta la dizione decidendo precisamente sul *diakatéchein*; 2) ovvero *possessio* e *possidere* avevano nel II s. a. C. (es. nell'arbitrato fra *Hierapytna* ed *Itanos*, 138-132 a. c.; cfr. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico* ecc. in *Bull.*

Ma come già si diceva, anche nei rapporti internazionali deve distinguersi una sovranità imposta per una qualsiasi ragione (e tuttavia, anche essa capace di rispetto da parte di tutti), e una sovranità fondata su ragioni che non sono di mero fatto (nazionalità, immemorabile ecc.). Naturalmente la differenza è meno rilevabile nei rapporti interstatali, e non determina una distinzione netta fra *Dominium* e *Possessio*, così come avviene nel diritto privato. Qui, infatti, è avvenuto ben presto, col sorgere

1892, p. 307 ss.; PHILLIPSON, *The international Law and custom of ancient Greece and Rome*, London 1911, II, 158) un significato diverso da quello di signoria di fatto accompagnata da volontà signorile (PARTSCH, cit. p. 23); 3) che i giudici mutassero il possessorio col petitorio.

Ora è inverosimile che i Greci non intendessero il valore della *Possessio*, perchè se ciò può concedersi in ipotesi, è dato invece affermare che gli stessi romani, nel caso della III guerra punica (cfr. SAUMAGNE, *Les prétextes de la III-me guerre punique*, in *Rev. Hist.* 1931, 225 ss.) pur tenendo presente la procedura interdittale possessoria giudicarono sul « *iuris esse* », sull'« *in manu esse* », insomma sulla proprietà (PASSERINI, *Nuove e vecchie tracce dell'itd uti poss, negli arb. pubbl. internaz.*, in *Atheneum*, 1937, (25-27), p. 34); e non può quindi nemmeno sospettarsi che anche i romani, quando giudicano nelle controversie arbitrali pubbliche smarriscano il senso degli istituti dei vocaboli. La ipotesi che nel II sec. a. C. avesse significato diverso da quello cl., cade quando si rifletta che l'*itd. uti possidetis* (su cui si modella l'arbitrato pubblico; cfr. oltre PARTSCH, SAUMAGNE, PASSERINI, citt. CIAPESSONI, *Appunti* cit. p. 15, KUEBLER, *Geschichte d. röm. recht*, p. 155; SELIGSOHN, *Iusta possessio*, pp. 6-15) era già in quell'epoca pienamente formato (PASSERINI, cit., 34). Ciò del resto, proverà ancora il fatto che, secondo noi, *Possessio* e *possidere* hanno avuto sempre lo stesso significato tecnico (cfr. cap. 4°).

Che *possidere* nelle formule arbitrali pubbliche debba definire solo e sempre la proprietà di perigrini o il suolo provinciale (PASSERINI, cit. p. 34), non credo. D'altronde, contro il Partsch, affermerei che *diakatéchein* ha anche significato di *possidere*, come risulta da un documento dei tempi dei Tolomei (11 dic. 117 a. C.; cfr. MEYER, *Papyrusurkunde* n. 30, p. 273 ss.). Ancora in Pap. Ox. 67; lin. 9 *diakatéchein* ha significato di *possedere*, avere in potere fisico. Così ancora nel processo di Hermias il convenuto afferma con la voce in esame il suo possesso, giuridicamente fondato, anziché la proprietà (v. SELIGSOHN, cit. p. 23 ss.).

Secondo chi scrive le cose starebbero a questo modo: i romani adottarono per le procedure arbitrali la procedura interdittale possessoria nel fatto che questa procedura ebbe come suo tipico e originario carattere di risolvere problemi di sovra-

della città, che si imponesse una differenziazione fra sovranità (politico-sacrale) spettante e sovranità semplicemente regnante. Si sentì, cioè, che altro è il signoreggiare su un territorio (17) *spettante* (Dominium), altro il signoreggiare di solo fatto, *senza spettanza*. anzi contrariamente ad un diritto altrui. Nel primo caso la tutela si ammise in via definitiva, e spettò sempre, mentre nel secondo è al possessore concessa solo interimisticamente (e, come diremo, per ragioni sacrali), solo di fronte a lesioni

rità territoriale politico-sacrale. Fu dunque la affinità tra la Possessio (termine che si usa qui nel suo significato privatistico) e la sovranità statale, a determinare la adozione. Affinità consistente nel fatto che sia l'una che l'altra si impongono al rispetto di tutti (anche della parte lesa) pel solo fatto di essere rapporti di sovranità politico-sacrale. Nelle controversie arbitrali internazionali quello che interessa è accertare lo stato di fatto precedente, dichiarare da parte di chi avvenne la violazione dello statu quo.

Ora — come in taluni casi — nulla vietava ai giudici che, pur decidendosi in base a una procedura possessoria — si cercasse e si giudicasse della *spettanza* politica. Gli è che il rapporto di sovranità statale non ha le rigide distinzioni privatistiche fra Dom. e Possesso.

La procedura arbitrale pubblica fu però adottata in un'epoca in cui per lo stesso possesso privatistico era in uso la formula descrittiva (cfr. cap. 3° e 4°) « *uti frui habere possidere* ». Non può quindi dedursi dal fatto che in tali procedure pubblicistiche viene usata quella formula invece dei vocaboli solitari « *possessio, possidere* » la affermazione che nella più lontana epoca la Possessio non ebbe un carattere univoco e fu diversa da quella cl. (SELIGSOHN, cit. l. c. (cfr. cap. 4°).

Non mi pare calzante la obbiezione della BOZZA, cit. ,190, n. 2, che nessuna deduzione è lecito trarre dalle più volte citate procedure arbitrali, in quanto la terminologia ivi usata avrebbe riguardo a proprietà provinciale, indicata con la terminologia in esame che, poi, indicherebbe le varie attribuzioni della proprietà. La obbiezione oltre che al Seligsohn andava fatta anche al KUEBLER, cit. l. c., ecc. Non è poi calzante in quanto le procedure arbitrali pubbliche non si ebbero solo « tra città greche o dell'Asia minore », ma anche per altre. In esse non si controverteva della proprietà dei singoli, ma della sovranità territoriale di uno Stato rispetto ad un altro, o di una città rispetto all'altra: controversie, dunque, relative, alla sovranità territoriale statale in quanto tale. E' per questo che il richiamo è sembrato qui istruttivo.

17. Sul concetto di « *territorium* » MOMMSEN, *Le droit public des romains*, VI, 2°, 476 ss.; KARLOWA, *Röm. Rechtsg.*, I, 53 ss.

qualificate (18), e non anche se il possessore casu amiserit possessionem.

Ora potrà mostrarsi, e sarà istruttivo dopo il fin qui detto, come la Poss privatistica abbia caratteristiche tali da poter essere correttamente ed utilmente ravvicinata alla sovranità territoriale statale, sia essa o non sia spettante.

Un primo argomento è dato fornire mostrandosi il parallelismo tra la Poss e il Bellum (19).

Impressionante e precisa è la stessa terminologia. Si trova in uso, infatti, presso gli scrittori militari l'endiadi « occupare et possidere », soprattutto nella forma tipica dell'ablativo assoluto: « occupatis et possessis agris ». E nel capitolo I si è ampiamente documentato l'uso di possidere per le conquiste territoriali. Intanto è sintomatico che a base della Poss sia proprio, come nella sovranità territoriale statale, un elemento materialistico, e che la figura tipica del nostro istituto sia precisamente, come risaputo, per gli immobili (20). Ed è anche certo che l'inizio della Poss è segnato in origine, e la dottrina dominante ha,

18. BONFANTE, *Corso*, III, 179. Non per questo si accetta la concezione che con gli itd si volle proteggere l'ordine pubblico (ZIMMERN, *Geschichte d. rom. Privatr.* III, & 72, 225, 5 cit.; UBBELOHDE, vol. 43^o (trad. it.) p. 618; CUQ, *Récherches*, cit. p. p. II, 30, 31; KARLOWA, cit. II, 1028. Sarebbe strano che la città proteggesse la vittima quando la lesione è lieve (turbativa), e proteggesse invece l'usurpatore quando la lesione è stata così grave da portare allo spossessamento. Nè si spiegherebbe perchè lo Stato debba voler proteggere l'ordine pubblico obliterando il buon diritto del cittadino, e preferendo, invece, il fatto al diritto. Cfr. per altro, cap. 4^o § 2.

19. Il possesso nei rapporti internazionali si manifesta con la occupazione militare. Così COLL. *Parallellismo*, cit. p. 88, n. 41. Che nell'acquisto bellico concorressero convincimenti ed istituzioni religiose (ed è un punto che ci interessa, v. oltre) si prova col fatto che se una città era vinta si riteneva che vinti fossero i suoi stessi numi (FUSTEL DE COULANGE, *Città*, cit. p. 195 ss.).

20. CUQ, *Récherches*, cit., 7; MANUEL, cit., 308; BONFANTE, *Corso*, cit. III, 153.

come si dirà, fin troppo calcolato l'accento su questo punto (21), da una presa di contatto con la res: il corpore suo rem contingere. E Paolo, a proposito dell'acquisto possessorio del fondo, dichiara necessario almeno un introire quamlibet partem fundi. Così, al contrario, perchè possa concedersi ad altri il Poss è necessario che il fondo sia sgombro da ogni altro occupante: necesse est... te vacuum possedisse... Vacuum cum ego adessem, possidere non potuisti (Auct. ad Heren. IV 29, 40; - fr. 2. 3 D 19 I) (22). Il che dimostra come la presenza sul fondo, la insistenza e la persistenza del rapporto materialistico impedisca che cessi il rapporto possessorio, in quanto (pel principio: duorum in solido possessio esse non potest) non può l'acquirente iniziare il proprio poss fin quando il cedente mantenga il proprio rapporto col fondo.

E' principio poi per l'acquisto ereditario dell'extraneus che « possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet »; ed è comunissima frase il « possessionem adprehendere » come in l. ult. D 6. 2; - 7. 4 D. 41. 4; - 38. 2 D 41. 2.

Il Poss militare però si estende non alla sola parte sulla quale le truppe poggiano il loro piede: sarebbe illogico ed antisociale. E' vero che l'exercitus eam tantummodo partem quam intraverit optinet (D 41. 2 18. 4): ma lo sfondamento implica un controllo, e perciò l'acquisto bellico si estende fin dove quel controllo è possibile. Parallelamente, quindi, si deve essere indotti a negare che per la Poss privatistica vi fu mai epoca in Roma in cui si richiese per l'acquisto possessorio di un fondo

21. Per l'ALBERTARIO, Bull. cit., 27, RICCOBONO, *Possesso*, cit. 106, il quale ultimo afferma che « nel periodo antico doveva essere assoluta la concezione materialistica.

22. KNIEP, *Vacua possessio*, Jena 1886, Vol. I; ASIBRANDI, *Teoria del Possesso*, in *Scritti*, I, 253; BONFANTE, *Note ad Windscheid*, IV, 455, ed ivi testi.

omnes glebas circumambulare (23): se Paolo stesso ciò respinge, è una prova che tale necessità non fu sentita. La negazione di Paolo (nulla induce a crederlo e le considerazioni che precedono provano il contrario) non determina o rappresenta una *nuova corrente*: è il ricordo di un principio tralaticio.

Il Poss, si conserva fin quando si conservi e sussista la capacità (dinamica, fisica) di difesa: « si quis nuntiet domum a latronibus occupatum et dominus timore conterritur noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet » (D 41. 2. 3. 8). E' cioè pacifico che il timore, e perciò la viltà, fa sì che si perda anche il poss della parte su cui materialmente si insiste. Al contrario, « si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desiisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul atque sciero » (D eod. 18; 3-4).

Così la perdita del poss avviene nonostante sia stata causata dalla violenza altrui. E la perdita è valida, in origine, erga omnes, anche nei riguardi dello spoliatore: fu solo con la introduzione della *exceptio* che la perdita si finge non avvenuta rimpetto all'avversario (23-bis).

23. Contra ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. 196; « si è sempre esclusa la necessità di prendere possesso zolla per zolla ». Sarebbe stato assurdo!

23 bis. — Si accetta la opinione dominante che ritiene essere stata la *exceptio* inserita negli itd solo successivamente. Cfr. sul punto cap. 4°, n. . Cfr. per ora, SELICSON, *Iusta Possessio*, p. 16, secondo il quale la *exceptio* ha questa sola conseguenza: il precarista, il possessore vi o clam « können sich die vis erlauben, die sonst im Interidkt verboten ist ». Cfr. oltre, cap. 4° sul doppio possesso.

3. Argomento di dimostrazione è anche il parallelismo tra Poss e Potestas (che in termini pubblicistici indica soerantà) e che in origine è appunto il potere di controllo sui sudditi. La potestas originaria è us aspetto della possessio, questa (relativa al territorio) presupposto dell'altra, in quanto non può esservi signoria sui sudditi (potestas), se non si abbia un territorio (possessio). Si spiega quindi perchè l'esse in potestate significhi essere posseduto, e perchè ciò impedisca una capacità soggettiva possessoria.

3. — Ma altra fonte di prova è nella coincidenza tra Possessio e potestas (24), la quale ultima, in termini privatistici in-

24. KNIER, *Vacua possessio*, cit. p. 260; *Gai Inst. Commentarium*, I, p. 264; « es ist sehr wohl möglich, dass sich in alter Zeit einmal Besitz und Gewaltverhältnis deckten ». Cfr. ora COLL, *Sul parallelismo del dir. pubbl. e del dir. priv. nel periodo arcaico di Roma*, in St. et Doc. 1938, p. 85 e n. 35.

E' certo ben credibile che nelle origini vi fosse una intima, intrinseca analogia fra i diritti reali e i poteri familiari, così come denunciarebbe l'uso di « mancipium » per indicare anche la potestà del capo famiglia (DE VISSCHER, *Mancipium*, cit., v. oltre; ARANCIO RUIZ, *Istituzioni*, 4^a ed. 168-9 in n.), così come potrebbe l'analogia tra Poss e potestas.

E' noto che i rapporti tra mancipium, manus, potestas sono dei più tormentosi per la scienza romanistica. Su Mancipium - Dominium, v. s. n. 12. Secondo il BONFANTE, *Forme primitive ed ev. della pror. romana*, in Sc. II, p. 95 antt. e ss., Mancipium sarebbe « il patrimonio familiare, la vera proprietà della famiglia e la potestà del capocasa su questo patrimonio », « nell'uso giuridico manus, il vocabolo più arcaico, si prese via via ad applicare di preferenza alla manus o potestas maritalis, serbando per gli altri rapporti più vivi di carattere personale, potere sui figli e sugli schiavi, la voce potestas ». Ora il DE VISSCHER, *Mancipium* cit., verrebbe a sostenere che mancipium, indica la potestà del pater fam. sugli uomini, liberi o schiavi, sugli animali, ma non sui fondi e sulle servitù rustiche. Altra cosa sarebbe il Dominium. Che non tutto sia chiaro in DE VISSCHER, ebbe a notare già il Grosso, *Appunti sulle dist. delle res nelle l. di Caio*, in St. Besta, p. 14, n. 4 dell'estr. (« non mi riesce del resto chiara e convincente, la concezione del De V., e ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni*, 4^a ed. p. 168 n. Infatti, ci permetteremo osservare al D. V. che non è provato non abbia il termine « mancipium » il significato di « dominium » (e ciò si dice anche contro il DESSERTAUX, *Etudes sur les origines historiques de la cap. dem.*, I, 380 ss.): basterebbero i numerosi testi in COSTA, *Cicerone*, cit. 94, 105, 108. Se al cap. 4^o, § 2, riusciremo a dimostrare che usus = godimento, si potrà opporre al DESSERTAUX, cit., che la opposizione mancipium-usus è meno banale di quanto egli affermi.

Probanti per la identificazione mancipium-dominium sono i testi in cui appare la espressione « mancipium dare » ovvero « accipere », v. i testi, *giuridici e letterari*, numerosi, in BONFANTE, cit., p. 92, n. 1 e 2).

dica lo stesso che Possessio (25), e in termini militari appunto la conquista.

Così allorquando nell'intricato problema dell'acquisto possessorio della belva ferita, il giureconsulto (D 41. I. 55) vuol concludere esclama che la summa è in questo che la selvaggina « in meam potestatem pervenerit ». Se dunque potestas equivale a Poss (non viceversa però); se potestas è anche il termine che indica la conquista bellica, è con ciò stesso reso verisimile la analogia tra Poss e potere politico. Quanto poi alle persone quas in manu mancipiove habemus, potestas è propriamente la sovranità politica religiosa che si ha sui sudditi liberi o servi.

Ma anche la Potestas ha una sua storia. Da sovranità su schiavi, figli, uxor, essa verrà a significare la disponibilità della cosa in genere: la copia et facultas exhibendi (26). Ma la coin-

Ciò posto, crediamo che mancipium, come la etimologia stessa e le fonti rivelano, stette ad indicare la proprietà sulle cose capaci di apprensione materiale (cioè sulle cose corporali, tra queste comprese in origine le servitù rustiche; cfr. Grosso, *Lezioni sulle servitù*, p. 21 ss.; *Appunti*, cit., p. 14 ss.). Non è escluso, come è la tesi del De V., che in senso generale mancipium indicasse anche il potere familiare sulle persone.

Manus è il potere familiare (= potestas) in antitesi allo stesso potere sotto l'aspetto reale, che allora viene detto mancipium (BONFANTE, *Scr. cit.*, p. 98).

Potestas, quando non viene altrimenti qualificata (p. vitae et necis), indica il potere di fatto del pater su cose mobili e su uomini, potere intenso in senso sacrale. E' in tale eccezione che potestas si identifica con possessio. Tanto è che il figlio (il quale non può essere in dom. fin quando è libero) può ben essere in potestate, e può essere concesso in noxa.

25. Come Poss è termine usato anche per la sovranità pubblicistica (v. s. cap. 1°); così potestas: in potestate esse », « in potestatem redigere » o « pervenire » ecc. sono termini impiegati anche per rapporti di sovranità politica statale: LIV. 34. 57. 8; D. 49. 15. 7. 1. Cfr. COLI, *Parallellismo*, cit., p. 88 ss. e n. 40 e 42.

26. BIONDI, *Actiones noxales*, Cortona, 1925, p. 285, ritiene che per la legittimazione dell'azione nossale sia sufficiente che il colpevole sia in « un potere di fatto » del convenuto. Ed aggiunge che « i nostri giuristi mettono in rilievo solo l'elemento della possessio ». Ingiustificato, quindi, il rilievo del PEROZZI, *Istituzioni*, cit. II, 393 n. 2.

Ma contro B. v. DE VISSCHER, in NRH, 1926, 322 ss.; LENEL, SAVX, 1927, 1 ss.;

cidenza tra Potestas e Poss è visibile soprattutto nel caso di furto; il furto in origine è di un potere politico sacrale su una res (26 bis) è necessario che si tratti di cose di cui sia possibile acquistare un poss, un potere di disposizione, una potestas. Così è concepibile il furto degli uomini, fin quando costoro possono essere oggetto di una poss, di una potestas. E' Gaio che fa scuola anche in materia: III. 199: « interdum autem etiam hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sit, sive etiam uxor quae in manu nostra sit. sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit ». Intanto le istituzioni imperiali conservano ancora la concezione del furto del figlio ma evitano quella del furto della donna e dell'auctoratus, allo stesso modo che Gaio II 90 ci dà notizia che già ai suoi tempi si discuteva appunto se la moglie e i capita in mancipio acquistassero il poss pel capo di famiglia. E ciò perchè la donna fu sempre più trattata come moglie che come figlia (27). e perchè il caput in mancipio, l'auctoratus, l'adiudicatus erano istituti morituri, scomparsi definitivamente poi con la abolizione delle prigioni private (28) e dei ludi gladiatorii (29). Intanto Gaio riferisce che può discutersi se acquistiamo per eas perso-

HELDRICH, ib. 1926, 424; BESELER, *Roman. Studien*, ib., 104 ss.; BETTI, *Diritto romano*, I. 557, n. 8. Non ci attardiamo sul punto, sul quale prepariamo una ricerca autonoma.

26 bis. Cfr. HUVELIN, *Etudes sur le furtum dans le tres ancien dr. rom.*, 1915, p. 204, 272, dichiara che è solo Q. Cervidius Scaevola a formulare il principio « possessionis furtum fit ». Numerosi sono poi gli esempi in cui v'è furto pur senza esservi sottrazione di poss: PLAUT., *Poen.* 182 ss., 563, 763, 765 ecc. Basta per il furto anche una semplice infitatio, o una prohibitio. Cfr. JOBBÈ DUVAL, *Recherches*, I, 315; PEROZZI, *Istituzioni*, cit. II, 304.

27. PEROZZI, *Istituzioni*, cit. I, 854, 3. (v. s. n. 24).

28. MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 295.

29. HUVELIN, *Le furtum*, cit., p. 790.

nas quas in manu mancipiove habemus, e può discutersene appunto perchè oramai « ipsa non possidemus! » (30).

Ancora, ed è stato già da altri rilevato (31): l'esser posseduti come l'essere in potestate è di ostacolo alla capacità di possedere. E si spiega: se il Poss ha le caratteristiche di una sovranità, non può essere capace di sovranità, per la contraddizione che non lo consente, chi è soggetto alla sovranità altrui! (32). « Qui in aliena potestate sunt habere possidere non possunt » (D 41. 2 49. 1 (33)). E per converso « acquirimus possessionem per servum aut per filium, qui in potestate est » (D h t 1. 5) (34), ciò perchè quelli che sono in potestate, che sono in poss altrui, praestant ministerium al Poss del pater sovrano (35). Di conseguenza: se qualche cosa « qui in potestate nostra est subriperit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non amittimus possessionem » (D. h t 15) (36). L'essere fatti prigionieri è un esse

30. Mi pare che le giustificazioni ora date possano aver eliminato il dubbio che il PEROZZI, cit. I. c. avanzava.

31. ROTONDI, *Scritti*, cit. III, 148; COLI, *Parallellismo*, cit. p. 85, n. 35.

32. V. oltre sul punto, § 11.

33. La spiegazione che del principio dà Papiniano nel cit. fr. è « quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est ». Che questa sia una giustificazione apocritica sostiene il VASSALLI, *Miscellanea*, cit. II, 39, ma contra ROTONDI, cit. p. 207-8 in n. Ad ogni modo anche il « quia-est » non è itp, ciò non può rilevare contro di noi. Papiniano parla col linguaggio del suo secolo, in cui, come diremo nel c. 4^o, la Poss è già un fenomeno edonistico (non più sacrale). E ciò sin dal tempo in cui il Pretore intervenne a proteggere con gli itd laici il Poss, e a includere nel Poss, casi che prima non erano di Poss.

34. Non credo necessaria la integrazione che il BESELER, *Beiträge*, IV, 63 propone « qui in potestate nostra est », giacchè « in potestate est » è puramente una determinazione della condizione giuridica del filius.

35. Cfr. D. 41. 2.

36. Sabino ex D. 47. 2. 17 p, D. 25. 2. 1 (= I. IV. (1. 12) parrebbe aver affermato « Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur ». Credo che questi passi siano armonizzabili con D. 41. 2. 15, perchè in essi si dice appunto che i figli e i servi commettono materialmente il furto, ma non possono essere puniti. Su questi cfr. HUVELIN, *Le furtum*, cit., p. 693-4; HAECERSTROEM, *Röm. Obligationsbegriff im Licht der allg. röm. Rechtsanschauung*, Uppsala 1927, 170.

in potestate hostium (37); ebbene, come appunto nel caso di colui che è posseduto, così in questo caso « qui in ostium potestate pervenerunt, in retinendō iura rerum suarum singulare ius est: (corporaliter) tamen possessionem amittunt » (D. h t 23. 1) (38). Ed è questo un punto che mostra come la Poss abbia, più che lo stesso Dom (che pure si dice, ed è giusto, sia nato dalla sovranità politico territoriale) (39), conservati inalterabili, persistenti e vivaci nonostante ogni evoluzione, i suoi caratteri fisionomicamente originari (40).

37. D. 49. 15. 7. I « liber populus is est qui nullius alterius potestate est subiectus ».

Secondo il MIRREIS, *Röm. priv. Recht*, cit. p. 128, n. 11; SEKTORIO, *La prigionia di guerra*, p. 75, ciò avverrebbe in quanto il possesso è un rapporto di diritto consistente in uno stato di fatto. Giustamente il RATTI, *Studi sulla captivius*, in *An. Mac.* 1926, 57, n. 1, osservava che questa può essere solo la ragione per cui la Poss non si ripristina col postliminium. Secondo chi scrive la ragione per cui si perde il Poss da parte del captivius è tutta politica e sacrale in quanto se è vero che fu proprio nella religione che lo schiavo trovò la prima protezione, è pure certo che egli non ha più una sua religione, non è più il capo della religione familiare. Tanto è che ancora in epoca cl. con la prigionia si estinguono tutti i diritti pubblici: Valeriano fatto prigioniero non fu più ritenuto imperatore: LATT. *De mort. pers.* V p. 60 (cit. RATTI, *Studi sulla captivius*, in *Riv. it. sc. giur.* 1926, p. 197); e S. GREG; MAGNO ricorda il vescovo Paolino prigioniero diacease « episcopum se fuisse » (ib., 198). Cfr. GAI, I 160, D. 4. 5. 11.

38. Ritiene tutto itp. il passo il BESELER, in *SavZ* 1925, p. 205; espunge solo il corporaliter il ROTONDI, *Scrit.* cit. III 51. Altre indicazioni in *Index*.

39. BONFANTE, *Corso*, II, 1 p. 203 ss.; *Storia*, p. I, 178.

40. Politicamente, infatti, avviene che perduta la libertà, il gruppo politico cessa dal signoreggiare, dominare, possedere il proprio territorio. Tanto è vero che libertà e rapporto territoriale politico (come pel possesso privato) sono strettamente in correlazione. LIV. XXVI, 13, 14: « dum liber, dum mei potens sum ». Così nel trattato del 197 Filippo si impegna a ritirare le sue guarnigioni dalle città greche dell'Asia: « eas enim placere liberras esse » (LIV, 33; 30, 3 - POLYB. XVIII, 44). Cfr. COLI, *Parallel.*, cit. 89, 42.

4. Se allora Poss è sovranità territoriale, si spiega perchè caratteristico sia l'elemento dinamico (o, come suol dirsi, materialistico. Infatti, per definizione, sovranità territoriale è rapporto fisico e dinamico con un territorio. Ma è necessario subito chiarire che questo elemento è meno « rozzo » e cieco di quanto si voglia affermare.

4. — Il punto di contatto tra l'elemento materialistico della Poss e quello della sovranità territoriale può sembrare, quanto meno, accettabile. Esso riesce a spiegare, sia lecito dire a conclusione del fin qui detto, come non vi sia contraddizione tra l'elemento corporeo (come sopra inteso) e il parallelismo tra Dominium e Poss (41).

Che tra i due istituti corrano delle analogie, è quanto non

41. Per la bibl. v. n. seg. Che il parallelismo vi sia fu già messo in rilievo dallo Jhering, e le prove sarebbero: 1) i limiti di possibilità della proprietà sono quelli del possesso, e viceversa; 2) il possesso è la esteriorità della prop., sicchè: a) ove non è possibile la propr. non è possibile il poss. E secondo lo J. ciò è logico, in quanto non potrebbe il diritto proteggere quello stato di fatto che non protegge come dom., b) dove è possibile la prop. è ammissibile il Poss, come nel caso dei fanciulli e dei pazzi; 3) la protezione è accordata su considerazioni pratiche; ma è l'interesse dominicale che determina la protezione e con essa il concetto del poss; 4) il Poss sulle cose è la esteriorità della proprietà. Non è possibile prendere in considerazione tutta la concezione Jheringhiana. Noteremo che certamente il Poss ha punti di contatto con la proprietà: basterebbe il parallelismo tra le azioni possessorie e quelle petitorie (R. V. e a. negatoria) (sul punto cfr. BRUNS, *Die Besitzklagen des röm. und. heut. Reschts*, Weimar 1874, riprodotto dal PADELLETTI, in. A. G. 1875, p. 3 ss.; CUQ, *Richetches*, cit. p. 47; BONFANTE, *Corso*, III 350). Ma il parallelismo viene meno nel caso della Poss del ladro e dell'usurpatore. e in genere nel caso di possessio sine causa. D'altra parte mentre la propr. è protetta sempre, è noto che il possessore non gode di tutela etiansi caus amiserit possessionem. A noi pare che proprio il venir meno del parallelismo denunci il carattere della Poss che in questo scritto si vuol mettere in luce. Infatti, è proprio nell'ambito della sovranità territoriale politica che avviene si imponga il rispetto dello stato di fatto comunque instaurato; ed è appunto nell'ambito della signoria territoriale politica che lo status di signoria cessa col cessare del rapporto stesso,

si dubita da nessuno (42). Ora, se la Poss in origine non è che sovranità territoriale; e se essa, come diremo, non fu strettamente legata al fatto materialistico (43) (ne abbiamo già detto qualche cosa a proposito dell'« omnes glebas circumambulare »), ma sì a quello religioso, ecco come si conciliano i due elementi basali della Poss (parallelismo col dominium ed elemento materialistico), che al Bonfante fecero dire (III, 133): « tali due punti sono in fondo, come dicemmo, contraddittori e se il primo è esatto, il secondo certo è fallace ».

La conciliazione tentata dal Bonfante (44), sia lecito dire, non può sembrare del tutto convincente. Giusto che Poss è signoria, e giusto che la signoria si manifesta, nelle società pri-

42. JHERING, *Besitzschutz*, p. 199; ALIBRANDI, *Il possesso*, cit. p. ; BONFANTE, *Corso*, cit. p. 130 ss.; RICCOBONO, *Possesso*, cit. p. 13; WINDSCHEID, *Pandekten*, § 149, n. 5; FADDA, *Il Possesso*, Lezioni, 1911, p. 20; CU, *Manuel des Institutions*, 309.

43. Cfr. n. 41. Si afferma che per il diritto primitivo, il fatto vale diritto: WALTER, *Geschichte des röm. Rechts*, II, 52; HASE, *Das Jus postlimini* p. 3; FINZI, *Il diritto del Possesso*, p. 3; contra RATTI, *Studi* cit. in Riv. it. sc. giur. 1926, p. 180 n. 12; ripeto, a tal proposito, quanto già affermai sopra: il fatto è diritto, quando vi si accompagni l'elemento religioso e la rispondenza ad una causa lecita (che determina la spettanza), prevista dalle norme (siano pure i *mores* che regolano i rapporti fra i gruppi (i diritti non han ragione di essere e di affermarsi se non fra gruppi, anche se politicamente indipendenti, che siano tra loro in rapporti). Se no (mancando la spettanza, ma sussistendo l'elemento religioso) il fatto si impone come Poss. Basti riflettere che se è vero che l'acquisto bellico importa una conquista, una spettanza (*se in armis ius ferre*), è ben vero che ciò avviene sempre e solo quando il Bellum sia conforme a certe norme, solo quando la necessità di fare guerra risponda a certe esigenze, preventivamente deliberate dai Feziali (cfr. PHILLIFSON, *cit.*, II, p. 321-327; BAVIERA, *Il diritto internazionale dei romani*, 492-497, in A. G. 1898; ora FREZZA, *Le forme federative*, in Stud. et Doc. 1938, 374 ss., monografia apparsa quando questo lavoro era già composto).

44. BONFANTE, *Corso*, cit. III, 130 ss.; il quale trova contraddittori i due elementi basali della Poss: il parallelismo con la proprietà, l'elemento materiale o detenzione, sicchè egli ritiene fallace il secondo che eleva invece alla stregua della signoria anche se poi deve per forza ritornarvi (p. 227) ammettendo, e anche troppo spregiudicamente, che « l'espressione sociale della padronanza nella società primitiva è certamente l'apprensione, il tener la cosa, il risiedere su di essa ».

mitive, « con l'apprensione, il tener la cosa, il risiedere su di essa da padroni » (45); è vero anche che « La Società romana dell'epoca classica ha superato questo materialistico e rozzo concetto dell'apprensione corporale » (46). E' cioè vero che la sovranità politica è connessa al rapporto fisico col territorio. E ciò è stato poc' anzi illustrato con qualche esempio. Ma questa teorica è insufficiente. E' insufficiente a spiegare perchè proprio l'elemento fisico costituisca la manifestazione della signoria nella Poss. Se si rispondesse che pei primitivi la forza è in luogo di diritto, si direbbe cosa ancora una volta insufficiente, perchè è risaputo che i primitivi fondano anche la forza nella religione: « se in armis ius ferre » dice lo storico e pensavano di sè i romani: ma ius è da Iaos, ha indole religiosa (47). Ma sulla dottrina dominante grava anche l'onere di spiegare come sia proprio l'elemento fisico a costituire la manifestazione della signoria, una volta che la stessa dottrina postula per la Poss una derivazione dal Precario, dall'usus dell'ager p. ecc., istituti che non sono affatto caratterizzati dall'elemento fisico, bensì dalla concessione (scil. di sovranità), che in epoca remota si manifestava anche attraverso quello fisico (ad es.: *manu capere*) (48).

Ma ancora un punto da risolvere: la Poss, di cui pure si dice che è un fatto, richiede una capacità soggettiva ed una oggettiva. Anzi: non è capace di Poss colui che non sarebbe capace di un dominium. Delle due l'una: o il Poss è un fatto, o è un diritto. E se è un fatto, perchè si richiede quella stessa capacità che si richiede per il diritto reale massimo? E' vero che questo punto è stato superato dalla dottrina corrente col rifarsi al concetto della Poss quale imago dominii. Ma allora la dottri-

45. BONFANTE, cit. l. c.

46. BONFANTE, cit. l. c.

47. BEDUSCHI, in RISC, 1932.

48: V. oltre § 13.

na deve rendere conto del perchè, al contrario, alla Poss non si applichino gli altri requisiti del dominium: in ispecie, deve rendere conto del perchè si conceda la tutela all'usurpatore (adversus omnes prima della inserzione della exceptio, e adversus omnes esclusovi lo spossessato in epoca posteriore) nonostante si possa provare che il suo possesso è vizioso.

Non esiterei a dire che è questo il punto cruciale del problema d'origine della Poss.

Secondo la costruzione che qui si difende, è dato cogliere il carattere e l'idea madre della Poss, quando si abbandoni il tradizionale punto di vista che fa della Poss qualche cosa che fonda è ancorato e si esaurisce nel fatto grettamente materialistico, e quando invece si voglia, per le origini, incentrare l'istituto sui tre elementi da noi postulati, e soprattutto su quello religioso, che sarà quello che potrà rendere ragione della tutela possessoria e delle caratteristiche salienti e fisionomiche della Poss.

B) 5. L'elemento dinamico ha infatti un aspetto religioso così come la sovranità territoriale statale. Ciò che si dimostrerà nel paragrafi seguenti.

5. — Quanto precede può anche autorizzare a ritenere provato l'originario carattere politico della Poss. Essa è apparsa anche come un potere, una potestas, una possibilità di intervenire rispetto ad una cosa e di agire su di essa in conformità del nostro volere. Ma non è sufficiente questo rapporto a caratterizzare la Poss. Anzitutto, se la Poss, come il dominium, si configura come sovranità politica ed è risalente nelle origini di Roma stessa, l'elemento religioso, può già affermarsi a priori, non potrà mancare. Ma è la stessa struttura della Poss cl. che in taluni punti non può giustificarsi se non come inconsci residui di una remota concezione religiosa. Ad es.: perchè è necessario un

manucapere per l'inizio della Poss, e non è necessario poi per la durata e la conservazione di essa? (e, tra parentesi, che cosa significa quello stesso manucapere?). D'altra parte: perchè basta, senza più richiedersi il toccare, la deductio in domum, caso, per chi scrive risalente nel tempo? (e, tra parentesi, non è la deductio in domum necessaria per il matrimonio — che, come si dirà, — ha stretti punti di contatto con la Poss? non ha essa valore sacrale?). E così di seguito: un dubbio sull'altro, come onde che spingano, senza che ce se ne accorga, in porto sino a toccare la verità.

Affermo sin d'ora, con riserva di provare il tutto, che la Poss consta di due elementi (oltre quello politico): un potere sulla cosa che è quanto dire la possibilità di intervenire riguardo ad essa ed attuarvi il nostro volere; un rapporto sacrale che determina un assoggettamento della cosa, e che condiziona il primo (il potere in senso dinamico, per così dire). Questo naturalmente per le origini; ma si può ancora intravedere nella struttura della Poss cl.

In questo scritto potrò quasi del tutto dispensarmi dal mettere in rilievo l'elemento dinamico, che perciò è dappertutto, in ogni parola di questo lavoro presupposto ed implicitamente richiamato. E' necessario invece, *esaltare* il secondo, l'elemento sacrale.

Il quale — è bene cominciare di qui — sussiste ed è nettamente visibile in un'altra Poss, non quella di diritto privato, ma quella politica dello Stato. Per lo Stato non può parlarsi di proprietà, di dominium (49), sibbene di « sovranità ». Ma que-

49. Pel diritto moderno il problema è stato dibattuto, nel senso che sul territorio si discuteva se lo Stato abbia un diritto, e quale (ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Enc. Dir. pub.* 1902, fasc. 2°; FORRI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, ib., fasc. 6°). Per diritto romano non può parere sintomatica e conferente alla nostra tesi che il rapporto col territorio viene indicato soprattutto con la forma verbale « in potestate esse », e « potestas » è sinonimo di possessio (v. oltre).

sta sovranità, appunto perchè tale, (v. cap. 1 e cap. 2 §§ 2-4) è analoga a quella della Poss di diritto privato. Giova quindi cominciare dal premettere (piuttosto: ricordare) quegli elementi che rivelano l'aspetto religioso del rapporto di sovranità statale.

In effetti il territorio del gruppo politico ha e deve avere dei confini: essi corrispondono al limite entro cui possono compiersi (certi) atti politici e religiosi. Essi costituiscono anche il limite entro cui gli dei possono manifestare il loro potere in favore degli adoranti (50). L'individuo che esorbita da quei confini, è come sperduto nella gran selva del mondo: è necessario quindi, o che porti seco i suoi numi, o che porti sulla testa le sacre erbe, i sagmina cresciuti sulle sante mura della sua città (51). Ogni città è dedicata ad un nume (52); o a un complesso di numi (53). I confini sono uno schermo magico-reli-

50. L'urbs e l'ager costituiscono due « templa » (KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* I, 60; FESTO, 151; VARRO, l. l., 7, 6-13) aventi funzione non solo politica, ma anche sacrale diversa (KARLOWA, cit., 61); è solo nell'urbs che possono compiersi i negozi pubblici di pace; non possono, d'altra parte, gli dei stranieri essere tenuti che oltre il pomerium (KARLOWA, cit. l. c.; TERTULLIANO, *adv. nat.* 2. 9). L'iperium, d'altro canto, pare abbia relazione col comando militare (MOMMSEN, *Droit public*, I, 24 ss.), cioè agli atti da compiersi oltre il pomerium.

51. FESTUS, s. v. *Sagmina*.

52. FUSTEL DE COULANGES, *La città antica* (trad. it.) p. 179 ss. da notare che tutto ciò che si dice per la città, deve dirsi anche per la domus. Il parallelismo tra i due enti è perfetto, così sussiste tra il diritto pubblico e quello privato (sull'argomento: BONFANTE, *La progressiva diversificazione del dir. pub. e privato*, ora in Scritti, IV, 28 ss.; COLI, *Parallel. cit.* e KUNTZE, *Parallelismus des I. pub. u. tra*: RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantens*, in *SavZ*, 1930 (295-332), p. 332, ma senza più che una professione di sfiducia per i paralleli che non abbiano « konkreten Befund ».

53. Che più divinità potessero « signoreggiare » « possedere » (cfr. DEMOSTENE, *Per la cor.* 141; PLUTARCO, *Aristide*, 18; usano il verbo *echein*; PLAUTUS, cit. a n. 92, oltre, fa dire al Lare che egli *possiede* la casa) non significa che una città o una domus non abbiano solo certi numi ad esclusione di altri complessi politici o familiari. Che una stessa divinità sia venerata presso più città o popoli, (es.

gioso che protegge, e non solo materialmente, i cittadini, i filii nella domus o nel fundus privati, mediante la cinta sacra delle mura (54). Per vincere questo potere sacro, occorre vincere anzitutto la resistenza dei celesti. E' il rituale della evocatio (55). Entrare con truppe armate nel territorio dello stato, è, pel civis, un grave delitto (56).

Giove, Giunone) non significa che possa essere consentito agli stranieri di fare offerte alle proprie divinità, o di entrare o di assistere nel tempio ad esse dedicato. FUSTEL, *Città*, cit. pp. 192, 194. Questo particolarismo religioso è del massimo interesse per noi, in quanto esso sta a spiegare come la Poss (che è appunto il rapporto territoriale, di un popolo, di una famiglia, governato dal rapporto che gli dei stringono col territorio stesso e con gli uomini) dovesse per questa sua particolare caratteristica essere protetta ed affermarsi. Ciò si dice, naturalmente per le origini, prima che il Pretore intervenisse a sussumere nella sua competenza, estendendo l'ambito della tutela stessa, la Poss così originariamente intesa. V. per altro, oltre nel testo § 18 segg.

54. LEOPOLD, *La religione dei romani*, p. 9.

55. FUSTEL DE COULANGES, *Città*, vit.; WOHLER, *Evocatio*, in Pauly W. Real Enz. VI, 1907.

56. Tutto ciò che fin qui si è riferito si attaglia benissimo più che al dom. alla Poss. Anzi, a conclusione del fin qui detto, occorre dire: è vero che la limitazione costituisce un elemento caratteristico del dom. Ma non per questo può dirsi che il parallelo col territorio dello stato deve essere istituito con la propr. e non col Poss. Diremo: è lecito il parallelo tra la famiglia e lo Stato. Ora nello Stato v'è un rapporto tra l'elemento umano e quello territoriale, anzi tra questi due elementi e la stessa divinità; un rapporto che non si costituisce che col fatto, e che al fatto è legato; un rapporto che prescinde delle cause, perchè qualsiasi fatto creatosi in virtù della forma e della religione è capace di instaurare il rapporto medesimo. Ma questa non è che Possessio a parlare in termini privatistici! So bene che il rapporto dello Stato col territorio è stato detto un « meum esse » (COLL, cit. l. c.). Ma gli è appunto che il « meum esse » pubblicistico sul territorio corrisponde ora alla Poss, ora al dominium, sebbene il fatto stesso si imponga altrettanto quando un dominium optimo iure. E si spiega: una volta che il gruppo politico abbia instaurata la sua potestas, il suo potere di fatto su un territorio, il fatto stesso merita rispetto e non ingerenza da parte degli altri gruppi politici, se non vogliamo incorrere in una flagrante violazione del diritto internazionale. Tale fatto costituisce altrettanto un « meum esse » che un semplice « in potestatem redigere »; altrettanto una situazione simile al Dom. che alla Poss. privatistici. E' per questo, secondo noi, che quando si vorrà adottare un mezzo giudiziario a difesa del rapporto territoriale pubblicistico, si ricorrerà non alla Rei

Anche qui vediamo possibile possa affiorare la obiezione che dianzi tentammo soffocare sul nascere: che richiamando per la Poss l'elemento religioso, si finisca per confondere la Poss e il *Dominium*. E questa volta la obiezione, per le sue note e da molti sperimentata resistenza e virtù mimetica, potrebbe ritenersi autorizzata a resuscitare sotto questa argomentazione: il carattere religioso della Poss sarebbe da noi ravvisato nel momento ed elemento materialistico; nei confini, nei limiti territoriali di manifestazione divina e così via. E proprio questi elementi son quelli caratteristici del *dominium*!

Ci sarà lecito precisare: la *limitatio* ha certamente un carattere proprio, specifico del *dominium*. Diremo di ciò qualche cosa più avanti. Ma altra cosa è la *limitatio*, altra la necessità di delimitare e circoscrivere il proprio territorio in un modo qualsiasi (diverso dalla *limitatio*). D'altra parte la *limitatio* è un cerimoniale che inerisce all'*oggetto*, non al soggetto. La Poss è invece un rapporto soggettivo, in quanto indica, soprattutto nelle origini (v. FESTOI, non già la *ipsa res* ma lo *status*, la condizione di signoria di un soggetto rispetto ad un territorio. Tal-

Vindicatio, bensì agli *itd.* E' per questo, sempre secondo lo scrivente, che i giudici greci passano senza alcun pregiudizio a decidere della spettanza. Tuttavia non è escluso che nel dir. internaz. si debba distinguere una « signoria » di fatto da una signoria « secondo spettanza ». La prima costituita in base ad un fatto arbitrario (il *bellum iustum* è un mezzo per acquistare giustamente), la seconda instaurata con mezzi che, secondo la coscienza storica comune a diversi gruppi politici, non sono apprezzabili e consentiti. (Per es. dolosa usurpazione di territori altrui. Si ricorda il caso ricordato da Cic., *De off.*, di quel magistrato romano che chiamato a dirimere una controversia territoriale fra due città, fraudolentemente, e cioè facendo arretrare i due contendenti, riuscì a carpire una porzione del territorio conteso).

Ma pel diritto privato è tutt'altra cosa. Qui il mero fatto non può proteggersi che intermisticamente, se esso sia stato instaurato mediante una violazione dell'ordine costituito nella *civitas*. Qui s'impone che accanto, e anzi al di sopra del mero fatto, si sopraordini il diritto. la spettanza. E si spiega come, mentre nel diritto privato ciò sia avvenuto, non si possa vedere nell'ambito pubblicistico una netta e positiva discriminazione tra la spettanza e il fatto.

chè può darsi — come diremo — la possibilità di un mondo *limitato* che sia nel solo possesso (di persona diversa da quella che ne ha, appunto la spettanza.

Non aggiungeremo altro dovendo tra poco ritornare sul tema.

6. La tesi dello Haegerstroem, che fonda il possesso, anzi tutto il diritto, sulla magia è inaccettabile.

6. — Per la Poss di diritto privato non sarà difficile mettere in rilievo l'elemento religioso, al quale qualche accenno era già nell'opera di Fustel de Coulanges (57) e in quella del Finzi (58-59). Ma non si tratta che di un accenno ingiustificato, come può ognuno vedere rileggendo i due autori menzionati i quali, poi, parlano di possesso, ma intendono alludere al dominio.

Una completa teorica offre lo Haegerstroem (60), il quale dà non solo del poss, ma di tutta la Weltanschauung romana, una concezione magica più che religiosa. Per questo A. la obligatio altro non è che un mistico assoggettamento (Gebundenheit) di una persona ad altra (61). Essa si distingue dal diritto di proprietà, che importa un *meum esse* rispetto ad una cosa: « d. h. ich rechtlich gesehen die Macht über dieselbe

57. FUSTEL DE COULANGES, *La città*, cit. p. 275.

58. FINZI, *Il possesso*, cit. p. 68.

59. Che la religione abbia avuto anche nel diritto romano la sua influenza e non indifferente, è quanto oggi non può negarsi: dall'opera dello JHERING, *Geist des röm. Rechts*, è tutta una fioritura di studi generali e particolari cui qui non può nemmeno accennarsi. Sul carattere della religione romana, PETTAZZONI, *Studio della religione dei romani*, in atti del 1° cong. di studi rom. I, 243 ss.; LANZANI, *Religione e politica in Roma antica*, ib. p. 366 ss.

60. HAEGERSTROEM, *Röm. Obligationsbegriff*, cit. pp. 83 - 295.

61. HAEGERSTROEM, cit. pp. 1-18.

habe » (62). La proprietà è infatti un mistico potere su una cosa, un potere di signoreggiare le species, l'intimo delle cose stesse (63); la mancipatio è pertanto atto di magia che assoggetta la cosa all'uomo mediante la formula magica: « hunc ego hominem... ». Ma la dottrina romana ammette anche il permanere del dominium in una persona anche quando una persona diversa dal proprietario abbia il possesso sulla cosa. Ora altra cosa è il possesso corpore, cioè la faktische Macht, il rapporto materialistico con la cosa (64), altra la possessio vera, che è appunto, come il Dominium, un mistico potere (65): è l'animus, è quel potere di signoreggiare le « species » (66), tanto è che se muta la species della cosa se ne perde il possesso (67). E può avvenire dunque che il Dominium sia presso di uno, e il potere di fatto, il corpus in altri (es. il locatario); che infine possieda altri che il dominus, e cioè colui che utilizza a proprio vantaggio il potere magico del dominus (68).

Come si vede « wir sind vom Besitz (come testualmente avverte e conclude lo H.) als einer mystischen Macht über die im Dinge immanente individuelle Einheit — die species, ursprünglich den animus der Sache — auf das Eigentumsrecht als eine mystische Macht über diese Einheit, an sich mit Abstraktion von dem Dinge, dessen Einheit sie ist, betrachtet, gekommen... Aber die fragliche besondere Fähigkeit bezüglich des Besizes ist jedenfalls nur eine Folge des Eigentumsrechtes... Man beherrscht durch dasselbe nur die unsinnliche Dingeinheit. Es handelt sich, wenn man an das um Eigentum ge-

62. HAEGERSTROEM, cit. p. 83.

63. HAEGERSTROEM, cit. p. 236 ss.; soprattutto pp. 261-274.

64. HAEGERSTROEM, cit. p. 236.

65. HAEGERSTROEM, cit. p. 141.

66. HAEGERSTROEM, cit. p. 274.

67. HAEGERSTROEM, cit. p. 238 ss.

68. HAEGERSTROEM, cit. p. 296 ss.

hörende Besitzrecht denkt, nur um die Fähigkeit, die fragliche unsinnliche Kraft so zu *gebrauchen*, dass wirkliche Vorteile daraus gewinnt » (69).

Ora lo H. ha il torto di ricondurre tutto il diritto solo a presupposti magici e niente altro (70). Non è provato che il formalismo giuridico, non già impieghi la magia e ne sia impregnato (71); ma che non sia altro che magia è affermazione che non trova conforto di prove e non ne troverà mai. Ma quanto ai problemi del possesso in particolare, fu già obbietato allo H. che la sua teorica è viziata da un grave errore storico: quello di lavorare su concetti ed esempi del Poss e della proprietà che sono un portato di tempi posteriori, quando l'influsso della magia non è più possibile.

Ma in particolare non potrà non mettersi a carico dello H. che egli non riesce a giustificare (anche a concedere i punti innanzi opposti) come mai per il Poss, che sarebbe una *mystische Kraft* (72), debba essere congiunta una *physische Macht* (73).

69. HAECERSTROEM, cit. p. 295 ss.

70. Sulla magia in Roma ha indagato FRAZER, *The golden Bough*; WARDE FOWLER, *The religious experience of Roman people*; e con particolare riguardo ad istituti giuridici: HUVELIN, *Les tablettes magiques et le droit romain*; in *Mél. Appleton*, p. 39 ss.; MAROI, *Elementi religiosi nel dir. rom. arcaico*, in A. G. 1933, 83 ss.; LÉVI-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien dr. rom.*; Cfr. anche PAIS, per una generale ammissione, *Storia di Roma*, II passim; BETTI, *Dir. rom.*, cit. p. 216; HUBERT, *Magia*, in Daremberg et Saglio.

71. Penso che debba distinguersi tra magia e religione. Quella è caratterizzata dalla sua irrealtà, dalla confusa massa di credenze e pratiche, la cui unitarietà consiste solo nella assenza di un nesso tra la rappresentazione della causa e il suo effetto. (Cfr. E. B. TYLOR, *Primitive culture*). Antra cosa q quando la causa si faccia risalire alla divinità e non alla potenza dell'uomo o delle cose, nel senso poc'anzi precisato. Ora a me pare che dalla dottrina moderna si sia un po' troppo esagerato nel vedere la magia in ogni dove del diritto romano. Una esagerazione in tal senso è proprio l'opera dello HAECERSTROEM. Cfr. KUNKEL, *recensione in SavZ* 1929, pp. 479-490; soprattutto p. 484; BETTI, *Dir. rom.*, cit. p. 71, 472 e passim.

72. HAECERSTROEM, cit. p. 274 ss.

73. HAECERSTROEM, cit. p. 141 ss.

Proprio se il Poss è quella tale unsinnliche signoria, quel tale mistico potere, dovrebbe poter attuarsi misticamente, unsinnlich immaterialmente. Al contrārio, e fu già prospettato innanzi, non può concepirsi per la originaria Poss romana una situazione possessoria che si inizi o permanga senza l'elemento materialistico (74). Lo H. ha creduto poter ridurre il Poss, ogni fenomeno giuridico, tutto e solo al fatto magico; e non riesce, quindi, ad assorbire nella sua teorica tutta la realtà.

Ancora: non si spiega come mai questo potere sovranaturale possa essere dosato, tolto e regolamentato dal diritto: quel potere mistico è un potere non già derivante dall'ordinamento giuridico; e non si spiega allora perchè e come il Diritto possa negare sussista nell'infans o nel filius fam., nel servus o nel liber homo b. f. s., nell'assente o nel captivus (75). Non si spiega perchè mai lo Stato sia intervenuto a potenziare questa mystische Kraft; come mai sia intervenuto a concedere degli intd, che appaiono non essere affatto anch'essi dei mezzi sovranaturali, ma solo dei comuni sussidi giudiziari.

E' necessario, quindi mutar rotta, e *dimostrare* (non solo affermare) la esistenza di un momento religioso, sacrale (piuttosto che magico) (76), nella primitiva Poss.

74. V. s. n. 2.

75. V. oltre, in questo stesso cap., pel filius, § 11; per l'assente § 15; per il captivus, n. 37.

76. Per gli intd v. cap. 4°, § 2, e soprattutto n. 4.

7. La certezza che la Poss avesse in origine carattere sacrale, si ha quando si rifletta che quella Poss era in origine la sede di un gruppo politico. Fosse, quindi, o non fosse limitato, il territorio viene sempre ad essere delimitato, da parte del gruppo che vi si stanZIA, con cerimoniali e mezzi religiosi. I quali, tuttavia, sono espressione di una sovranità, che, come tale, non può essere riconosciuta nel precarista, nell'utente dell'ager p., nel creditore pignoratizio. Rinvio su tali argomenti.

7. — Già il carattere di sovranità politica della Poss innanzi rilevato, può indurre a ritenere che nella originaria Poss non doveva mancare l'elemento religioso, soprattutto tenuto conto che essa, come già si è più volte detto nel corso di questo lavoro, rappresentò in origine il fenomeno per cui un territorio diventa la sede di un gruppo politico, che vi impone i suoi sacra, incentrati nel pater (onde si dice che è costui che possiede).

Carattere religioso ha certamente il Dom. Ma non esso solo (77). Ma è da notare che il dominium, intanto ha carattere religioso, in quanto in origine è una sovranità politica. E sovranità politica è anche, secondo la tesi che si difende, la Poss. Nè si dica che il carattere religioso del Dom fonda su elementi propri del Dom, assenti nella Poss: la spettanza e la limitazione (78-79).

77. DE FRANCISCI, *Storia del diritto rom.*, cit. I, p. 321.

78. ALBERTARIO, v. *Roma*, in *Enc. Treccani*, p. 680-a.

79. Sulla limitatio, MOMMSEN, *Zum röm. Bodenrecht*, in *Hermes* XXVII 79 ss.; BEAUDOUIN, *La limitation des fonds de terre dans ses rapp. avec le dr. de propr.*, N.R.H. 1893 p. 23 ss.; WEBER, *Die röm. Agrargeschichte*, (trad. it. in: PARETO, *Bibl. di st. es.* II, 2 pp. 502 ss.); WISSOWA, *Religio*, cit. p. 138; RUDORFF, *Grom. Institution*, p. 211 ss.; essa è da riconnettere molto probabilmente ai terramaricoli (DE FRANCISCI, *Storia* cit. I, 89; e sui terram., MODESTOW, *Introduction à l'histoire romaine*, Paris 1907, 167-199 ed ivi bib.), ma fu perfezionato dagli Etruschi (DE FRANCISCI, cit. l. c.) tanto che i romani (FRONTINUS, p. 27, lin. 23; HYGINUS, 166, lin. 10; VARRO, de lin. lat. V 143; FESTUS, v. *Rituales*) credono di averla ereditata da costoro. Gli stessi gromatici (350, lin. 19) attribuiscono il sistema a Juppiter.

Il terminus indica il punto di incontro delle linee della terminatio. Esso

Quanto alla spettanza: certamente essa manca, per definizione, nella Poss. Ma la natura e la tutela della Poss si fondano non sulla spettanza, ma sul fatto stesso che un territorio è la sede di un gruppo politico sovrano. E' per questo che il Dom ha una tutela particolare, che esso solo ha e che non ha la Poss. Tutelata in quanto vi siano delle lesioni *qualificate*, per dirla col Bonfante (80), alla sovranità imperante di un gruppo politico, e ai suoi *sacra*.

Quanto alla limitatio: si tratta senza dubbio alcuno di un elemento caratteristico della proprietà, e cioè, in Roma, della sovranità spettante. Ma la Poss, se prescinde dalla limitatio, non per questo difetta di elementi e caratteri religiosi. Anzitutto, se la limitazione è un carattere oggettivo di un fondo, può ben darsi che un fondo limitato cada nel semplice Poss di un gruppo politico, come è nel caso, per noi tipico, della usurpazione. Ma ad ogni modo, ogni volta che un territorio, qualunque esso sia, diventa di fatto il territorio di un gruppo sovrano, esso viene ad essere almeno delimitato, protetto, sottoposto ai *sacra* del gruppo, con cerimoniale e mezzi religiosi. A tal fine è utile ricordare le parole che sin da tempo spendeva il v. Gennep (81) a pro-

stesso è divinità. Il suo culto sembra rimontare a Numa, sicchè parrebbe un nume del pantheon sabino (WISSOWA, *Religio*, cit., p. 136, 10). La limitatio viene al contrario riconnessa a Juppiter come nella terrificante storia di Vegoia (Gromatici, 350, lin. 19 ss.; BRYSSAUD, *Le culte chez les romains*, II 417; VOTR, *Leges regiae*, 603, n. 104; BEADOUIN, *La limitation*, cit. p. 410): penserei che si tratta dunque di una contaminatio derivante dal sovrapporsi di popolazioni arie a popolazioni sabine (anche questi arii, ma certamente venuti in epoche diverse ed aventi esperienze diverse; DEVOTO, *Gli antichi Italici*). Anche il carattere delle due distinzioni deve sembrare diverso: la limitatio ha carattere geometrico, non fantasioso, e si riconnette alla forma stessa della città e dell'accampamento romano (dunque si riconnette ad istituzioni urbanistiche e belliche); il terminus si riconnette all'agricoltura.

80. BONFANTE, *Corso*, III, 179.

81. V. GENNEP, *Les rites de passage*, Paris, 1900, p. 19 ss.

posito dei riti comunemente usati per la consacrazione in genere di un territorio:

« De nos jours, et sauf pour les rares pays qui ont conservé le passport, ce passage (scil. nel territorio altrui) est libre... La frontière, ligne idéale tracée entre les bornes ou les poteaux, n'est visible que sur les cartes... Souvent (per le tribù semicivili) la limite est marquée par un objet, poteau, portique, pierre debout (bornes, terme etc.) qui ont été placés en cet endroit avec accompagnement de rites de consécration. La protection de l'interdiction peut-être immédiate ou médiata (divinité des frontières représentée, par exemple, sur les kudurru babyloniens, Hermés, Priape, etc. divinité des bornes etc.). Par la pose ou fixation cérémonielles des bornes ou limites (charrues, peaux de bête coupées en lanière, fossé etc.) un espace déterminé du sol est approprié par un groupeau déterminé, de telle manière que pénétrer étant étranger dans cet espace réservé, c'est commettre un sacrilège au même titre que pénétrer étant profan, dans un bois sacré, un temple etc... la défense de pénétrer sur un tel territoire a donc le caractère d'une interdiction magico-religieuse ».

Limitato, quindi, o terminato soltanto (v. sopra n. 79), un territorio acquista sempre una delimitazione a fondo religioso, per la necessità di renderlo sicuro e inaccessibile.

Né si dica che in Roma un solo cerimoniale era previsto a tale fine, la limitatio, come dovrebbe risultare dal fatto che appunto la proprietà, che è una sovranità, era limitata. La argomentazione non convincerebbe: da una parte si è già detto qualche cosa nella cit. n. 79 sulla probabile differenza tra limitatio e terminatio; dall'altra anche in questo particolare argomento può essere di ausilio il diritto pubblico di Roma. Infatti, il territorio dello Stato si estende fin dove si estende di fatto la so-

vranità del popolo romano, fin dove giunge il suo potere di controllo (82). E' vero che l'urbs ha forma geometrica, quella stessa forma che assumono i fondi dati ed assegnati (forma che si rinviene nelle stesse terremare), ma oltre l'urbs v'è tutto il territorio occupato nelle conquiste belliche. E si è già prospettata la analogia tra il Bellum, quale istituto pubblicistico, e la Poss privata.

La conclusione è che il territorio, che anche senza spettanza, diventa la sede dei sacra di un gruppo, è per questo stesso fatto assoggettato a cerimoniali religiosi, acquista un carattere sacrale, per essere nello stesso tempo la sede del gruppo sovrano, dei suoi morti, dei suoi sacra. E' per questo che si vieta a chiunque, anche all'avente diritto al territorio, di turbare, di proprio arbitrio e con violenza, lo stato di fatto così instaurato. La vittima può ricorrere certamente alla forza solo ex continenti; chè se volesse ripristinare lo stato di fatto sovvertito dallo spossessante, incorrerebbe essa stessa in una lesione della sovranità territoriale altrui.

Si spiega allora come tra le figure di Poss non si rinven-gano nè il colono nè l'inquilino: anzitutto queste figure, rap-presentative di mera detenzione (cioè di una Poss non avente caratteri di sovranità, e perciò stesso non avente carattere religioso), devono pensarsi più tarde che non la stessa Poss: il fondo romano è in origine inalienabile (83) e la locazione di immo-

82. MOMMSEN, *Droit public*, VI, 430.

83. FUSTEL DE COULANGES, *il fondo romano*, in PARETO cit. II, 2. BEAUDOUIN, cit. 1894. 338. Credo poi che i cinque testes necessari alla mancipatio siano i filii (e i prossimi congiunti) aventi diritto alla successione del pater, che col loro intervento consentono alla vendita stessa. Istruttivo il dir. babilonese (cfr. FURLANI, *La civiltà babilonese e assira*, p. 420; STEINMETZER, *Ueber den Grundbesitz in Babylonien zur Kassitenzeit nach den sog. Grenzsteine dargestellt*, Leipzig, 1919, soprattutto p. 10 ss. Quando, come si vedrà, a n. 131, Gaio II 157 chiama i figli « quadammodo domini », potrebbe giustificare la asserzione ora

bili non è istituito coevo alla civitas (84). Colui che nei primordi entrava in un territorio e vi imponeva i propri numi, non poteva essere se non colui che, ne avesse o no il diritto, considerava il territorio stesso come proprio. Nè possessore potette essere in origine nemmeno il precarista o il sequestratario, di cui si dovrà tenere più ampio discorso in seguito (85). Il precarista in origine è il cliente, colui, cioè, che per definizione, non ha alcuna sovranità, e che riconosce anzi la sovranità in colui che lo assume nel proprio ambito sovrano.

D'altra parte: le figure giuridiche dell'inquilino, del colono ecc., compaiono nell'orbita giuridica quando la Poss ha perduto (come è tesi di chi scrive e che sarà da noi esposta nel cap. 4^o) il suo carattere politico-sacrale per assumere quel carat-

da noi fatta. «*Quodammodo domini*», sarebbero figli per la aspettativa sul patrimonio paterno. Nelle lontane origini il loro intervento nella vendita è in funzione della aspettativa.

84. Derivi (MOMMSEN, *Juristische Schriften*, III, 134; MITTEIS, *Röm. Priv. Recht*, cit. I, 150; GIRARD, *Manuel élémentaire de dr. rom.* (trad. it.) v. 581) dalla locatio dell'ager p., o non ne derivi (KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 632 ss.; PEROZZI, *Istituzioni*, cit. II, 299 n. 2; MAROI, in Riv. it. di soc. vol. 19^o, 407 ss.) è certo che la locazione non poteva sorgere allorchando le terre erano coltivate direttamente dalla famiglia che vi risiedeva (CUQ, *Manuel*, cit. p. 477).

Certamente confortante è per la nostra ipotesi la tesi sostenuta dallo SCHERILLO, *Locazione e precario*, in RIL, 1929, (389 ss.), p. 391 ss. secondo il quale la locazione deriverebbe dal precario. Contra, BOZZA, *Sull'origine ecc.*, An. Mac. 1920, 221, 2. Questa scrittrice ritiene che non sia accettabile il punto di vista dello S. Intanto la B. dei vari argomenti analogici addotti dallo S. non ribatte che uno solo (intrasmissibilità mortis causa); analogia del contenuto dei due istituti (altro, forte argomento dello S.) la B. nega, affermando che «*uti frui*» non può avere e non ha significato di «*possidere*». Su tale argomento ci permettiamo rinviare il lettore al cap. 4^o in cui affermeremo, per l'epoca storica (repubblicana e classica), la possibilità della terminologia «*uti frui*» ad indicare il «*possidere*», nel suo aspetto e significato economico.

La tesi dello S. ci giova in quanto, ammessa la derivazione della locazione dal precario, si giustifica anche meglio la nostra affermazione, che il più antico precario non importa possesso: infatti dal precario deriverebbe la locazione, che è noto, è una figura tipica di detenzione.

85. Cfr. per più ampi dettagli, cap. 4^o, n. 2.

tere economico che non abbandonerà mai più e che si accen-
tuerà, anzi, con sempre maggior energia. Diremo di più: la
Poss acquisterà carattere economico, proprio allorquando nel
suo ambito penetreranno le figure del precario del sequestrata-
rio dell'utente dell'ager p. del creditore pignorativo.

Talchè, quando in questo scritto si parla della Poss come
sede dei sacra, come sede familiare, si intende alludere alla sede
in senso politico (il che è possibile solo per le lontane origini),
alla sede di un gruppo che si considera, rispetto ad un territo-
rio, quale sovrano.

Parlare, dunque, di Poss a proposito dell'inquilino e del
colono è impossibile per le ragioni anzi dette, e anche per l'al-
tra, che l'inquilino e il colono (come il precarista stesso nelle
lontane origini) riconoscono in altri la sovranità politica del ter-
ritorio.

Tuttavia, come diremo (cap. IV), il Pretore, sotto la pres-
sione del bisogno pratico e sociale, sentì la necessità di conce-
dere la tutela possessoria a questi detentori della cosa (cadente
sotto la sovranità) altrui. La estensione avvenne solo per queste
figure, e non anche per la detenzione, in quanto tra la Poss
tipica e queste figure correva una certa analogia che mancava
del tutto per il caso dell'inquilino e del colono (86). Analogia
fondata soprattutto sul fatto che il precarista, il sequestratario
ecc. non sono legati da alcun vincolo obbligatorio col conce-
dente, ed assumono quindi un atteggiamento più autonomo che
non l'inquilino.

Ma l'elemento religioso della Poss privata, intesa come se-

86. Anzi il colono e l'affittuario sono persone attraverso le quali si attua la
signoria del possessore: cfr. GAI, IV 153: « possidere autem videmur non solum
si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet
is nostro iure sub ictus non sit, qualis est colonus et inquilinus ».

de della famiglia e poi anche come potere di sovranità sulle cose e sui sudditi, è già nel binomio, ricorrente in tutta la letteratura latina, di Lar e di sedes (87). La casa è la sede dei Lari; essi son detti propri, sui (88), perchè son geni locali (89), propri a ciascuna famiglia, a ciascun centro di vita familiare (90); perciò detti anche familiares, domestici, casanici (91). Essi sono connessi alla *sede* familiare come è dato sentire sulle labbra di Plauto (92), di Apuleio (93), per quel fenomeno per cui si forma dall'oggetto cui inerisce la attività del nume (la sedes), il verbo (possedeo) che quella attività caratterizza, quel fenomeno in virtù del quale si proietta in testa al nume la attività (possidere), che esercita il capofamiglia sull'oggetto medesimo

87. HORAT., *Carm.* I, 12, 43: Avitus apto cum lare fundus; *Epod.* 16, 19: agros atque lares proprio; *Sat.* I, 2, 56: patrium mimae donat fundumque laremque; VERG., *Aen.* VIII, 39: Certa domus... certi penates; OVID. *Fast.* III, 2, 42: nunc avis in ramo tecta laremque paret; TACIT., *Germ.* 15: Delegata domus et penatium et agrorum cura; Mart. XI, 82, 2 conductum Larem; 3, 75 Conductos penates; X, 28, 3 exiguos habitabas ante penates; PLIN., *Nat. hist.* c XI, 440: aedem et Larem renovavit.; CIC., *Domo* 57: vosque... quorum de aedibus mihi, est proposita contentio; *Legib.* II, 17: vexati nostri Lares familiares, in eorum sedibus, II, 11, 27; posita in fundi villaque conspectu religiosarum, *domum possidet*; MART., *Cap. de nup.* II, 40: Lares, terrae domini; PLAUT. *Hanc domum jam multos annos est cum possedeo* (chi parla è un lare).

88. Si ricordi la denominazione di « *sui* » data agli eredi. Questa coincidenza mi pare che possa suffragare il rigetto della opinione che Heredes sui (per tutti, SCIALOJA, *Successioni*, corso, 1904 - 5 p. 48 ss.; COSTA, *Storia*, cit. p. 467) significhi « eredi di sè stesso ».

89. FUSTEL DE COULANGE, *La città*, cit. p. 29 ss.; DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica*, p. 44.

90. ROSCHER, *Ignes* in *Lexicon der Griech. und Röm. Mythologie*, BEAUCHET, *Lares* in DAREMBERG et SAGLIO; DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica*, p. 1, 31-33; PIGANIOL, *Les origines de Rome*, Paris 1917, p. 90; WISSOWA, *Religio*, cit. 150, n. 6.

91. Agri custodes sono detti da TIBULLO, *El.* I, 1; 19; quorum in tutela aedificium est, in *Bull. com. man.* 1, 89, VI, 573. DE MARCHI, *Il culto* cit. p. 64.

92. Cfr. sopra n. 87.

93. V. sopra n. 87.

(sedes). Basta pensare, per analogia (nonostanti le diversità evidenti tra il *domicilio* e la Poss) alla gelosa riservatezza della pace domestica (tutelata proprio dai numi) (94). E' vietato a chiunque di penetrare nell'ambito domestico a cui sia estraneo, e non si fa alcuna ricerca al fine di stabilire se quella cerchia familiare sia o non sia conforme al diritto, purchè sia vegliata dai numi. Ovunque è una domus, una sede familiare, un territorio familiare, ivi è un asilo impenetrabile se non con dovuti riguardi: anche se colui che è nella sua sede sia un ladro di cose altrui, non può la vittima oltrepassare il sacro recinto della domus, del territorio familiare. Se egli ciò facesse, sia pure per perseguire in buon diritto la sua cosa, avrebbe commesso un delitto. E' appena concessa in tali casi che egli possa presentarsi avanti la sede del reo e penetrare nel sacro recinto per compervi una perquisizione con un rituale, si badi, che rivela come l'inquisitore debba mostrarsi in una condizione che lo renda manifestamente incapace di nuocere: spoglio il suo corpo come spoglio il suo animo da ogni intento signorile e aggressivo. Non è azzardato pensare che nel piatto egli portasse una offerta propiziatrice ai numi del posto (95).

Avrebbe potuto, poi, ognuno sentire nella Poss l'elemento religioso quando si fosse coltivato il parallelismo che il Manu-

94. Cfr. DE MARCHI, *Il culto privato*; MARQUARDT, *La vie privée*, BEAUCHET, *Lar.* in Daremberg et Saglio.

95. Il rituale ci viene ricordato soprattutto a proposito della perquisizione in occasione del *furtum*: GELL. II, 18. 9; GAI. III, 192-3; PLUT. *Rom.* 20; FESTO, ad h. iv.; MACROB., *Sat.* I, 6; cfr. LEFST, *Grieco ital. Rechtsg.* p. 246; ESMEIN, *La poursuite du vol et le serment purgatoire*, in Mèl., p. 240, in n.; pensano appunto, che la lanx sarebbe la patera necessaria ad una cerimonia propiziatrice alla divinità dell'inquisito. Noi pensiamo che nella lanx stesse la offerta al nume, così come la nova nupta porta un danaro sul piede (NON. 531) in omaggio al lare familiare. DE MARCHI, *Il culto*, cit. p. 154). Per altre indicazioni: DE WISSCHER, *La procédure d'enquête lance et licio*; WEISS, *Lance licioque*, in SavZ, 1922.

ti (96) istituiva tra la Poss e il matrimonio, e che qui si vuole un poco più particolarmente illustrare. Affine è nei due istituti, nella più antica epoca, il modo di costituzione: il ratto pel matrimonio (97): la guerra, l'usurpazione, come si vide, per la sovranità territoriale statale e, rispettivamente, per la Poss familiare. Il matrimonio come la Poss in epoca cl. consta di due elementi che potremo indicare con le famigerate espressioni dell'animus e del corpus (98): è necessaria pel matrimonium la affectio maritalis e la deductio in domum. Su questo punto ha altri con maggiore autorità ed efficacia attirata l'attenzione (99). Ma brevemente aggiungerò: è uno stato il matrimonio che si inizia, e dipende, come la Poss, dalla volontà di uno solo, il marito (100), nell'epoca del matrimonio per ratto. Ancora in Gaio

96. MANENTI, *Inapponibilità delle condizioni*, p. VII; BONFANTE, *Corso*, III, 182; ALBERTARIO, *L'autonomia dell'elemento spirituale ecc.* in *Scritti*, I, p. 213; *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al Poss. in S. Agostino*, ib., 231.

97. Il matrimonio più antico si compie colle sacre forme della conferreatio; esso è andato via via scomparendo dando luogo alle altre forme (FUSTEL DE COULANGES, *Città*, cit. p. 47, n. 2; DE MARCHI, *Il culto* cit. p. 148). Non mi sembra tuttavia accoglibile la tesi del PEROZZI, *Istituzioni*: I, 338, secondo il quale la donna « ora è in proprietà del marito (conventio in manum), ora è posseduta ad us., del marito (coemptio inefficace o tradizione in manum, a cui segue l'usus), ora è a precario presso il marito (matrimonio libero) ». Quanto al precario preferirei ravvicinarlo a quella istituzione, che pare abbiano i romani praticata (PAIS, *Storia di Roma*, II p. 393 del prestito della moglie.

Ciò premesso, il parallelismo che gli AA. cit. in n. 93 hanno visto, corre tra la Poss e il matrimonio cum manu, col matrimonio confarreato. Il quale è uno status (PEROZZI, *Istituzioni*, cit. p. 324) legato a certe condizioni di fatto, così come il Poss (ALBERTARIO, *Opp. cit.* II cc.). E a chi scrive interessa appunto quel parallelismo, che deve però essere completato. Il Poss, come il matrimonio, fonda sulla religione.

98. Sull'animus nel Poss. V. oltre 12, 132.

99. ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni* 3, 421 ss.; ma V. pure ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in *studi*, I, 197 ss.

100. In epoca cl. è necessario il consenso degli sposi: D. 23. 2. 2. Ma dal consenso si prescinde anche quando il ratto non è più in vigore, quando si tratti di filii F. e soprattutto di filiae. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto rom.*, Bologna 11886 - 9; PEROZZI, *Istituzioni*, cit. I 318; BONFANTE, *Corso*, I, 198.

si accosta (veluti possessione) la moglie all'oggetto della Poss (101). E se è possibile che la donna sia concessa ad altri per breve momento (102), questo rapporto, come precario (103), non importa un rapporto giuridico.

Ma quello che giova alla nostra tesi è che il matrimonio fonda su basi religiose (104). Se il parallelismo, quindi, v'è tra la Poss e il matrimonium, deve esservi anche per ciò che concerne questo punto.

101. Su tale passo, cap. 4^o, § 2.

102. Cfr. PLUT. *Cato min.* 26; DIO CASS., fr. 96.3 Boiss. Cfr. anche PAIS, *Storia di Roma*, II, 393.

103. PEROZZI, *Istituzioni*, I, 330.

104. MARQUADT, *La vie privée des Romains*, I, 398 ss.; FUSTEL DE COULANGES, *La città*, cit. p. 69 ss.; WARDE FOWLER, *The roman festivals of the period of the Republic*, London 1899, p. 308.

L'elemento religioso è necessario per ogni matrimonio, non solo per quello confarreato. E' inconcepibile che si potesse attuare un matrimonio, fosse o non cum manu, senza alcuna forma religiosa.

9. Continua: parallellismo col sepolcro.

9. — Ma se queste sono affinità e punti di contatto indiscutibili, cui sinora non era mai stata rivolta una adeguata attenzione, io penso che altre sia possibile sorprenderne in altri istituti, quando solo ci si lasci guidare dal principio, che è la chiave di volta di questo lavoro: che il fatto stesso della imposizione dei numi nella scelta delle sedi (per ciò che riguarda gli immobili) il fatto stesso che la res (per i mobili) sia colpita (come proveremo) da un potere religioso oltre che dinamico, è quel che caratterizza la Poss e la fa meritevole di tutela.

Ci occuperemo, pel momento, solo degli immobili che costituiscono la ipotesi tipica della Poss, cui accedette, dopo, quella sui mobili, ma ancora in epoca in cui la Poss era riconnessa ad un potere sacrale.

Fra le res religiose prototipo è il sepolcro. Mi interessa, prima di giungere al parallelismo conclusivo, mostrare i punti di contatto strettissimi fra il sepolcro e il possesso. Prima di tutto: assenza di forme giuridiche sia per il locus religiosus che per la Poss. Nell'un caso come nell'altro, ciò a cui si dà risalto e tutela, è precisamente il fatto, il mero fatto, anche se costituito mediante violazione del diritto altrui. Nè potevano mancare, dovevano al contrario essere determinanti le forme e il sentimento religioso (105); come nel sepolcro, così nella Poss. Non può essere negato il parallelismo tra i due fenomeni: il fatto della illatio corrisponde, nella Poss, alla scelta della sede e alla imposizione dei sacra sul territorio.

Elementi e condizione per la costituzione di una res religiosa, sono, come pel matrimonio e per la Poss, l'ani-

105. MARQUARDT, *La vie privée des romains*, II I. c.

mus e il corpus (come la giurisprudenza classica metterà in rilievo, pur senza notare il punto di contatto) (106). Quanto al corpus (corpore possidere per la Poss, deductio in domum, consuetudo vitae per il matrimonium), occorre la *illatio* (107). Pareva che il cenotafio solo fosse religiosus anche senza della *illatio*. Ma non sembra che Marciano, che quella tesi avanzò (D. 1. 8. 6. 5.), si fosse lasciato ispirare da un più antico e vetusto concetto della religiosità (108). Di fatto quel giurista presenta la teorica come propria e con qualche cautela: « cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum ». Egli poi cita a conforto i versi di Virgilio in Aen. III 303-305. Nè a me pare che il giurista si sia lasciato ispirare da ragioni che non siano piuttosto poetiche, e il poeta da amore per istituzioni allogene, quali probabilmente eran quelle cui Virgilio alludeva nei versi ora citati. Per il locus religiosus occorre un rapporto materiale non fugace (come non basta nemmeno per il matrimonium e per la Poss): basta ricordare i fr 39 e 40 p D h t e C III 44. 10 (109), accanto ai quali possono allinearsi quelli relativi al Poss (110). Parimenti è necessario per il sepol-

106. Cioè, vuol dirsi, una particolare intenzione, insita in re ipsa, nell'atteggiamento, nella condotta, nelle circostanze. Così per rendere un luogo religiosus, occorre una *inhumatio* « perpetuae sepulturae causa ». Il fatto di deporre un corpo in un posto, a titolo provvisorio, in attesa di una sepoltura definitiva, non rende rel. il locus: PAULUS, in D. 11. 7. 40. 3. (itp. « et quasi aeterna sede dare destinaverit ») (MOREL, *Le sepulchrum*, An. Grén. 1928, p. 26-7; BONFANTE, *Corso*, II 22). KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* cit. p. 1045.

107. TAUBENSCHLAG, *Miszellen aus dem röm. Grabrecht*, in SavZ 1917, (244 ss.) p. 252 ss.

108. Contra, BONFANTE, *Corso* II. 1. 22. Non convincente mi sembra sul punto MOREL, *Sepulchrum* cit. p. 65, quanto alla giustificazione.

109. Nelle parti gen. Le itp han soprattutto riguardo all'animus che qui non interessa (cfr. *Index*).

110. D. 41. 2. 41 (non costituisce Poss, la dimora sul fondo per rapporti di amicizia con l'ospite); cod. 5. 1 (efficace presa della preda).

cro, che la illatio avvenga con la particolare intenzione che il locus serva di sepoltura, e definitivamente (111).

Il postliminium solo parrebbe influire diversamente sul sepolcro che sulla Poss; chè il sepolcro, cessata la invasione, torna ipso facto res religiosa, mentre la Poss non si ripristina (12. 2 D 49. 15). Ma la verità è che, pel sepolcro, al contrario di quanto avviene per il Poss e per lo stesso matrimonio, persiste l'elemento materiale, la inumazione, anche se il locus rel. (o la res sacra) cada in potere del nemico (36. D 11. 7) per invasione e occupazione territoriale. Sicchè cessa la qualità religiosa del locus a ragione della invasione, a ragione di una condizione giuridica, non di fatto (la illatio persiste), e che si ripristinerà non appena i loca ab hac calamitate fuerint liberata, appena cioè il nemico sarà respinto. Nella Poss, invece, la occupazione che il

111. Potrà essere sintomatico ricordare come per rendere nuovamente purus un luogo rel., occorre un apposito rituale, MOREL, *Sepulchrum*, cit. p. 64, uguale e contrario a quello necessario per renderlo rel. Il parallellismo v'è anche col matrimonio, confarreato, il quale richiede una diffarreatio (FESTO, ep. 74; PLUTARCO, *Quaest. rom.* 50; DE MARCHI, *Il culto*, cit. p. 152).

Il Parallelo è qui così perfetto, che sarei indotto a credere che anche pel possesso la perdita non possa avvenire se non con un atto contrario a quello di costituzione (ciò, naturalmente per le origini). Non mi attenterai a ritenere genuino il noto fr. 153. D 50. 17, ritenuto itp dall'ALBERTARIO, in R. H. 1831, p. 13 e dal KUEBLER, *Die klassischen Jur.* cit. in Confer. XIV cent. Pand. p. 120, n. 2 e 3. (Cfr. ancora ALBERTARIO, in *Studi*, cit. I p. 225 ss.). Nè è lecito interpretare il «qua utrumque» del fr. ricordato in senso disgiuntivo, come faceva il SAVIGNY, *Besitz* 7, cit. 333; ALIBRANDI, cit. p. 264; SECKEL-HEUMANN, *Handlexicon*, 607; RABEL, *Grundzüge*, p. 439, n. 4 (Cfr. ROTONDI, *Scritti*, III, 114, n. 1). Del resto Paolo parla oramai col linguaggio del suo secolo.

Quanto alle origini affermerei che il contrarium actum fosse appunto il venire meno dell'elemento sacrale (in quanto il posto non costituisce, ad es., la sede familiare: come nel caso di abbandono, o in quello di espulsione. oNn crederai (e ciò dirò anche oltre, § 15) che nelle origini si credesse perduto il Poss nel caso di partenza ad nundinas e nel caso dei saltus hiberni. La ragione ne è che in quei casi resta sempre l'elemento sacrale come attuale, e resta sempre attuale ad libitum l'elemento dinamico, dal quale non si dipartirono mai col loro spirito pratico i romani (cfr. oltre).

nemico fa del suolo importa, normalmente, deiezione del possessore. Che anzi, il caso precipuo del *postliminium* è quello del cittadino che è catturato non sul posto del suo *Poss*, ma lontano dalla sua sede di pace, lontano dalla *urbs*, in lontane estranee plaghe.

10. Continua: si argomenta per analogia dal sepolcro. Qui se taluno seppellisca un morto in un fondo altrui, v'è certamente violazione del diritto altrui, ma non per questo è concesso al proprietario di esumare il morto ed espellerlo. Ciò possono fare solo i pontefici.

10. — Illustrati brevemente questi punti, penetriamo ora più addentro nel parallelismo tra i due istituti. E gioverà finalmente riportarsi al principio pel quale la pace del morto è sacra, tale che nessuno (salvo i pontefici o chi da costoro autorizzato), e nemmeno il *dominus* del fondo, può turbare. Ciò perchè la illazione del morto implica una consacrazione del *locus* agli dei inferi. Chi contravvenisse a tale principio incorrerebbe anzitutto nella vendetta del morto stesso (112). Inoltre, i pontefici che esercitano il loro severo controllo sui sepolcri, interverranno per punire con scomuniche religiose il violatore della pace sepolcrale, anche se il violatore fosse il titolare del fondo. Saranno poi necessari dei *piacula* (113); e si aggiunge, in seguito, l'*actio violati sepulcri*. Da notare che come sul sepolcro si impongono i cippi contenenti le *damnationes* (114), così nei fon-

112. JOBBÈ DUVAL, *Les morts malfaisants*.

113. JOBBÈ DUVAL, *Les morts*, p. 53. Circa la protezione delle sepolture avanti l'egitto siamo (come per il *Poss*) sforniti di notizie. Il VOIGT, *Die XII Tafeln*, I 451, ritenne che la violazione di un *locus rel.* fosse punito come la violazione dei luoghi sacri. Ma contra MOREL, *Le sepulchrum*, cit. p. 95; il quale dubitativamente parla di punizione alla stregua di delitto pubblico, sottoposto, caduti i Re, alla giurisdizione dei consoli e alla *provocatio*; o a quella di Questori (p. 97).

114. HUVELIN, *Les tablettes*, cit. p. 45.

di i limites (115), i quali segnano i confini sacri e possono essere imposti anche dal semplice possessore, ad es. un acquirente a non domino, e, anche più lontano nelle origini, dall'usurpatore di buona o mala fede. E forse da questi soprattutto. Il fatto è, che se è vera come parve, la caratteristica della Possutta fondata sulla religiosità e inviolabilità della sede, questa sussiste sempre, anche nel caso di usurpazione: i cippi sui fondi maledicenti l'estraneo violatore, possono quindi trovarsi anche sul fondo non in Dom ma semplicemente in sovranità di fatto.

Quello che è più caratteristico, poi, è precisamente questo, che la inviolabilità del sepolcro si impone anche nei confronti del proprietario: se è vero che non può altri che il dominus rendere religiosus un luogo purus, è pur vero che il dominus non può dissotterrare e portar via da sè il cadavere, anche se si trovi di fronte ad una cocente offesa del suo buon diritto di proprietario. Anatema incorrerebbe egli se ciò facesse; chè il rapporto oramai costituitosi in virtù della illatio e della dedicazione del locus agli dei inferi, nessuno, al di fuori dei pontefici, senza formalità espiatorie, può turbare (116). Chè anzi il diritto laico positivo rafforzerà le sanzioni sacrali con una actio iniuriarium. E tutto ciò è ben antico, nè può farsi risalire solamente ai tempi di Labeone (117) solo perchè il ricordo se ne è conservato attraverso una citazione di Ulpiano che rinvia a quel giurista: *ULPIANUS*, 25 ED (8 p D 11. 7) « ossa quae ad alio illata sunt vel corpus au liceat domino loci effodere vel eruere

115. Cfr. sopra n. 79: da ricordare che presso gli assiro babilonesi, i kudurri hanno lo stesso carattere e la stessa funzione dei limiti romani. Cfr. *CUQ*, *Etudes sur le droit babylonien*, Paris 1929 passim; *FURLANI*, *La civiltà babilonese e assira*, Roma, passim.

116. *KARLOWA*, *Röm. Rechtsg.*, cit., p. 1046; *MOREL*, *Le sepulcrum*, p. 64: (C I L, X. 2. 985, 8259).

117. Così, *PEROZZI Istituzioni*, cit.

sine decreto pontificum seu iussu principis, quaestionis est: et ait Labeo expectandum vel permissum pontificale seu iussionem principis, alioquin iniuriarum fore actionem adversus eum qui eiecit » (118).

Prima di tutto da notare che il « quaestionis est » non vuol dire, solo « è dubbio, è controverso »; bensì, come lo stesso verbo quaeritur, indica il sorgere di una questione sia pure accademica, o serve a presentare un nuovo problema (119). Il periodo « et ait Labeo » non è in relazione alla pretesa discordia fra i giuristi cui si accennerebbe col quaestionis est. Ad ogni modo, nè Ulpiano nè Labeone figurano, nel fr in esame, dubitare che si possa rimuovere il corpus senza permesso dei pontefici. In ultimo, poi, se ciò anche fosse, potrebbe spiegarsi col fatto che il rigore del divieto si andava attenuando, tant'è che il permesso potrà essere dato (con Giustiniano?) (120), anche dal principe. Perchè insomma il divieto nella peggiore delle ipotesi parrebbe introdotto, secondo il fr in esame, non già all'epoca di Labeone, come vorrebbe il Perozzi, ma da Labeone stesso e per via di esegesi. Ora ciò è inverosimile; perchè il divieto appare ed anche più rigoroso in Ulpiano (5. 1 D 1. 18); il quale presenta come pacifica la norma poter solo i pontefici esplorare

118. Non interessa qui la itp segnalata dal TAUBENSCHLAG, *Miscellen*, cit. p. 254 « ossa - vel corpus ». Sulla ipotesi del T. ho più di un dubbio, anche perchè non riesco a vedere la ragione dell'intervento, che il T. indicherebbe, come « verlockendste » nel fatto che Roma conobbe due modi di funebri: la inumazione e la incinerazione, mentre la Chiesa catt. si è pronunciata per la inumazione. Ora nei testi incriminati non v'è una sostituzione sicchè l'un sistema venga taciuto e autorizzato solo l'altro; non v'è che una allusione a tutti e due i sistemi, che sono quelli conosciuti, tutti e due dai romani.

119. Cfr. SECKEL-HEUMANN, *Handbuch*, ad h. v.

120. Sulla itp (sen iussionem principis) cfr. LENEL, *Palingenesia Ulp.*, 731, 4; SOLAZZI, in *RIL*, 181, 4; KNEP, *Der Rechtsgelchrte Gaius*, 218.

Quanto al « quaestionis est »: esso si spiega, inoltre, in un'epoca più avanzata, in cui l'elemento sacrale è meno sentito ed è per converso più forte il criterio della disponibilità.

et permittere quatenus, salva religione, desiderio reficiendi operis medendum sit. Dunque è proibito anche solo reficere locum religiosum! Ora è inverisimile che una tesi giuridica di Labeone sia andata così conquistando terreno, da giungere al punto di rigore in cui la troviamo in Ulpiano, mentre, pel diritto e pel costume anteriori, che è forza pensare più rigorosi più aderenti alla religione, sarebbe stato lecito gettar via i cadaveri senza che fossero intervenuti rituali e autorizzazioni religiose. e. in mancanza, esecrazioni sacrali da parte de' pontefici. Del resto, mentre — a seguire la tesi del Perozzi — ancora ai tempi di Ulpiano sarebbe stato controverso il principio (quaestionis est), lo stesso Ulpiano poi in 5. 1 D. 12. 8 cit., avrebbe non solo accolta la opinione di Labeone, ma anche quella più severa relativa alla refectio operis, senza accennare per nulla alla quaestio, senza giustificarsi e documentarsi. Alla impetrazione accenna Paulus (44 D 11. 7) senza esitazioni; vi accenna Plinio il giovane (per quanto riguarda il suolo provinciale) senza che la quaestio venga nemmeno adombrata (121).

E' dunque divieto che, per i suoi fini e le sue caratteristiche, sembra vetuste: può finalmente concludersi che, perciò, nonostante violazioni flagranti e cocenti del diritto altrui, il fatto stesso della inumazione è meritevole di tutela. La sede del morto è sotto la protezione degli dei: chi turba la pace del morto è sotto la malefica influenza del morto stesso, e oltre l'actio, violati sepulcri (dalla epoca in poi in cui questo mezzo fu concesso), subirà punizioni o coercizioni sacrali. Ebbene la Poss è la sedes: la sede dei vivi è anch'essa sotto la protezione di numi, dei geni familiari, i lari forse, sicchè « hoc perfugium ita sanctum est, ut inde abripi neminem fas sit », « nemo extrahi de-

121. PLIN., Ep. X, 68. Cfr. pure testi epigrafici cit. da SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, 167.

bet » (122). E' innegabile l'elemento sacrale nel fenomeno della sede come tale, cioè a prescindere dalla spettanza; in una parola della Poss.

Di quale tutela può pensarsi abbia goduto essa? Anzi tutto di quella pontificiale, così come il sepolcro. Poi di quella pre-

122. Cic., *De domo*, 41. 109. Da notare anzitutto che quello che Cicerrone nel cit. passo mette in evidenza è appunto la santità della dimora: « Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscuiusque civium? Hi arae sunt, hi foci, hic penates, hic sacra, religiones, caeremoniae continentur; hoc perfugium ecc. ». Cic., *In Vat.*, 9. 22; *Pro Mil.* 14. 38. (V. in COSTA, *Cicerrone giureconsulto*, I, 49, I. Da notare che Cic. nei riportati passi parla della domus in genere. Non si vuole tuttavia confondere qui il domicilio, in senso tecnico e la Poss. Tuttavia notevole è che anche il domicilio fonda su elementi religiosi, quale la Laris constitutio, formula tralaticia in epoca cl. come si vedrà dai numerosi fr. in nostro possesso), ma che tradisce (pare a chi scrive) chiaramente l'elemento sacrale originario. Ma il lare si è dimostrato come il protettore della sede (v. sopra n. 87): come colui che possiede la casa stessa (per effetto del fenomeno per cui si concepisce come attività del nume, quella che è la attività del capofamiglia). Dunque la sede, il domicilio, la Poss e la religione hanno stretti contatti. Quanto alle definizioni giuridiche in cui il domicilio è connesso al lare e alla religione, cfr. C. I. 39. 2; C. 3. 24. 2; C. I. 3. 32 (33) p; C. Th. 7. 21. 4. Contrari alla connessione di Lare, Poss e domicilio, potrebbero sembrare questi fr.: Vat. fr.; Actor rei forum... sequitur. Unde perspicis... provinciae Praesidem adendum... in qua is qui possidet sedes ac domicilium habet. C. Th. 12. 1. 52; Non obstat petitioni, quod il quos incolas dixerunt, alibi decuriones esse dicuntur... Sola vero possessione sine laris collocatio praedictos onerari iuris ratio non patitur. Ma è facile rispondere che oramai nè laris constitutio, o collocatio, significhi più quello che in origine realmente significava, nè la Poss è più quella che era (e cioè, da fenomeno sacrale è divenuta fenomeno economico: cap. 4°). Lo stesso domicilio ha ora (come nell'ultimo fr. del teodosiano ora cit.) carattere economico: esso è definito appunto « centro di attività », « centro di interessi », « centro di affari » (CARNE-LUTTI, *Note critiche intorno ai concetti di domicilio, ecc.*, in *St. di dir. civ.*, p. 16 ss.; WINDSCHEID, *Pandette* (trad. it.), § 37, p. 106; altrimenti p. es. PERNBURG, *Pandekten*, cit., § 46, p. 101). Del resto basta confrontare la riportata definizione di Cicerone, ancora tutta impregnata di religione, con quella pure riprodotta di D. 50. 16. 203.

La habitatio si presenta, invece, come pura dimora senza i caratteri (in origine sacrali) del domicilium. Nè è accettabile la tesi svolta dal PERNICE, *Labao*. I. 98 ss., secondo il quale il domicilium sarebbe passato da una fase in cui non ebbe un significato preciso, in quella della coincidenza di domus e domicilio (D.

toria. Ma di ciò deve riserbarsi il discorso a più tardi (cap. IV), dopo aver mostrato come col conquistato punto di vista possano giustificarsi talune caratteristiche della Poss.

50 16, 203). Gli argomenti del Pernice non sono probanti (TEDESCHI, *Contributo allo studio del domicilio*, Riv. it. sc. giur. 1932, p. 220 ss.). Per mia parte osserverei che la negazione originaria di un domicilio plurimo (A. BERGER, *Incola*, in PWRE, IX, 1252-3) può riconnettersi alla vita romana accentrata tutta, nelle origini, in breve spazio. E' con le conquiste e con lo sfruttamento delle terre di conquista che Roma assume un'attività economica a più ampio respiro (per tutti: BESNIER, *L'état économique de Rome au temps des rois*, in R. H. 1934, 405 ss.; PAIS, *Storia di Roma*, vol. I e II; ROSTOWTZEW, *The social and economic history of the roman empire*, Oxford, 1926 p. 1-2; *A history of the ancient world. II (Rome)*, p. 27; CHIAZZESE, *Introduzione alla st. del dir. priv. rom.*, p. e 79 ss. Nè contrasta con quanto si è detto, e soprattutto col diniego di una pluralità di domicilii, il fatto (da noi ammesso, v. oltre n. 15) che si riconobbe sin quasi dalle origini un possesso dei saltus hiberni. Tra domicilium e Poss v'è solo qualche contatto, ed interessantissimo; non v'è identità. E si spiega: domicilium è la sede stabile della famiglia, del centro familiare (COSTA, *Cicerone*, cit. p. 49, n. 1); la Poss è più ampia, si estende oltre la domus in senso rigoroso, abbraccia tutto il territorio.

Interessante, in ultimo, un punto di contatto tra Poss e domicilium: non è possibile la fissazione di un domicilio senza la volontà di colui che lo fissa, mentre non basta la semplice volontà, se non le corrisponde il fatto stesso (WINSCHIED, *Pandette*, cit. p. 116; DERNBURG, *Pandekten*, cit. p. 102); così nella originaria Poss, e ancora in epoca cl. non sorte ancora le quisquillie sull'animum, era decisivo il comportamento esteriore. Identica posizione per il matrimonio (ALBERTARIO, *Honor matr.*, cit.).

- C) 11. In tanto può concepirsi una capacità soggettiva possessoria, in quanto la Poss sia, come qui si postula, una sovranità politica e sacrale. Così il requisito della capacità possessoria (esclusione del *filius*, del *servus*, del *liber h. b. f. serviens*) è rivelatore del carattere originario della Poss.

11. — Oramai raggiunto questo angolo visuale per lo intendimento della originaria Poss, sarà agevole dire — ancor prima di passare a parlare dei mobili — che se è vera la affermata identificazione, della Poss con la sovranità sul territorio della famiglia, dovrà rispondere al concetto di capacità sovrana e religiosa il requisito, tralaticio in epoca classica, della capacità soggettiva possessoria.

Tale argomento ci occuperà quindi nei paragrafi 11 e 12 e passeremo poi a parlare (paragrafi 13 e 14) del Poss dei mobili, ed infine dei principi che governano la conservazione del Poss.

Titolare della Poss, di ogni Poss, è solo il pater. Nè può maravigliare, quando è noto che esso è il soggetto attivo della famiglia, il titolare della sovranità a lui solo spettante (123). Pertanto, non v'ha possessio ove non vi sarebbe dominium (124). Gli è che la Poss è appunto sovranità; e non può essere capace di Poss chi non è capace di sovranità. E veramente capo, veramente rappresentante e continuatore della familia, come unità, dal passato al futuro, può considerarsi solo il Pater, o addirittura il Ge-

123. Sul potere sacerdotale del pater, DE FRANCISCI, *La legittimazione passiva nell'azione funeraria*, p. 30 ss.; FUSTEL DE COULANGES, *Città*, p. 99 ss., 102 ss., 105 ss. Il pater può incaricare di atti inerenti al culto lo stesso figlio o il servo (DE MARCHI, *Il culto*, cit. 208). Un appiglio potrebbe essere anche nella formula del suovetaurilia che si legge in CATONE, *De re r.* 141 (OVID., *Fast.* II, 639), se fosse certo come individuare il Manilio cui vien dato incarico di compiere il rituale (avente per iscopo di erigere intorno al podere un cerchio magico: DEUBNER, cit. da PASQUALI, in FUSTEL DE COULANGES, *La Città*, p. 73, n. 2; LEOPOLD, *La religione*, cit. p. 60). Sulla interpretazione del testo catoniano (DE MARCHI, *Il culto*, cit. p. 148; HUVELIN, *Le furtum*, p. 246 ss.).

124. V. sopra n. 41.

nio familiare di cui i singoli patres sono manifestazioni concrete e sommi sacerdoti: è il pater che custodisce e perpetua la religione familiare. Incapaci sono il filius come il servus (125): essi non sono infatti sovrani (126), nè rappresentanti del genio familiare. Il principio è rigorosissimo fin quando non spunteranno gli istituti peculiari (127); cioè quando la Poss avrà assunto carattere economico (cap. IV). Prima sarebbe stato impossibile, tanto è assurdo e contraddittorio che la sovranità politico-religiosa familiare possa spettare a chi non è sovrano.

Non è capace, poi, di possedere il liber homo b. f. s., appunto come sarebbe impossibile concepirlo sovrano regnante; allo stesso modo come non si concepirebbe che colui che ignora di essere sovrano (e perciò agisce difformemente da come agirebbe un sovrano regnante), possa essere trattato e considerato diversamente che da non-sovrano. Così, per dirla in termini possessori, chi ignori di essere diventato pater, non potrà essere ritenuto possessore. E' opportuno però scendere all'esame del celebre fr 44. 4 D 41. 3.

PAPINIANUS, L 23 Quaest.; Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu cum bona fides initio possessioni adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit; idem dicendum erit et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi praesumptione credat.

Il testo è logicamente scorretto (128): vi si dice che v'è un

125. V. oltre § 17.

126. Sul punto cfr. ampiamente, sotto il concetto di « Autoritätsprinzip ». SCHULZ, *Principien des röm. Rechts*, Vorlesungen, 1934, 112 ss.

127. MANDRY, *Die gemeine Familiengüterrecht*; MICOLIER, *Pecule et capacité patrimoniale*, Paris, 1932.

128. ALIBRANDI, *Teoria cit.*, 299 (altri appunti in *Index*).

filius f. che ignora di essere diventato pater. Per es.: come deve presupporci, perchè essendo lontano, non gli è giunta notizia della morte del genitore. Intanto aveva acquistata una cosa. Si chiede se la possieda suo nomine, una volta che è avvenuta la morte del padre. Ebbene, sin dall'inizio del fr, nella impostazione del tema, si dà per ammesso quello che è il punto cruciale della quistione: « *filius f... coepit rem sibi traditam possidere* ». Il giurista poi mostrerebbe di maravigliarsi se altri stesse per obiettarli che il filius non possiede. Ma se era questo il thema decidendum, pregiudicato una volta per sempre, nella attuale redazione del fr, nella stessa impostazione della fattispecie! Nè risulta alcuna allusione ad opinioni contrastanti. Si ritiene di solito insiticio tutto ciò che sta dal cur in poi. Ma basta quel « *possidere possit* » a far sospettare del tutto. Tant'è che giustamente il Betti allora (129) è costretto a presupporre, avanti a quel possidere, un « suo nomine ». Inoltre, del peculio non si parla che verso la fine, mentre nella impostazione del problema (impostazione che ogni giurista degno di tal nome, avrebbe fatta con scrupolo) si omette quell'elemento che ora, in mancanza d'altro, deve presupporci (130).

129. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, 129.

130. E' certamente questo un testo famoso. Dal punto di vista delle intp. il FERRINI, *Pandette*, 294, 1^a dichiarava che è « senza fondamento l'ipotesi di una interpolazione ». Secondo il F. « se egli (il filius) a torto credeva di non fruire della tutela possessoria, non è men vero che voglia dominare la cosa e adibirla ai propri fini e che ciò possa fare ». Secondo me queste sono proprio le ragioni che solo Giustiniano poteva tener presenti per dichiarare un possesso in testa al figlio insciente. Per Giustiniano, infatti, il possesso è stato assimilato piuttosto ai diritti; e, d'altra parte è avvenuto sia che il possesso acquistasse una definitiva fisionomia economica (cfr. oltre cap. 4^o), sia che gli istituti peculiari si fossero così valorizzati ed estesi nel periodo postclassico e giustiniano fino a condurre a una graduale emancipazione, per così dire, del figlio dalla potestas paterna (cfr. SCULZ, *Prinzipien des rom. Rechts*, 113 ss.; HOHENLOHE, *Einfluss des Christentums auf das Corpus Iuris civilis*, 1937, 135 ss.). In tali condizioni è precisamente vero che il figlio « vuol dominare la cosa ed adibirla ai propri

Il testo è dunque itp. Esso dice cosa diversa da quella che in origine proclamava. Oggi sta a rappresentare la teorica secondo cui il filius diventa possessore, nonostante ignori di essere diventato pater. In origine era ancora un residuo della concezione secondo la quale non è sovrano colui che agisce da suddito. La contraddizione non consentiva si ammettesse un principio diverso da quello ora enunciato.

La teoria dunque della capacità a possedere del figlio insciente della morte paterna, non può essere nè cl, nè originaria. Dire col Bonfante che è « tutt'altro che inconcepibile che i figli nutrano sentimenti di padronanza rispetto al patrinonio paterno », (131) non può soddisfare: perchè non si tratta sempre e non si eleva sempre questo sentimento alla stregua di un vero elemento capace di creare una Poss in testa al filius, soprattutto negli acquisti peculiari? Può risponderci che quel sentimento trova un contrapposto nel *domma* che nella familia romana tutto fa capo al pater, e che quindi quel sentimento, vivo il pater, è soffocata dalla sua personalità. Giusto: ma allora, quel sentimento vaga confuso (perchè se pur sussiste, è soffocato dalla scienza e coscienza della personalità altrui, dalla coscienza di

fini ». Ma per l'epoca classica le cose stanno diversamente, perchè il possesso non è riducibile solo ad un « adibire la cosa ai propri fini ». Oltre questo contenuto edonistico, che non è certamente originario (questa è la nostra tesi, cfr. anche cap. 4^o), v'è un aspetto politico della *possessio*, aspetto pel quale non può possedere se non colui che sia pater. E v'è inoltre un aspetto sostanziale, per cui non possiede colui che ignori la situazione possessoria o non si comporti (evitiamo appota ogni accenno psicologico) come pater. Alla stregua di tali criteri non mi pare possa accettarsi la concezione del Ferrini.

Del resto la riprova è proprio nell'intervento che è dato scorgere nel fr. in esame: BESELER, in SavZ 1925, 227, il quale ha denunciata la scorrettezza sintattica del testo. (Cfr. anche *Beiträge*, II, 90).

131. BONFANTE, *Corso*, III, 151. Ma v. nota che precede. D'altronde è vero, che Gaio II, 157 dice che i figli vivente il padre « quodammodo domini existimantur » ma ciò in quanto essi fan parte della famiglia e nutrono aspettativa sul patrimonio, non perchè in effetti possono pensare di disporre, sia pure di fatto.

non poter possedere non può assurgere a dignità di un vero animus possidendi, se non quando il filius sappia della morte del pater.

Io penso che una ragione dovesse esservi perchè nella più antica normazione del caso (nelle origini; anche prima dell'epoca cl) dovesse richiedersi la scientia del filius, ed altra dovesse essere quella per cui i giustinianeî si spinsero a modificare il principio tralatizio nella giurisprudenza cl.

Per le origini e per l'epoca classica, la Poss è res facti, ma è anche res animi, nel senso che non può concepirsi che la situazione di fatto possa concretarsi come situazione avente effetti (religiosi o giuridici), in testa al pater, quando il pater ignori la situazione stessa o non abbia l'animus possidendi, possidentis, possessoris, la affectio possidendi, il propositum possidendi e così via (132). Tanto è vero che, come deve ritenersi

132. Abbiamo già detto sopra, che il possesso consta di due classi di elementi (per così dire). L'animus e il corpus. Abbiamo detto che il corpus può essere analizzato nei seguenti componenti: elemento religioso, e. politico. e. dinamico. Sinora era stato visto e studiato solo il terzo. In questo lavoro si son voluti isolare e mettere in chiaro gli altri due, senza dei quali, siamo convinti, non è possibile intendere la Poss e inquadrare le norme tralatizie a noi note.

Quanto all'animus: anzitutto, prima di affermare che di questo elemento non può farsi a meno neanche per lo studio della Poss primitiva, occorre dire che per noi, nelle origini, l'animus, non implica la ricerca di una condizione spirituale intima e soggettiva. Animus nelle origini è quella esteriore manifestazione di condotta dalla quale la coscienza sociale deduce se un soggetto possa essere ritenuto e trattato come « possessore », cioè come sovrano di fatto di un territorio. Così la coscienza sociale, anche delle origini, negherà un possesso in testa al prigioniero, in testa al filius fam., al servus, al liber homo bona f. s. (per questi casi v. oltre), tutti casi nei quali la condizione del soggetto è tale che non può consentire si riconosca un poss. Ancora: al pater ignaro dell'acquisto non si riconoscerà alcun poss (v. oltre), in quanto la sua condotta esteriore si manifesta incompatibile con una volontà (o condotta) possessoria.

Quale dovesse essere in origine e in epoca cl., il contenuto di questo animus (ossia condotta esteriore) si dice nelle fonti solo con una definizione autologica: è l'animus possidendi. Cioè, a sciogliere la terminologia testuale, una condotta consona alla condizione di un sovrano dominatore di un territorio.

si (133), non è ammesso acquisto del possesso al pater insciente per mezzo dei suoi sudditi. Tanto è vero che con la morte del pater prigioniero, non perciò può dirsi, per l'epoca cl. (lò dirà invece Giustiniano nel fr 44, 7 D 44. 4) (134) che « il figlio ha

133. BONFANTE, *Corso*, III cit., 267 ss.; contra BESELER, *Beiträge*, IV, 64, ma v. la confutazione in Bonfante stesso.

131. La affermazione fatta nel testo involge un grave problema che merita di essere trattato pienamente. Su di esso cfr. intanto BECHMANN, *Das ius post liminii*, Erlangen, 1872, 59 ss.; BESELER, *Post liminium und Cornelia*, in *SavZ* 1925, 210 ss.; RATTI, *Studi* citt., in *Ar. Mac.* 1926, 61 ss. Sul testo cfr. ora VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1938, 174.

I testi sui quali bisogna portare l'indagine sono propriamente questi: I. D. 41. 3. 15 (Paul 4 ad Palut.): Si is, qui pro emptone possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit, videndum est, an heredi eius procedat usucapio: nam interrumpitur usucapio, et si ipsi reverso non prodest quemadmodum heredi eius proderit? Sed verum est, cum in sua vita desisset possidere, ideoque nec postlimonium ei prodest ut videatur usucapisse. Quasi servus eius, qui in hostium potestate est, emerit, in pendenti ess usucapionem, Julianus ait; nam si dominus reversus fuerit, intellegi usucapitum; si ibi decesserit, dubitari, an per legem Corneliam ad successores eius pertineat. Marcellus, posse plenius fictionem legis accipi, quemadmodum enim postliminio reversus plus iuris habere potest in his, quae servi egerunt, quam his, quae per se vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit? nam hereditatem in quibusdam vice personae fundi receptum est. ideoque in successoribus locum non habere usucapionem.

2. D. 49. 15. 29 (Labeo, 4 Pitthan.): Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti. Paulus: immo si quid servus tuus peculii nomine dum in eo statu esses, possederit, id eo quoque tempore usucapere poteris, quoniam eas res etiam inscipientes usucapere solemus. et eo modo etiam rereditas nondum nato postumo aut nodum adita augeri per servum hereditarium solet.

3. D. 49. 15. 12. 2 (Triphonus, 40 Disput.): facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt... eorum vero qua per subiectas iuri suo personas possidebat usque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Julianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem remanentibus isdem personis in possessione. Marcellus nihil interesse, ipse possedisset an subiecta ei persona. sed Juliani sententiam sequendum est.

4. D. 49. 15. 22. 3 (Julianus, 62 Digest.): Quae peculiari nomine servi captivorum possident, in suspenso sunt; nam si domini postliminio redierint, eorum facta intelleguntur, si ibi decesserint, per legem Corneliam ad heredes eorum pertinebunt.

5. D. 41. 3. 44. 7 (Papinianus, 23 Quast.): Si, cum apud hostes dominus aut

posseduto per sè stesso ».

pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? si quidem ex causa peculii possedit, usucapionem inchoari nec impedimento dominæ captivitatem esse, cuius scientia non esset in civitate necessaria. si vero non ex causa peculii comparetur, usu non capi, nec iure postliminii quaesitum intellegi, quum prius esset, ut quod usucaptum diceretur, possessum foret. sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captivatis ex die, quo capitur, morti jungerentur, potest filium dici et possedisse sibi, et usucepisse intellegi.

Il primo testo è da tempo all'indice, e mi limiterò a riferire soltanto i nomi di BECHMANN (cit., 94 ss.); DI MARZO (St. Scialoja, II, 56); SOLAZZI (Mm. Mod., XI, 222 ss.); ROTONDI (cit., 184, 2); GUARNIERI CITATI (An. Pal. 258); SELIGSOHN (cit., 45 n.). È notevole che nel testo in esame si fa dire a Marcello che il possesso dei servi trapassa negli eredi (plenius fictionem legis accipi), mentre in D. 49. 15. 12. 2 si afferma esplicitamente aver Marcello detto « nihil interesse, ipse possedisset an subiecta ei persona ». Parimenti nel fr. 15 si afferma che Giuliano, se il captus mori in prigionia ebbe a dubitare « an per legem Corneliam ad successores eius pertineat », mentre in D. 49. 15. 22. 3 Giuliano appare convinto che il possesso trapassa negli eredi. Il BECHMANN (c. c., 63, 2), giustificando il proprio convincimento con la osservazione che il fr. 22. 3 non presenta segni di itp. Per mio conto affermerei che i sospetti contro il fr. 22. 3 sorgono dal fatto che, ritenuto spurio, come diremo, il fr. 44. 7 dai testi in nostro possesso risulterebbe che un solo autore classico ebbe a ritenere possibile il computare agli effetti della usucapione, in caso di ritorno del prigioniero, il possesso acquistato peculiari nomine, e questo autore sarebbe Giuliano, la cui opinione ci sarebbe stata tramandata attraverso due fr.: il fr. 15 e il fr. 22. 3; dei quali il primo presenta un Giuliano dubbioso sul punto, il secondo un Giuliano convinto. Non è lecito supporre che Giuliano si fosse proposto il dubbio e che lo avesse risolto poi negativamente? Sicchè il diritto classico non avrebbe presentato dissensi sul punto. Argomento favorevole a questa tesi è il fatto che le ragioni addotte a sostegno del compimento della usucapione sono, come diremo, ben poco attendibili.

Il fr. 12. 2 già appuntato (BECHMANN, ROTONDI, DI MARZO, BESELER, MICOLIER), presenta la tesi affermativa di Giuliano (Julianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem) è contenuto fra due tronconi di frasi tutte e due non genuine: « vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur », (SCADUTO, an. pal., 1921, 62 ss.); e « remanentibus isdem personis in possessione » (BESELER, *Beit.*, IV, 69) caratteristicamente bizantino.

Passiamo al fr. 44. 7. Le itp sono state da più parti segnalate. Basta quell'« an et tenere incipiat » che non ha senso; basta ricordare che la motivazione « quum prius esset... foret » può valere anche per l'acquisto peculiari nomine (cfr. RATTI, cit., 64; altre indicazioni in Index).

Quanto al periodo « Sin autem pater... intellegi », che è quello che ci interessa, il BESELER, *Beiträge* IV, 67 ha già notato la incoerenza di quell'« ibi » riferentisi alla ipotesi della captivitas, che è stata prospettata tanto lontano (§ 4);

Per Giustiniano, invece, configurandosi il possesso piuttosto come un diritto (135), dovrà il possesso trapassare, come i diritti, alla insaputa del soggetto.

il « sin autem » non è tale (nota sempre il B.) da rassicurare; i tempi verbali sono incongrui (decessrit, iungerentur, potest); il discorso è arruffato (B. parla di Verschrobenheit). Incongrua pare a me anche la frase « quia tempora » (perchè non tempus?) captivitatìs ex die quo capitur (è necessario « ex die quo capitur, dopo che si è parlato del tempo della prigionia?) morti (?) iungerentur ». Ancora: « potest filium dici et possedisse sibi, et usucepisse intellegi », invece di potest filium et dici possedisse sibi et usucepisse intellegi ».

E' stato poi già additato dal RATTI, cit., 65 ss., che le ragioni addotte per giustificare lo stesso compimento della usucapione hanno un valore limitato, dubbio. Infatti: che la usucapione sia stata ammessa in quanto ciò si verifica anche nella eredità giacente, è un argomento per analogia, e la analogia qui non potrebbe trovare applicazione, perchè si tratta di un ius singulare. Altro argomento sarebbe che il padrone può usucapire, a sua insaputa le cose acquistate peculii nomine dalle persone in sua potestà. Però nel caso di prigionia manca una potestas, ed è principio generale che « eum qui suo nomine nihil usucapere potest ne per servum quidem posse » (8.1. 41.3).

Con Giustiniano, invece, le cose sono affatto mutate: il prigioniero non subisce una C. D. M.

135. ALBERTARIO, *Il possesso*, Bull. cit., 33 ss.; BONFANTE, *Corso*, III cit., 177 ss.; VASSALLI, *Miscellanea critica*, cit.; ALBERTARIO, *I fattori della evoluzione del diritto romano postclassico*, ecc., ora in St., V, 161; G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, Bull. 1934, 469 ss.

12. Anche il divieto di una Poss solidale viene inteso come divieto di carattere politico-sacrale, come divieto che su uno stesso territorio vi siano due ordini sacrali e politici diversi.

12. — E' stato notato soprattutto dal Segré, come il principio del possesso solidale e del compossesso non si riesce a spiegare se non in base al parallelismo col dominium (136). E' noto che i romani concepirono originariamente il Dom in senso politico ed assoluto. Ora non può non rilevarsi che se ciò è vero, è vero anche che la Possibilità di condominio importa necessariamente una limitazione di certi effetti, di certi poteri inerenti al Dom (137).

Il parallelo con la collegialità (138) è certamente istruttivo e calzante. Ma, allora, appunto da esso possiamo desumere il valore e il significato e i limiti dell'istituto originario. Per il quale io ritengo si sia sin dalle origini affermato il principio « *possessio vel proprietas in solidum esse non potest* »; ma, veramente, con un valore diverso da quello che ebbe poi, che è quello, invece, che la dottrina romanistica suole mettere in rilievo.

Appunto il parallelo con la sovranità, parallelo che, come si vide; è valido per il Dom e necessario per la Poss, induce a ricondurre il principio in esame a norme di carattere politico e religioso. Nulla infatti fu più sconosciuto in Roma che una doppia cittadinanza in testa ad un *civis romanus* (139); come pure,

136. SEGRÉ, *Sulla natura del compossesso in diritto romano*, Roma 1889, p. 2.

137. SEGRÉ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, Roma, 1889, 114 ss.; cfr. ora *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Corso, Torino, 1930-1 (e su di esso GROSSO, recensione in A. G. 1932; fasc. 1°).

138. BONFANTE, *Corso*, II, 2; 39.

139. PAIS, *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, I, 349. Cfr. *Cic.*, *Pro Balb.* 12, 29-30; COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, 278.

sembra abbiano i romani sentita la impossibilità che due divinità distinte risiedessero nello stesso luogo (140). Ma quello che è certo, si è la gelosa riservatezza dei complessi sacrali politici, sicchè ad un territorio non può corrispondere che un sol gruppo politico, espressione di una unica sovranità, di un unico complesso sacrale. Non si concepisce che uno stesso territorio possa sostenere due sovranità distinte (così come in testa ad un civis non possono coesistere due cittadinanze diverse). Ed è in questo senso che non può esservi su uno stesso territorio, — nè a titolo di sovranità di fatto (Poss), nè a titolo di sovranità spettante (dominium) — una sovranità solidale, cioè duplice. La collegialità non importa offesa al principio ora chiarito; giacchè la collegialità è espressione di una stessa sovranità, è manifestazione di un unico potere politico e religioso, anche se, come nel consortium, la somma dei poteri spetti ad ognuno nella sua interezza (141).

140. Cfr. LIVIO, XVII, 25; XXXI, 9; FUSTEL CONLANGES, *Città*, cit. p. 32 ss. Così era vietato deporre nella stessa tomba (non già più morti) ma morti appartenenti a genit diverse: « Mortuum extra gentem inferri fas negant »: CIC., *De legibus*, II, 22; OVID., *Trist.* IV, 3, 45; ecc. arg. ex D. 47. 12. 5.

141. SOKOŁOSWSKI, *Die Philosophie im Privatr.*, cit., p. affermava che « i più antichi giuristi riconobbero affatto come possibile una possessio di più subietti su una cosa in solidum. L'oggetto dato a pegno p. es. soggiace all'usucapione del pignorante mentre il pignoratario si avvaleva della protezione interdittale ». Ditemo nel cap. 4° donde proceda questa possibilità di un doppio possesso ammesso da Sabino e da Trebazio, o la possibilità di una divisione degli effetti del poss (secondo noi ciò fu determinato dal fatto che l'usu della usucapione venne a coincidere col poss, onde si disse che possedeva anche colui che aveva solo l'usus per la usucapio, e che in origine non possedeva. Anche il KRUECKMANN, *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechteschein*, in AcP 1912, 236, fondandosi su D. 41. 2. 3. 5, D eod., 17 p; D. 43. 17. 1. 9; D eod 3p tentò dimostrare che i romani contempirono e sancirono una Poss plurium in solidum. Contra già STITZING, *Besitz, Gewere, Rechteschein*, 363 ss. Al contrario, proprio in D. 41. 2. 3. 5 è enunciato categoricamente il diniego di una Poss plurium in solidum. La ammissione di Sabino è (a parte ciò che diremo nel cit. cap. 4°) certamente una ammissione posteriore al diniego, che appare invece tradizionale, le tante volte ed in modo così reciso appare formulato nei Dig.: D. 13. 6. 5. 15; D. 49. 17. 19.

Nelle origini non doveva farsi quistione, nell'ambito di uno stesso gruppo politico, tra poteri dominicali o possessori spettanti volta per volta a singoli rappresentanti del potere medesimo, e poteri spettanti solo per quote. In effetti il principio della impossibilità di un dominium solidale sembra antichissimo nella formulazione. E pure nel consortium il potere compete ai singoli non pro parte. Ciò è pel fatto che la solidarietà era nelle origini intesa non nel senso della interezza del potere, nè il divieto doveva intendersi nel senso che una par potestat non potesse spettare a singoli rappresentanti del potere medesimo, ma nel senso che era vietato che due gruppi politici potessero avere un (identico) potere su uno stesso territorio. La riprova è nel fatto che il consortium (importante una par potestas) non fu ammesso che tra fratres, mentre tra estranei non potè essere riconosciuto che più tardi e non fu praticamente consentito volta per volta se non dietro concessione della speciale azione da parte del pretore (cepta actione, dice il nuovo Gaio) (142).

142. Sui problemi sollevati dal nuovo Gaio: ARANCIO-RUIZ, *Frammenti di Gaio*, in Pub. per la ric. dei Pap., 1933, XI, 1182; MONIER, *Les nouveaux fr. des inst. de G.*, ecc.; FREZZA, *Il consortium ercto non cito ecc.*, in Riv. fil. istr. cl. 1934, 33 ss.; ALBERTARIO, *I nuovi fr. di G.*, ora in St. V, 461 ss.; LEVI, *Neue Bruchst. a. d. Inst. des G.*, in SavZ 1934, 276; COLLINET, *Les nouveau fr. des inst. de G.*, in R. H. 1934, 96 ss.; MASCHI, *Disertiones, Ricerche ecc.*; e *La concezione naturalistica ecc.*, p. 306 ss.; (Sul MASCHI, BERNECKER, in SavZ 1936, 291 e SCHERILLO in Stud. Sc. Bib. 1937; SCARLATA, in Riv 1936; KUEBLER, *Erctum ciere bei Plautus*, in SavZ 1936, 255; FREZZA, *Osservazioni sul sistema di Sabino*, in Riv. it. Sc. giur. 1933, 443; LANFRANCHI, *Appunti sul consorzio familiare ecc.* in St. doc. 1935, 373 ss.; BETTI, *Dir. rom.*, cit. p. 105; SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, 444.

Il consortium ercto non cito (per la etimologia COLLINET, cit.) rispecchia un regime posteriore (BETTI, ALBERTARIO, p. 472) determinato da ragioni, oltre che economiche (MASCHI, *Concezione*, 306), anche politiche (ARANCIO-R., 36, n. 3), religiose (BETTI). Il consortium tra fratres è il più antico (SCHERILLO; ALBERTARIO) e, a ogni modo non si costituisce se non *cepta* ((COLLINET) o, meglio, *certa actione* pretoria (ARANCIO-RUIZ). Ragioni politiche. (ALBERTARIO per la costituzione di questo c. sono certamente ammissibili: si attua così

Ma in proseguio, quando la Poss e il *dominium* stesso acquistano schietto carattere economico (143), il principio del divieto di un Poss solidale si tramanderà (siccome i Romani sono degli accaniti conservatori). Ma inintelligibile ormai ai romani stessi, muterà la norma il suo significato e starà oramai a sancire il criterio per cui nel Dom e nella Poss (e nell'usufrutto tutti istituiti a carattere economico ormai), la concorrenza non possa essere per il *solidum* (al contrario di ciò che avviene per le servitù e per l'uso) (144). Sorgerà allora il concetto di un condominio in antitesi al dominio solidale, di un *compossesos*, in antitesi ad un possesso solidale (145).

un sistema federativo tra famiglie vicine territorialmente, così come v'ha la cooptatio di nuove gentes, o le alleanze. Affermerei che per questo e, fra estranei intervenisse una alleanza anche religiosa, come insegna il parallelo fenomeno pubblicistico: *socii penates* dice VMC. Aen. III, 15; *deos consociatos* dice Liv. I, 45. Da Liv. V, 1 si apprende che XII populi aetruviae avevano un tempo *commune*, *sommo sacerdoti commune ecc. I poteri*, nel C., spettano a tutti in solido. E qui non v'è eccezione al principio della impossibilità di Poss o Dom. in solido, perchè non v'è più estraneità (nemmeno fra coloro che non son *fratres*) di complessi religiosi. La norma « *duorum in s. poss. et propr. esse non potest* » si riferiva, originariamente, alla impossibilità di comunione fra estranei (in senso politico-religioso). Vel *Lnus* aveva sulla cosa un potere assoluto e identico a quello degli altri consorti (ALBERTARIO). Direi, quindi (come BONFANTE, *Istituzioni*, cit. l. c.) che il dir rom. passò « dal regime dell'esperimenot in *solidum* (scil. del potere integrale in ogni condomino) a quello dell'esperimento pro parte »; ma intendendo che il divieto della solidarietà riguarda gli estranei (politicamente e sacramentali tali).

143. Ciò che avverrà, come diremo (cap. 4^o), pel fatto che la Poss si è estesa a nuove fattispecie (precario, *ager p.*, pegno, sequestro) aventi carattere schiettamente economico; sicchè *usus* e *possessio* finalmente (ed ora per davvero) coincideranno.

144. SEGRÈ, *La comproprietà*, cit.

145. Abbiamo così interpretato storicamente un principio (possibilità di compossesso, impossibilità di un possesso solidale) che altrimenti, almeno a chi scrive, pareva inintelligibile. Infatti: come poteva disconoscersi un possesso solidale. se il possesso, sin dalle origini e sin dal momento in cui il divieto di possesso solidale apparve, avesse avuto carattere economica? Si osservi: se possesso fosse una signoria in senso economico (se possesso, cioè, fosse godimento di un fondo), come avrebbe potuto negarsi che due persone *sui iuris* possano sfruttarlo in eo-

In tal modo, si pensa, vengono sistemati e meglio compresi diversi istituti, sui quali non ancora poteva dirsi cessato il dibattito: il concetto di Poss (che dal così inteso concetto della solidarietà trova una delle prove migliori per la affermazione del suo carattere politico e sacrale) e i concetti di Dom e Poss solidali e quelli di Condomio e compossesso.

D) 13. Il Poss dei mobili, in origine, è connesso a quello di un territorio. L'acquisto e l'inizio di un Poss mobiliare si determinano in virtù di un atto (manu capere) che implica un assoggettamento sacrale della cosa (o del suddito) al potere del pater.

13. — E può passarsi a parlare dei mobili. Il Poss su di essi è anzi tutto un riflesso della sovranità sul territorio; non è in origine concepibile un possesso su una cosa mobile in sè e per sè, senza una sovranità territoriale. Il punto trova una duplice, completa dimostrazione: 1) nel fatto che la Poss originaria si configura come Poss di territorio (146), e che solo più tardi dai pontefici (e il Pretore tenne distinta la ipotesi con ita distinti) fu riconosciuta una tutela (in origine anch'essa sacra-

lido? Lo sfruttamento di un fondo altro non è che il coltivare e far produrre frutti ad un fondo. E questa attività può ben essere spiegata solidalmente da due soggetti. Solidalmente abbiamo detto, ed a ragione, in quanto la coltivazione e le cure di un fondo, la spesa di fatica e di capitale non è pro parte del fondo stesso, che è lavorato e sfruttato concordemente e indivisamente dai due interessati. La divisione, la quota, non si avrà, per caso, che più tardi, quando si tratterà di dividere i frutti. Ma allora è tutt'altra cosa. Allora la divisione non riguarda più lo sfruttamento dell'oggetto, ma delle conseguenze del possesso.

Se poi si vuol guardar al fenomeno non dal lato interno, ma da quello esterno, nemmeno saprei spiegarvi perchè mai i romani non avessero potuto concepire, avessero anzi negato, che le forme e l'interesse di due soggetti ugualmente e indivisibilmente rivolti allo sfruttamento di un fondo fosse da concepire come un qualche cosa di unitario.

146. Punto pacifico questo.

le, poi pretoria) alle cose mobili in sè e per sè; 2) nel fatto che, in origine, fin tanto dura il possesso, fin quando (potendo esercitarsi il potere dinamico) la cosa resti nella disponibilità del possessore, anche se tale disponibilità sia momentaneamente difficultata (147).

L'acquisto della Poss sui mobili è segnato da un manucapere, da un tangere (148). Che in questo contatto fisico debba vedersi solo la espressione di « vedute ristrette e volgari » (149), di « una concezione del possesso molto primitiva e materialistica » (150), o di originario « materialistico e rozzo concetto dell'apprensione corporale » (151), io nego recisamente per le origini stesse. Se è vero, come dopo i risultati raggiunti dal nostro De Francisci (152) parrebbe acquisito alla scienza romanistica (153), che pei romani il trasferimento del dominio è niente altro che il tradere rem; se è vero che l'occupare, il manucapere, e più ancora il simbolo della mano e della lancia, sono la espressione sociale della padronanza nella società primitiva, non può non chiedersi e indagare se queste manifestazioni non

147. V. oltre §§ 14, 15, 16; cfr. intanto BONFANTE, *Corso*, III, 326 ss.

148. ALIBRANDI, *Il possesso*, cit., 254 ss.; BONFANTE, *Corso*, III, 227; RICCOBONO, *Il possesso*, p. 97-8. Cfr. D. 41. 2. 1. 1; D. 6. 2. 7 § cit.; D. 41. 2. 38, 2; D. 41, 4, 7. 4.

149. ALIBRANDI, cit. § 13, p. 225; cfr. anche KNIEP, *Vacua possessio*, cit., p. 83 ss..

150. ROTONDI, *Possessio*, cit., 170. Anche se questo A. si affretti a soggiungere (p. 171) che « una così rigorosa concezione fu assai presto superata » almeno pei fondi e anche se, come è suo merito, riconosca che l'animus e il corpus sono inscindibilmente compenetrati (p. 104). Ma lo stesso R. (p. 117) riafferma poi la « troppo rigidamente materialistica » concezione del Possesso.

151. BONFANTE, *Corso*, III, 227.

152. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, cit.

153. V. però SEGRÈ, *Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali*, corso, Torino, 1928, 160 ss.; RICCOBONO, *Punti di vista*, in An. pal. 1928, 508; e *La formazione della teoria generale del contratto*, in St. Bonfante, vol. I, 151; qualche riserva in BONFANTE, *Corso*, II, 2, 45.

154. Così lo stesso BONFANTE, *Corso*, III, I. c.

siano qualche cosa di più che la espressione di un *rozzo concetto materialistico*; non può non ricercarsi se quello « spirito militare » persistente ancora in epoca classica (154), non sia un residuo di epoca più remota, e ad ogni modo governata da qualche cosa di più che da affermazioni tutto affatto materialistiche. Anche per le cose mobili può parlarsi di un materialismo pratico, o non è illuminata da una concezione trascendente i rozzi dati della sensibilità? E' certo che i romani connettono il concetto di diritto, con quello di forza; è vero che il segno della potenza è la mano e la lancia; e mezzo giuridico è la lotta ed il sangue. Ma la lotta ed il sangue, ma le armi sono prove e mezzi che derivano dalla stessa divinità. E' noto come al sangue si riconnetta dai primitivi l'idea della vita ed importanza massima nelle concezioni e rituali religiosi (156). Se anche ciò non fosse documentato per Roma, basterebbe la concezione secondo cui i romani credevano « se in armis ius ferre » (157); e se ius è da Jaous, la guerra è un mezzo divino, connesso alla religione.

Ora il toccare non può essere una manifestazione gretta-mente materialistica. Sotto la esteriorità, giustamente definita materialistica, è un contenuto trascendente. E' illogico pensare, per qualsiasi primitivo, a cieche concezioni materialistiche: tutta la vita pratica e spirituale del primitivo, se materialistica nella forma, è altamente trascendentale nel contenuto. Sì, intende: concezione primitiva tuttavia, secondo cui si pensa che il sovraumano sia immanente nell'oggetto e non nel soggetto.

Per Roma la manus non è solo il simbolo di una forza misurabile al manometro: in questo potere fisico è immanente

155. JHERING, *Geist*, cit., III, 2 § 43, p. 429.

156. JHERING, *Geist* cit., § 10, p. 107; LEOPOLD, *Religione*, cit., p. 18.

157. LIV., V, 36; JHERING, *Geist*, cit. I. c.

un potere metafisico. Potere che attraverso il contatto operato a mezzo della mano e della lancia, afficia oramai la cosa fin quando quel potere religioso-militare potrà di fatto essere attuato, o non sarà superato da altro contatto, da altro assoggettamento, che per essere più attuale è più forte e però cancella l'altro, anche per il principio che vieta o non concepisce una pluralità di ordinamenti religiosi e politici. Il pater riconosce il figlio prendendolo in braccio (158). Così la vestale « pontificis maximi manu prehensa ab eo parente in cuius potestate est, veluti bello capta abducitur » (159). Il matrimonio che è sotto la protezione degli dei si attua con un ratto; le vendite pubbliche si esperiscono all'ombra della lancia (160); ma la stessa lancia è forse una divinità (161).

In conclusione: il toccare, l'elemento materialistico della Poss (sugli immobili come sui mobili) si dimostra come un residuo di una concezione per la quale si crede che attraverso il contatto si imprima alla cosa un suggello, una soggezione al potere (religioso, magico se vuolsi) del pater sovrano, soggezione che resta fin quando un altro potere con lo stesso rituale non abbia assoggettato a sè la res. Si spiega allora come tuttavia in epoca classica basti il toccare la cosa una volta, perchè questa resti assoggettata, posseduta insomma, senza che si debba sempre stringere in pugno la cosa mobile o restare sempre inchiodati sul fondo.

158. Con quel gesto il pater determina di accrescere col figlio il gruppo familiare: PEROZZI, *Tollere liberum*, in St. Simoncelli, p. 215; PASQUALI, Note citt., p. 106, n. 1.

159. GELL, n. a. 1. 12. 13. Cfr. JHERING, *Geist*, cit. I, p. 112-3.

160. JHERING, cit. I. c.

161. PAIS, *Storia di Roma*, Torino 1898, I, 1. 3013.

14. Simile al manupere, quanto ad efficacia sacrale per l'inizio di un Poss mobiliare, è, come pel matrimonio, la domum.

14. — Ma per le cose mobili risalente (almeno secondo chi scrive) dovè essere anche il caso che oggi compare ne' digesti in 18. 2 D 41. 2: « Si venditorem, id quod emerim deponere in mea domo iusserim possidere me certum est, quamquam id nemo attigerit ». Si guardi a quanto avviene nel matrimonio (162): è necessaria la deductio in domum, e questa può avvenire, come insegna Paulus (S. II 19. 3), anche se il marito è lontano (vir absens uxorem ducere potest) (163). E si badi che, sempre pel matrimonio, il modo di interrompere lo esercizio del potere maritale, è una usurpatio trinocitii, cioè un allontanamento dal tetto e dal letto coniugale. Lo ingresso nella domus pel matrimonio, come il deposito della res nella Poss, costituiscono un assoggettamento della donna o della res alla potestà maritale o alla Poss del pater.

Ma la deductio in domum è qualche cosa di ben diverso dal fatto (studiato a proposito della selvaggina) dello errare nel territorio del pater. Nella domus è più forte sia l'elemento sacrale che il potere dinamico. Infatti la sede dei numi familiari è proprio nella domus. D'altronde il vagar nelle selve non costituisce ancora una messa a disposizione della selvaggina in

162. Il parallelismo col matrimonio, già sopra richiamato, non potrà indurre a confondere, per le origini, usus e poss. Cfr. tutto il capitolo 3^o e anche in nota 21.

163. Cfr. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio*, p. 2, *Istituzioni*, cit. p. 90; BONFANTE, *Corso*, I, p. 189 s.; contra PEROZZI, *Istituzioni*, cit. I, 317, n. 1; ma con ragioni non convincenti. L'unico testo addotto, D. 24. 1. 32. 13 non riguarda l'inizio del matrimonio ma la sua costanza (e ciò ai fini del divieto delle donazioni). Numerosi i testi contrari al Perozzi (v. ivi cit.).

favore del pater sovrano (164). Ora se un rapporto dinamico scompagnato da un potere politico-sacrale non ha valore di

164. Proprio pel principio che la Poss è un rapporto politico-sacrale-dinamico; proprio perchè il romano non concepisce un potere dinamico che non sia sorretto da un fondamento religioso. Ma è imprescindibile il rapporto dinamico, che sulle fiere non può dirsi costituito dal solo fatto che esse vaghino nel nostro territorio: « quia multa accidere possunt ut eam (feram bestiam) non capiamus »: D. 41. 1. 5. 1. A Trebazio parve sufficiente (D. cit.) il fatto dell'inseguimento. Opinione che non attecchi, richiedendosi, in massima, la effettiva apprensione. Ciò che in origine realizzava l'elemento religioso e quello dinamico. Tuttavia, la stessa tesi di T. si spiega, in quanto il fatto che la selvaggina è nel nostro territorio, quel territorio sul quale è attuale e si esercita il nostro potere dinamico, può sembrare in epoca classica e repubblicana di per sè già sufficiente a creare un rapporto coll'animale. Tesi più larga, che non poteva però trovare incondizionato favore; la Poss è in epoca classica essenzialmente un rapporto dinamico: « summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit » (D. 41. 1. 55). E tale massima di Proculo può dirsi paradigmatica. Non affermerei quindi che « il rigore dell'apprensione materiale ha quasi il carattere di una singolarità » (BONFANTE, *Corso*, III, 238). Per gli animali catturati con mezzi meccanici (reti, tagliole), il problema non è diverso: non sarà necessario un manu capere, e si intende, perchè il cadere dell'animale nella tagliola realizza l'elemento della caduta « in meam potestatem » (sempre che la bestia non possa più sfuggire: Proculo, in D. eod. 55 cit.). Alla stregua di tali principi possono risolversi i casi della selvaggina vagante nelle selve acquistate, dei pesci che sono in un vivaio, in opposizion ai casi delle bestie che chindemmo in luoghi appositi, o dei pesci quos in piscina coiecerimus. In questi ultimi casi v'è poss, non v'è in quelli precedenti (D. 41. 2. 3. 14).

Si intende poi che la Poss ebbe a subire una evoluzione, che condusse a spiritualizzare sempre più l'elemento materialistico, che oramai non aveva più alcun supporto sacrale. Si spiega come, operando col concetto della custodia, la giurisdizione giunse a concepire un acquisto del poss mediante apposito custodiae (D. 41. 2. 51), e poi a mano a mano l'im conspectu ponere (D. 46. 3. 1. 79., la adprehensio oculis et affectu (D. 41. 2. 1. 21); la traditio clavium apud horrea (D. 18. 1. 74) ecc.; sino al costituito possessorio, che non pare cl. (SCHULZ, *Einführung in das Studium der Dig.*, Tübingen, 1916, 73-86; ma contra BUCKLAND, *Le constitutum possessorium*, in R. H. 1925, 355 ss.; SIBER, *Röm Recht*, p. 140; RICOBONÒ, *Il possesso*, cit., p. 136 ss.).

POSS (165), così all'occhio pratico dei romani nulla poteva parere più assurdo che un potere politico-sacrale che non potesse di fatto trovare attuazione.

E' con questo criterio, allora, che possono intendersi anche i principii che governano la conservazione e la perdita del poss., dei quali passeremo a dire qualche cosa.

165. Ciò che è invece detenzione. Sulla detenzione cfr. RADIN, *Detention at roman law*, in St. Bonfante, III, 151 ss. (dal punto di vista del « senso o dei sensi che la voce detentio sembra aver avuto nelle varie epoche della storia del dir. di Roma »); indagini ha condotte anche il BESELER, *Unklassische Wörter*, in SavZ. 1936, (26-98) p. 63 ss. I romani non hanno una teoria della detenzione (PEROZZI, *Istituzioni*, cit. I, 367); e si spiega. La detenzione è un concetto negativo: è la possessio naturalis, cioè il non-possesso: ALBERTARIO, *Appunti per una critica sulla terminologia del p.*, Pavia, 1915; *La terminologia del p. nella compil. giust. e nelle fonti biz.* in Bull 1925, 275 ss.; *Il possesso*, cit. p. 26; *A proposito di obligatio nat.*, ora in St. III, (55 ss.) p. 67; RICCOBONO (con dissensi, qui non interessanti), *Zur Terminologie der Besitzverhält.*, in SavZ, 1910, 321 ss.; *Il possesso*, cit. p. 20; diversamente il KUNKEL, *Civilis u. nat. poss.*, in Symbolae frib. in h. O. Lenel.; secondo il quale, pos. nat. sarebbe comprensiva anche della poss ad interdicta; sul K. v. però RICCOBONO, cit. p. 19, 33 ss.; BOZZA, *Il possesso*, corso cit. p. 263 ss.

Secondo noi la detenzione è nelle origini il potere di fatto non accompagnato dal potere sacrale e politico. oL schiavo, il figliofamiglia, « tenere possunt, habere possidere non possunt », perchè, come si vide, non poterono essere considerati sacralmente e indipendentemente capaci; il colono e l'inquilino « sunt in possessione », ma non possiedono, perchè sebbene essi abbiano intenzione di sfruttare la cosa con esclusione di tutti (ARNÒ, *Il possesso*, cit. l. c.), non hanno un rapporto sacrale (e di conseguenza politico) col territorio, indipendente.

E) 15. La conservazione del Poss sui mobili, è determinata dal persistere del rapporto sacrale; talchè non è influente una momentanea interruzione del rapporto materialistico. — La conservazione del Poss sui saltus e nel caso di partenza ad nundinas.

15. — Quanto agli immobili, io credo che risalenti debbano essere, anzi, originari ed esemplari (166), sia il caso della conservazione sui saltus hiberni o aestivi, che quello per la partenza ad nundinas. Invero, nulla è nelle fonti che faccia pensare al contrario, e la opinione dominante avversa non si giustifica se non affermando che in origine la Poss è grettamente ancorata al principio del rapporto materialistico. Ma quanto di vero sia in questa concezione già si vide. Certo il possesso, in quanto rapporto di fatto, ha come elemento base, l'elemento di fatto, la possessio corpore. Ed è anche vero che l'elemento intenzionale, l'animus è frutto di una più tarda speculazione, mentre originariamente quei due elementi « sono troppo compenetrati, troppo inscindibili »: nessun romano farà mai questione se sussista o non lo animus possidendi se lo si attua col fatto (167). E decisivo dovè essere su tal punto l'apprezzamento sociale. Ma non è aver tutto detto, il farvi semplice ricorso (anche se è un merito delle indagini romanistiche l'aver trovato il principio). Va bene l'apprezzamento sociale: ma donde determinato? Con quale atteggiamento pratico si manifestò?

Se ha la Poss fondamento politico-dinamico-sacrale, la valutazione non poteva non essere determinata da una tale concezione e a questa adeguarsi. E così è: sussiste il fatto possessorio (per le origini) se e fin quando sussiste l'elemento sacrale di fatto. Cioè a dire: fin quando la coscienza sociale riconosca sus-

167. ROTONDI, *Possessio*, cit. p. 104.

sistere il rapporto di sovranità politico-sacrale-dinamico. Ma questa è ancora una formulazione astratta che deve tradursi in termini pratici. La Poss, secondo si disse dei due primi paragrafi di questo cap., è una signoria politico-sacrale traducentesi nella possibilità pratica di disporre di una cosa (in primis: di risiedere su di un territorio). Tre elementi la costituiscono: quello politico, quello sacrale, e quello dinamico. La Poss si attua quando tutti e tre concorrono. Talchè la coscienza sociale riconosce una Poss quando ad un potere di fatto vedeva riconnesso un potere politico-sacrale. Riconoscibile, appunto, questo, da elementi sacrali: ad es. la presenza dei numi familiari. Chè è certo che colui che faceva di un territorio la sua sede, vi imponeva i suoi numi, e li lasciava — nel caso di assenza non definitiva — a custodire il posto e a tener lontani i ladri e gli usurpatori. L'elemento dinamico, come già si ebbe a dire, non è costituito da un contatto materiale costante, giacchè sarebbe anche assurdo (168). E' necessario all'inizio del Poss, perchè esso, il contatto, è il mezzo e il veicolo del potere politico-sacrale determinante l'assoggettamento della res al potere di fatto dinamico (169). Non è, il contatto, più necessario di poi, essendo sufficiente che la disposizione della res (soprattutto della res mobile)

168. Cfr. sopra n. 87. Sul punto istruttivo può essere lo stesso ordinamento costituito pel matrimonio. Infatti, lo stesso matrimonio, pur essendo, come il poss, un fatto e al fatto legato, non si interrompe nelle brevi assenze del coniuge per ragioni di uffici, o comunque nelle assenze non dovute a cattività o alla intenzione dei coniugi di rompere il matrimonio. Paradigmatico è sul punto D. 24. 1. 32. 13: Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem matrimonii habebant... puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae. (Sul fr. ALBERTARIO, *Honor* cit. p. 197).

169. Si noti che anche nel matrimonio il contatto (rappresentato dalla *destrorum iunctio*, dalla *deductio in domum*), è necessario solo all'inizio, mentre, come si vide, non si richiede nemmeno come assolutamente necessaria la coabitazione ininterrotta. La *usurpatio trinoctii* si compie in tre notti, ma non è tanto la durata della assenza, quanto, connessa a questa, la circostanza che la donna si allontana dalla *domus maritalis*, dai *sacra* del marito. E questo è il punto.

possa attuarsi ad libitum del pater sovrano (170). Ora non può costituire perdita della Poss, il caso che, persistendo lo assoggettamento politico-sacrale, cessi solo, e per breve momento, la possibilità pratica di intervenire sulla cosa: il persistente assoggettamento politico-sacrale, è tale che determina, in tali casi, un perdurare della Poss. Altra cosa sarebbe, invece, se la disponibilità dinamica della cosa fosse perduta (es. una inondazione non passeggera; uno smarrimento della res; una dimenticanza non momentanea; ecc.); o se fosse perduto lo assoggettamento politico-sacrale (come nella ipotesi di usurpazione; di capitis deminutio; ecc). In tutti questi casi la Poss è perduta.

Ora alla stregua di questo principio, che è un corollario della concezione propugnata in queste pagine, è evidente che la coscienza romana delle origini doveva essere guidata da questi canoni:

1. Non v'è Poss se la sovranità sacrale non possa essere praticamente, dinamicamente attuata;

2. Non v'è Poss quando la sovranità sacrale sia soverchiata da quella più attuale e recente altrui: così è nel caso della usurpazione dei fondi, sel servo fuggitivo appreso da altri (171);

3. Non v'è Poss quando il soggetto perda la sua qualità di sovrano in senso sacrale e politico.

Al contrario si conserva la Poss quando la sovranità sussiste, anche se la disponibilità della cosa sia momentaneamente sospesa.

Quanto ai saltus e quanto ai casi di partenza ad nundinas, è chiaro che il persistere della Poss potè essere affermato in virtù del principio che si è ora enunciato. Che in questi casi

170. Cfr. sopra § 2.

171. Affermiamo sin d'ora quello che è il nostro convincimento, sebbene il punto non sia pacifico in dottrina. Ma sul problema si terrà discorso più avanti.

l'apprezzamento sociale, riconoscendo la sussistenza del Poss, si trovasse in certo modo in anticipo sulla dottrina che non era ancora giunta a emanciparsi sufficientemente da una concezione troppo rigidamente materialistica del Poss, è affermazione (172) che non trova giustificazione se non nella genialità di colui che la ha fatta. Ma niente sta a provarla. Potremmo forse dire anche di più: se l'apprezzamento sociale, prima che la stessa dottrina tecnica, giunse a concepire un Poss ove di fatto l'oss non v'era (173) significa che la coscienza sociale non considerava il Poss alla stregua di quella concezione « grettamente » materialistica che oggi suole mettersi in evidenza (174).

Un problema potrebbe ancora interessarci: quello del momento della perdita del possesso nel caso di usurpazione del fondo durante la assenza del fin qui possessore. Le fonti conservano tracce di due diverse opinioni.

ULPIANUS, I. 70 ad Ed.: qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere LABIO scribit...

L'altra tesi è presentata in D. 41. 2. 35. 2:

POMPONIUS, I. 23 ad Q. M.: quod autem.... possidemus,

172. ROTONDI, *Possessio*, cit. p. 117; ALBERTARIO, *An. Mac.* cit. 227 ss.

173. Così PEROZZI, *Istituzioni*, cit. I, 844 n. 7.

174. Non credo nemmeno che possa essere stata la utilitas a suggerire una normazione, per i due casi in esame, diversa da quella originaria. Da quanto precede in testo pensiamo non sia azzardato affermare che si tratti di norme risalenti assai, coeve alla stessa Poss. Non credo dunque che si possa ricostruire il guasto operato dai giustinianeî nella I. 25. D. 43. 16, al modo suggerito dall'ALBERTARIO, in *An. Mac.* 1929, e in *St. Ip.* 215, 3: « quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessione animo retinere, id « utilitatis » [exempli] causa didici Proculum dicere:.... ». Ad ogni modo diremo, come pure diremo pel caso del liber h. b. servus, che la utilitas, se pure è intervenuta, ciò fu non per innovare, ma per conservare principi tralatici, che oramai divelti dalla loro giustificazione originaria, erano altrimenti ingiustificabili agli stessi giuristi cl.

quaeritur utrumne usque eo possideamus, donec alius... ingressus sit, an vero... donec revertentes nos aliquis repellat...

Non esito a credere che la tesi più antica dovesse essere quella di cui appare sostenitore lo stesso Labeone. Che la seconda si trovi più ampiamente rappresentata allo stato delle nostre conoscenze, e anche assolutamente parlando, non deve far meraviglia nè deve far concludere per una maggiore plausibilità della seconda rispetto alla prima (175): tutte e due sono consone rispettivamente ai tempi in cui furono enunciate. Si apprezza in pieno allora la affermazione del Rotondi (176), secondo il quale lo stesso Pomponio, se pure accettava la prima teorica, doveva farlo in modo molto più guardingo di come non appaia nella fine del fr cit. Discussa, come appare dal testo cit. per ultimo ancora ai tempi di Pomponio, la nuova concezione pare stabilmente accolta ai tempi di Giuliano Papiniano e Proculo (177). Segno di quella evoluzione che va subendo il nostro istituto, evoluzione fatale, una volta che esso, con la sussunzione nell'ambito prettamente giuridico, perdette il suo carattere basale, quello sacrale.

175. Così PEROZZI, *Istituzioni*, cit. I, 848, n. 2.

176. ROTONDI, *Possessio*, cit. p. 133.

177. Pei testi relativi e le relative considerazioni esegetiche ci riportiamo alla dottrina dominante, cfr. per tutti PEROZZI, cit. I. c.

16. Continua: conservazione del Poss sulle cose mobili: il Poss sul servus fugitivus.

16. — La conservazione del possesso sulle cose mobili può ricondursi, deve, agli stessi principi. Sussiste il rapporto possessorio fin quando sussista il rapporto sacrale e non sia cessato (non per momentanea interruzione) quello dinamico. Si protrae, quindi, fin quando quei vincoli sussistano; fin quando, pur allontanandosi, i semoventi non perdano lo animo di ritornare (3. 2; - 5p; - 3. 14-16 (D. h. t.). Degli animali selvatici è consentanea alla concezione che qui si va difendendo, che si perda il Poss appena essi riacquistino la *naturalis libertas*: come più volte si è detto, allo spirito pratico dei romani non poteva sembrar concepibile che sussistesse un potere (dinamico, conestato da quello sacrale) quando quel potere non potesse esercitarsi. E gli animali selvatici, fuggendo e ripigliando la loro naturale libertà, si allontanano dal raggio d'azione del nostro potere, non sono quindi più in Poss. E' la stessa concezione per cui di questi stessi animali non si acquista il possesso per il solo fatto che siano nel nostro fondo.

Altra soluzione dovette esservi per gli schiavi. Che degli animali selvatici si perda il possesso quando riacquistino la *naturalis libertas*, e che degli animali mansuefatti si perda quando perdano l'*animus revertendi*, si spiega: in tal caso si perde anche la proprietà (3. 2; 5p D. 41. 2). Che il gregge cessi dal nostro Poss « aberrando » (D. eod. 3. 13) si comprende, in quanto si presuppone « *ut non inveniatur* » (D cit.). Ma per il fuggitivo come diremo, è tutt'altra cosa. Per quanto esso sia più intelligente, per volere, la sua ricerca, il suo recupero è più facile, in ragione degli stessi contrassegni caratteristici, individuali (qui non è un traslato parlare di individuo), in ragione dello

stesso interesse del possessore al riacquisto. Nè tutto ciò è frutto di mera ipotesi: deriva dalla considerazione che si trovano nelle fonti e nella storia del dir. rom. apposite provvidenze giuridiche per il recupero degli schiavi fuggitivi; professionisti apposti, i fugitivari (178).

17. La necessità di una capacità passiva dell'oggetto al Poss si giustifica col criterio che oggetto di Poss son le cose capaci di una signoria politico-sacrale.

17. — Consona alla concezione cui questo lavoro si ispira dovrà essere anche la normazione positiva dei requisiti di capacità dello stesso oggetto. Anzitutto: capaci sono solo le cose corporali, come che la sovranità politica su cui nacque la Poss, fosse appunto la sovranità (a prescindere dalla spettanza) sul territorio e poi, sulle cose mobili, con paradigma e con precedenza storica dell'homo (179).

Le res extra commercium sono sottratte al Poss, perchè esse non cadono direttamente nella sovranità e potestà assoluta del pater; le res divini iuris sono infatti quelle da cui recede la signoria umana per rispetto alla signoria divina; le res communes omnium sono enti che nella loro totalità non cadono sotto la signoria di alcuno (180). L'uomo libero non può essere oggetto di possesso (181); e si spiega, in quanto il libero è per definizione in potestà di nessuno, ma di sè stesso (182). Eccezione è il liber homo bona fide serviens. Eccezione se si guarda da un punto

178. Cfr. CIAPESSONI, *Appunti cit.*, p. 100 dell'estr. (103 del vol. II St. Albertoni.

179. Il grave problema è stato da noi esegeticamente studiato a parte. Ci permettiamo rinviare il lettore a *Il servus fugitivus e il possesso*, in A. G. 1938 ult. fasc.

180. Così FERRINI, *Pandette*, cit. p. 255.

181. Si ricordi tuttavia che i figli, nella più remota epoca, sono oggetto di potestas, e cioè di Poss (v. sopra, § 3).

182. Cfr. sopra, n. e COLI, *Il parallelismo*, cit., p. 89, n. 42.

di vista che non sia quello possessorio originario. Altrimenti si troverà, anche nel caso del liber h. b. f. serviens, una riprova ai concetti cui questo lavoro si ispira: sia o non sia di buona fede il liber homo, è certo che egli è in uno stato di asservimento contrario a quello che si richiederebbe invece in un sovrano. Costui certamente non perderà solo per la sua nuova condizione la spettanza, ma perderà certamente la situazione di fatto (dinamico sacrale). Che in tale normazione sia intervenuta la utilitas è anche credibile (183); ma è questione di date: quando la utilitas è intervenuta? Ma è anche questione di sostanza: perchè è intervenuta? Potremmo anche dire che la utilitas è intervenuta quando il principio si dovette valutare di fronte alla alternativa della conservazione di esso o della sua reiezione nei nuovi tempi, ora che la Poss aveva perduto il suo carattere, ora che nella civitas al fatto si va mano a mano sostituendo la ragione giuridica.

183. Così ALBERTARIO, *Possesso*, in Bull. 1932, p. 28 n. 1 e già in An. Mac., cit., 229 ss.: ed ora anche in *Honor*, cit., in St. I, 215, n. 3 in cui si ricostruisce così D. 43. 16. 1. 25:

« Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere id (utilitatis) causa didici Proculum dicere ».

Non credo che sia del tutto provato che Ulpiano nel fr. cit. si esprimesse proprio nel modo indicato dall'illustre Maestro (utilitatis invece di exempli causa didici). L'Albertario nel cit. studio accolto negli Annali di Mac. (pp. 227-232) ha insistito sul concetto che in diritto classico il regime dei saltus hiberni et aestivi non era estensibile ad alcun altro fondo. La prova sarebbe nel fatto che Paolo in D. 41. 2. 3. 11 non parla che dei saltus; nel fatto che Paipiniano in D. 41. 2. 44. 2 e 45 e 46 parlerebbe di una sepratio « in ordine alla perdita de possesso, tra i saltus hiberni ed aestivi, quorum possessio retinetur animo, e tutti gli altri fondi ». Osserverei che anche a ritenere genuina la frase (« illa quoque separatio... ») cui l'Albertario allude, (ma il BESLER, *Beiträge*, IV, 72 le ha già da tempo negato autenticità), non per questo può derivarne alla indiscriminata affermazione di cui ci occupiamo. Infatti, se anche Paipiniano ha detto che bisogna distinguere i saltus dagli altri fondi, potrà sempre sostenersi che Paipiniano voleva discriminare i saltus (intesi come categoria esemplare, come caso tipico ma esemplificativo) dagli altri. Cioè: la Poss restava sui saltus (caso tipico), ma anche su altri fondi nei quali la coscienza sociale fosse abituata a vedere un permanere del rapporto (nonostante l'assenza del possessore), così come tipicamente avveniva per i saltus. E

E) 18. La successione nella Poss come successione nel potere politico-sacrale. Accettazione della tesi Bonfante-Solazzi. Esame di Gai, III 201, che si dimostra gen.

18. — Non può chiudersi questo capitolo senza affrontarsi uno dei problemi più scabrosi della Poss; scabroso per due versi: e per lo inquadramento nel sistema, e anche per la messa in punto de' suoi termini. E' il capitolo relativo alla successione nel possesso. Ei si parla non tanto dell'usus, quanto della vera Poss che abilita agli itd (184).

Per impostare bene il problema partiremo dalla concezione cl., e risaliremo poi da questa a quella precl. La Poss classica è ancora una res facti (185). Ei si aggiunge da' giuristi classici (Scevola: 1. 15 D 47. 4) e dagli AA moderni, che, inoltre, es-
et animi est. Onde la impossibilità che la Poss trapassi nella successione. Ma qui, come si è soliti avvertire, il regime della successione e del Poss presenta « una apparente contraddizione » (186): il possesso puro e semplice quello abilitante agli itd non trapassa nell'erede, si trasmette invece il Poss ad usucapionem. Usucapione che, per maggior stranezza del sistema, si

che così dovesse essere è anche facilmente piegabile: la Poss si riteneva in epoca classica persistere sui saltus, in quanto la utilizzazione di quei terreni non suole farsi che a periodi. Perchè, allora, deve negarsi che in epoca classica la coscienza sociale si rifiutasse di usare lo stesso trattamento ad ogni altro fondo, la cui utilizzazione fosse attuata (dal singolo) solo ad intervalli?

Ciò che si è ora detto spiega, dunque, perchè in D. 43. 16. 1. 25 si parlasse dei saltus « exempli causa ».

Naturalmente, quanto si è detto si attaglia benissimo per l'epoca più lontana. Certo per questa è più difficile che si sogliano i patres allontanare dai propri possedimenti ed abbandonarli. Ma la ipotesi non può essere esclusa, soprattutto quando si ipotizzi un caso di possidimento non lontano da quello abituale del pater.

184. Sul punto cfr. anche cap. 3°.

185. Cfr. sopra § 2.

186. BONFANTE, *Corso*, VI, p. 141.

compie anche prima che l'erede abbia adito l'eredità. Si avverte dalle stesse fonti che e dagli stessi commentatori moderni che « haec jure singularem recepta sunt » che « in verità... qui vi abbia una deviazione dai principi ispirata da ragioni pratiche » (187). Non è il caso di discutere sulla anomalia che è stato sufficiente mettere in chiaro, rinviandosi per altro il lettore al punto in cui della rilevata anomalia ci serviremo per affermare e provare, tra altri argomenti, la originaria distinzione tra *usus* e *poss.*, distinzione venuta meno ad un certo momento e implicante di conseguenza da una parte la fusione dei due fenomeni, un regime di anomalie ancora visibili ed attive nel periodo classico dall'altro canto.

Sul punto della successione ad *itd* in dir. cl. si oppongono due concezioni completamente antitetiche: quella del *Perozzi* (Istituzioni II, 483, n. 1), secondo il quale il possesso trapassa anche se non appreso materialmente; quella del *Bonfante*, (Corso, III, VI, 140 ss) (188) secondo il quale, in epoca classica, il possesso trapassa nell'erede, immediatamente, se si tratta di *heres suus*; non trapassa negli altri casi se non appreso materialmente.

2. I D 47. 19, *ULPIANUS*, IX de off. procons.: *Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam ante quam res ab herede possessae sunt, nam in hunc casum furti actionem non competere palam est.*

Il testo è stato appuntato dal *Perozzi* (in *Bonfante. Scritti II*, 702, *Bull.*, 1916, 217, *Istituzioni*, 1. c.). Le ragioni addotte sarebbero che *Ulpiano*, dicendo *eo casu* intendi posse

187. *BONFANTE*, cit., 142.

188. Cfr. anche *SOLAZZI*, *Sul possesso dell'heres suus*, in *Bull.* 1931, fasc. IV, p. 5 ss. Sull'argomento cfr. anche *BETTI*, in *Filangieri* 1916 (e sul B., v. *BONFANTE, Scritti II*, 1. c.).

quo casu furti agi non potest, e, specialmente, tornando a dire nella fine del testo « *nam in hunc casum furti actionem non competere palam est* », mostra di avere in mente un sol caso. Senonchè nella frase « *ante aditam her. vel post aditam antequam ab herede possessae sunt* » sarebbero descritti due casi. L'uno è « *ante aditam h.* »; l'altro « *post aditam antequam res ab herede possessae sunt* ». Quindi « *eo casu, quo casu* » è in contraddizione con quel che segue, ed « *in hunc casum* » è in contraddizione con quel che precede. Ed allora conseguirebbe, che effettivamente Ulpiano non scrisse se non « *antequam ab herede possessae sunt* ». Ma ci sarebbe di peggio: Ulpiano avrebbe dovuto scrivere « *antequam hereditas adita est res ab herede possessae sunt* », in quanto allorchè sono due i requisiti di una certa cosa, essi non possono essere enunciati che coordinatamente (*et*), e non disgiuntivamente (*vel*). Inoltre proprio tutti i testi citati dal Bonfante dichiarano che la usucapio lucrativa è possibile e non si commette furto se alcuno prenda possesso di una cosa ereditaria prima che sia stata posseduta dall'erede. Espungendo l'« *ante aditam hereditatem vel post aditam* » si eviterebbero gli errori logici innanzi denunciati e si otterrebbe un testo pari agli altri.

Anzitutto, contro la tesi di una interpolazione del testo, sostenuta poi, anche dallo Scaduto (189), è da rilevare che, si, Ulpiano pensava ad un sol caso (*eo casu* intendi posse); ma è anche da riconoscere che ad un sol caso si allude nel *fr* in esame, e cioè « *quo casu furti agi non potest* ». Questo caso viene poi chiarito e distinto (*scilicet*). Ulpiano, cioè, soggiunge che la ipotesi è vera « *ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam res ab herede possessae sunt* ». Ed il caso è sempre

189. SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina rom. dell'eredità giacente*, An. Pal., 1919, 9 ss.

unico: quello in cui non si agisce per furto. Tant'è che Ulpiano ripete subito dopo, che il caso è appunto uno: « nam in hunc casum furti actionem non competere palam est ». In tal modo il testo appare logico.

E' invece molto verisimile la tesi che per dir. cl. il suus succedesse immediatamente nel possesso del defunto. La prova esegetica è stata data dal Solazzi. (190):

D. 41. 2. 23 p: IAVOLENUS Libro primo epistularum: cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.

Giavoleno parrebbe dire: nella sola successione testamentaria il possesso non trapassa con la adizione. Ma è forse pensabile che l'erede abbia intestato acquistasse il poss con la adizione? Nessuno ha ciò mai pensato. E' evidente che allora non poteva dirsi « cum heredes instituti sumus ». Potrebbe espungersi solo « instituti » e lasciar dire al fr « cum heredes sumus ». Ma se Triboniano è intervenuto deve pensarsi che ciò sia stato per una ragione ben più grave che per operare quella intrusione. E nel testo, escluso che si dicesse « cum heredes sui sumus », doveva essere detto « cum heredes extranei sumus ». Ma per diritto giustiniano nessun erede succede immediatamente nel possesso del defunto; la necessità, quindi, di togliere quell'« extranei ».

La riprova è nel fr.:

D. 47. 4. 1. 15: ULPIANUS, XXXVIII ad Ed.: Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: id circo autem hereditati furtum non fieri,

190. Che in D. 41. 23, si dovesse originariamente parlare di eredità devoluta ad estranei può senz'altro affermarsi quando si tenga presente che nel testo si fa l'ipotesi di hereditas che viene « adita ».

quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. Sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.

La itp del periodo « sed nec heredis - hereditatis » si dimostra considerando 1. che esso contiene una giustificazione superflua dopo la precedente « quia possessio facti est et animi »; 2. che la frase « nec heredis est possessio, antequam possideat »; 3. Transfundit invece di transfert (transfusio è spurio anche in D. 46. 2. 1p); 4. la incongruenza dei tempi (est... fuit), sono elementi non disprezzabili per una affermazione di adulterazione.

Non altrettanto sarei propenso a ritenere frutto di glossema *GAI, III, 201*:

Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse.

Le ragioni del glossema sarebbero, secondo il Solazzi, in questo che « il paragrafo 201 viene a dire... che il caso del necessarius heres è eccezzuato dalla regola la quale concede di occupare ed usucapire le res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, il che importa che pure il necessarius heres diventi possessore con la materiale apprensione della cosa ereditaria. Se l'erede necessario continuasse immediatamente il possesso del defunto senza alcun atto di nanciscipossessionem, sarebbe certo negata la possibilità dell'usucazione e si avrebbe furto da parte dell'occupante, ma non si potrebbe a rigor di logica parlare di eccezione alla regola occupare et usucapere concessum est... res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem ». La regola non si appli-

« cherebbe alla fattispecie, perchè i termini di questa non sono quelli della regola; mentre l'eccezione esiste, quando, pur riscontrandosi tutti i presupposti di fatto propri alla regola, questa non è osservata ». E poichè non è lecito attribuire a Gaio l'equivoco, il periodo « nisi posse » deporrebbe contro la dottrina del Bonfante. Con essa non si concilierebbe nemmeno il verbo placuit che accenna all'arbitrio, alla discrezionalità, a controversie. Ma la chiusa di III. 201, non sarebbe gen. Anzitutto essa rappresenterebbe una ripetizione di II. 58, in cui però il principio è enunciato con sicurezza, laddove III. 201, usa placuit. E se si aggiunge l'illogico « nisi », si dovrebbe giungere alla conclusione che uno studioso di Gaio abbia voluto a margine di III. 201, richiamare per sua comodità la notizia desunta da II. 58, e che la nota sia stata incorporata nel testo. Ma completamente a posto non sarebbe nemmeno II. 58. Qui, come in C 7. 29. 2 si parla solo di heres necessarius. Dovrebbe dedursene forse che anche il servus cum libertate institutus succedesse immediatamente? Ma ciò non è credibile. Il Pernice (Labeo, II, I, 441, n. 2) fondandosi su D. 29. 7. 57p ha sostenuto che Gaio in II. 201, pensasse unicamente ai sui. Il Bonfante stesso (Corso, VI, 143) avrebbe seguita questa opinione. E poichè nel veronese si legge: « *esset et necessario tamen* »¹ rell, sorge il convincimento che II. 58, dicesse « suo et necessario herede », caduto prima che in II. 201, fosse apposta la glossa.

Credo che non possa farsi soverchio affidamento sui testi addotti dal Kniep (191), in quanto sia il D. 4. 4. 7. 5 (192),

191. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarium*, II, 1, 199.

192. Cfr. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle obbligazioni divisibili*, An. Per., 1913, 16, 31 n. 3; GUARNERI CITATI, *Obbligazioni indivisibili*, I, 51 in n.

che D. 29. 2. 57p (193) sono stati da più parti appuntati. Ma non credo possa rifiutarsi lo stesso Gaio.

II, 157: Sed sui quidam heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.

158. Sed *his* praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius *parentis* bona Meneant.

II, 37 Idem et de necessariis heredibus *diversae scholae* auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres, an invitus exstat; quod quale, sit, *suo loco apparebit*. Sed *nostri praeceptores* putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.

III, 87: *sui* autem et necessarius heres an aliquid agat in iure cedendo, quaeritur. *Nostri praeceptores* nihil eos agere existimant; *diversae scholae auctores* ideo eos agere putant: quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringantur.

Dal confronto tra il paragrafo 157 col 158 risulta che con « *his* » di 158 Gaio allude ai « *necessarii* » *nominati* nel paragrafo precedente; e con « *necessarii* » — come risulta in 158 — si indicano i *sui*, tanto che il giurista dice: « ut potius *parentis* bona veneant ».

Dal confronto tra il paragrafo II 37 e III 87 deve risultare che i « *necessarii heredes* » (di cui si parla a proposito dei *diver-*

sae scholae auctores) sono i « Sui autem et necessari » , cui si allude in II 87.

Da riportati testi gaiani a me pare risulti che, allorquando non vi sia da tener distinta la ipotesi dei sui da quelli semplicemente necessari, la dizione « heres necessarius », per la stessa natura della successione, possa talvolta alludere anche solo all'erede suus, anzichè al servus cum libertate institutus. Tuttavia, poichè nel veronese si legge « et necessario », e poichè è proprio la forma più comune, non sarei alieno dal ritenere che in II. 58, si leggesse « suo et necessario », e che per svista di amanuense il « suo » sia caduto. Ma tutto ciò non deve costringere a ritenere glossato III. 201, quando, come a noi sembra provato, non è esclusa la forma « necessarius » per alludere semplicemente al suus; e quando, come diremo, il senso del testo è pienamente logico e corretto. Il « nisi » di III. 201, non è affatto illogico, nemmeno se inteso nel senso bonfantiano. Invero io penso che il testo per il suo carattere didattico ed esplicativo dell'opera voglia ripetere qui, oltre che in II. 58 che in genere si possono usucapire le cose ereditarie non ancora possedute dall'erede, e voglia inoltre ribadire che ove sussista un suus, il possesso trapassa anche senza la materiale apprensione dell'erede, *je che perciò è vietata la usucapione e si rende possibile una incriminazione per furto*. Non è necessario dunque pensare che i due casi (quello dello erede institutus e quello del suus) debbano avere in comune la caratteristica che il possesso non sia stato ancora materialmente acquistato. Anzi, dal « nisi » in poi si formula in III. 201, un caso ben diverso dal primo, tanto diverso che la regola enunciata per il primo non debba e non possa più applicarsi.

Gaio III. 201, genuino, conferma pienamente, in questa interpretazione, la tesi Bonfante-Solazzi.

Giunti a tal punto è da chiedersi: come mai il possesso che è un fatto, il possesso che è legato strettamente alla persona e alla sua situazione di fatto, può essere capace di una successione? Come mai il diritto romano contravviene qui ad uno dei canoni fondamentali della Possessio?

Il possesso originario è, come più volte si è detto nel corso di questo capitolo, un rapporto politico-sacrale col territorio. Quello che lo caratterizza, quello che ne determina la tutela, è appunto il fatto che la Poss è connessa con la sede e con la imposizione dei numi familiari sul territorio. E' chiaro allora, che come l'*heres necessarius* continua la sovranità del defunto e succede al suo posto nella famiglia, e come nello stato non si inizia un nuovo rapporto politico-sacrale sul territorio statale, pel solo fatto che il capo muoia e ceda il posto al successore, (restano infatti sul territorio lo stesso gruppo politico e, soprattutto gli stessi sacra) così nella familia. Altra cosa se si tratti, nella familia, di un estraneo (il parallelo politico è con la successione di stato a stato): qui, rimpetto al nuovo capo (che ha sacra propri e diversi da quelli dello ereditando), v'è una situazione di fatto (politico sacrale) nuova, v'è un possesso nuovo.

Cap. 3.

USUS e POSSESSIO

1. *Usus* significa « godimento », come risulta dai testi stessi che sogliono addursi in contrario.

1. — Prima di procedere oltre a mostrare la evoluzione subita dalla Poss occorre chiarire i rapporti fra la Poss e la *Usucapio*, in quanto quella, generalmente, suole riconnettersi all'*usus* della usucapione (1).

Varrà la pena di trascrivere il pensiero del Bonfante, perchè esso sia di guida nelle indagini che in questo capitolo si tenteranno. « *Usucapio* è acquisto mediante possesso. E per vero *usucapio* non significa se non *possessione capio*; poichè *usus* com'è risaputo, non è che l'antico vocabolo indicante la *possessio*, il contrapposto normale dell'antico *mancipium*, qual'è

1. DERNBURG, *Pandekten*, cit., I, § 219, p. 498; SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung d. röm. R.*, Erlangen, 1854, II, N. XV p. 29 ss.; STINTZING, *Das Wesen d. bonu fides u. Titulus in d. röm. Usucapionslehre*, Heidelberg, 1852; SOKÓŁOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, Halle, 1907, II, p. 129 ss.; SCHIRMER, *Die Grundidee der Usucapion im r. Recht*, § 1 c 2; VANGEROW, *Pandekten*, cit., I § 314; PUCHTA, *Institutionen*, cit., II, § 239; WINDSCHEID, *Pandekten*, cit., § 175 a; BONFANTE, *La justa causa della usucapione e il suo rapporto con la b. f.*, ora in *Scr. II*, 471 ss.; FERRINI, *Pandette*, § 317; GIRARD, *Manuel*, n. 312; KARLOWA, *Röm. RG. cit.*, p. 387 ss. *Contra* CUQ, *Richerches* citt. e Bozza, *opp. citt.*; *contra* dei quali vedi però oltre n. 4.

Che la usucapione sia un modo di acquisto della propr. per mezzo del poss. è affermazione comune a tutti gli scrittori sopra cennati (in bibl. scelta). Quegli stessi AA. finiscono per essere d'accordo che la usuc. non è un mezzo per sanare gli acquisti invalidi. In tale senso, invece, cfr.: GIRARD, *Manuel*, cit. I, c.; PEROZZI, *Istituzioni*, cit. I, 649; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., 200 ss.

possessio rispetto alle voci nuove *dominium e proprietas*... Se la denominazione dell'istituto è basata sul possesso, anche le definizioni classiche non ne danno altro concetto se non quello d'un acquisto mediante il possesso. « *Usucapio est adeptio domini per continuationem possessionis anni vel biennii* », dice Ulpiano, e il suo discepolo Modestino ripete alla lettera questa definizione, alterata quanto al decorso del tempo da Giustiniano. Ciò posto le testimonianze recate sopra (2) riacquistano il loro pienissimo valore. Esse ci danno l'usucapione come un modo di acquisto della proprietà mediante il possesso » (3).

Ciò premesso, è da notare che i termini *usus* o *uti* non rappresentano già la più antica denominazione della Poss., essi indicano, etimologicamente e giuridicamente, il *godimento*, l'esercizio (in senso edonistico) di un potere analogo ad un diritto (che non si ha). Che le tavole XII tav. parlino di *usus* nel noto versetto, si spiega non ricorrendosi alla ipotesi che *usus* e *possessio* siano originariamente la stessa cosa, bensì col fatto che le XII tav. riproducono un vecchio principio, secondo il quale il *godimento* di una cosa (in senso edonistico), l'esercizio di un potere protratto per un certo tempo, conduce all'acquisto del diritto corrispondente. Nulla prova che « *usus* » stia ad indicare il possesso: si cadrebbe, altrimenti in petizione di principio; in quanto, solo allora può dirsi che *usus* nel versetto tavolare significhi possesso, quando si sia dimostrato, e solo allora, che la originaria *usucapio* sia acquisto mediante possesso. Quando v'è su tal punto ancora controversia, non è certo con la citazione del versetto tavolare che si può dimostrare la identificazione. La dimostrazione di questo capitolo è tutta rivolta a chiarire appunto la originaria distinzione tra *usus* e *possesso*.

2. Sono quelle che saranno da noi vagliate tra poco.

3. BONFANTE, *Scritti Giuridici*, cit., II, 471, 473, 474.

Richiamarsi poi a Ulpiano Modestino e Boezio per rintracciare le origini di un istituto, è antistorico; significa sorvolare su parecchie centinaia di anni in cui l'istituto si è trasformato, e finalmente è giunto al punto in cui lo hanno trovato i Gaio, gli Ulpiano, i Modestino. Quei testi documentano una sola cosa: che una certa epoca della sua storia, la *usucapio* (acquisto mediante l'*usus*) è divenuto acquisto mediante *possessio* (4).

E noi passiamo pure alla antitesi *usus-mancipium*, nella quale al Bonfante (5) e poi all'Albertario (6), è sembrato si annidasse la antitesi fra *proprietas* e *possessio*. Veramente, per-

4. La formulazione appare in Licinius Rufinus, D. 41. 3. 25. Ma ciò non significa affatto che solo allora il principio fosse stato enunciato. La fusione dell'*usus* e della *possessio* avvenne appena la *Possessio* perdette il suo carattere sacrale, e cioè appena essa fu assunta dal pretore e tolta ai Pontefici. Diremo che ciò avvenne in quanto il Pretore sentì che erano degni di protezione, oltre i casi originali dell'*usurpatore*, di colui che occupa un fondo senza titolo, ma in buona fede (occupazione di una *res creduta nullius*), anche il precarista il creditore pignoratizio ecc. Allora, infatti, il possesso non fonda più sul fenomeno sacrale in modo esclusivo, ma sul fenomeno economico. Anzi: *possessio* sarà la situazione di colui che esercita una signoria di fatto su una cosa senza esserne il titolare. E che cosa è ciò, se non *usus*, se non la situazione di colui che è in condizione di compiere la *usucapio* (se concorrono gli altri requisiti)? Nè si dica che così si ritorna alla posizione della dottrina dominante, che crede infatti che la *Poss* fosse in origine rappresentata (onomasticamente) dall'uso col quale si confondeva. Non ritorniamo nemmeno indirettamente a questa concezione, nemmeno se sia vero che anche per noi al momento in cui la *Poss.* è assunta dal Pretore viene a coincidere con l'*usus*. Noi retrodatiamo la nascita della *Poss* ad un'epoca precedente la tutela Pretoria. E ciò non è senza vantaggio scientifico (speriamo), in quanto solo presupponendo che la *poss* fosse caratterizzata e protetta in sé stessa, come fatto sacrale, si possono giustificare i ruderi che si rinvengono nelle sue caratteristiche (quelle studiate nel cap. 2°). Nè è vero che con ciò noi veniamo lo stesso a far sorgere la *Poss* all'epoca della sua protezione pretoria, perchè anche quando la *Poss* era tutta nell'ambito pontificale, non per questo fu meno un fenomeno giuridico.

5. A n. 24 del cap. 2° si è già parlato della antitesi *mancipium-usus*, e si è detto del valore che la voce *mancipium* ha nel contrapposto. Qui invece deve prendersi in esame l'altra voce: *usus*. Cfr. sul punto BONFANTE, *La justa c.*, cit., p. 471 n. 1; ma già ALIBRANDI, *Il Poss.*, cit., p. 218.

6. ALBERTARIO, *Il possesso*, cit. p. 9, testo e n. 2.

chè la antitesi della *proprietas* debba essere la *possessio*, intesa nella sua eccezione tecnica (ed è, si noti bene, quella che interessa qui), io non saprei vedere. Antitetico al *dominium* può essere anche la semplice detenzione: infatti il *dominium* è sovrannità assoluta, suo contrapposto può anche essere il comodato e la locazione, il deposito come il mutuo, l'usufrutto come la servitù. E' solo il contesto della frase in cui la antitesi è usata che può fare il valore dei termini in questione (7). Ecco:

LUCR. III, 969: *vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu.* — ARNOB. Adv. Nat. II, 27: *Usus et illis est vita, non mancipio tradita* (cfr. LUCIL. XVII. 6: *Nihil esse in vita proprium mortali datum.* L. ATTIUS, Med. in Non. 362, 4: *Neque quicquam ulli proprium est in vita.*

In questi testi è chiaro che, da Lucrezio ad Arnobio, si vuol mettere in evidenza questo principio, caro a tutti i filosofi, che l'uomo non può considerarsi padrone assoluto della propria vita, del proprio corpo, ma ne è solo il *depositario*; solo diritto concesso quello di *goderne*, senza abusarne. E proprio in questi termini si esprime la antitesi in

SEN. De Ben. III, 20, 2: *Rerum natura illum tibi non mancipio dedit sed commodavit.*

Dirò di più: sarebbe un grave errore pensare che nei testi citati dal Bonfante *usus* stia a significare *possessio* (si ripete e si intende: nel senso tecnico-giuridico). Infatti nei passi riportati si vuole appunto dire che sulla vita non è consentito alcun atto di disposizione; che essa è stata da benigne forze

7. Che ciò sia vero è dato cogliere nelle declamazioni agostiniane; «*Inquilinus enim es. non possessor domus.... inquilinus es in terra, eris possessor in coelo*» (*Emarr. in Psalm.*, 198, II in Migne, 37, 1945-6; cfr. ALBERTARIO, *Di alcuni riferim. al matrim.* ecc. in St. I, 240); cogliere in S. Girolamo «*Propterea colonus et hospes mundi homo datus est, ut brevi vitae suae fruatur tempore...*». Passi nei quali traluce il noto concetto caro ai filosofi, e sopra riportato (Lucrezio, ecc.).

concessa con l'obbligo di *conservarla*. E' solo l'usufrutto che all'uomo compete, se vogliono usarsi termini giuridici, che mostrino una antitesi con *proprietas*. E l'usufrutto, mentre trae il suo etimo anche dell'*uti*, dall'*usus*, non importa un possesso nel titolare. Tanto è che in opposizione a *mancipium* si trova impiegato appunto l'*usus* e il *fructus*:

CIC. Ad Fam. VVII 29. 1: *Sum enim chresei men tuus, ktései dé Attici nostri. Ergo fructus est tuus, mancipium illius, Ad Cur. VII 30. 2 Cuiusquando proprium te esse scribit mancipio et nexo, meum autem usu et fructa contentus isto sum.*

Ma il Bonfante seguito dall'Albertario adduce altri testi: LIVIUS XIV, 13 *Usu et regni contentum scire, dominium et usus eorum qui dederint esse*. Ma qui lo storico di Padova non intende dire se non che Massinissa si dichiara contento del solo *godere* i benefici regali, senza preoccuparsi del diritto e della spettanza. ORATIUS, Satyr. II. 2. 133 *Nunc ager Umbreni suo nomine, nuper Ofelli dictus erit nulli proprius, sed cedet in usum nunc mihi nunc alii* ». E' questa la satira in cui il poeta esalta la frugalità e ricorda il caso del potere Ofelliano che durante la distribuzione delle terre, fu tolto ad Ofelio e dato al soldato Umbreno. Questi, non sapendo e non volendo lavorarlo, *lo cedette in locazione* (quindi qui *usus* non può significare la vera *Possessio*) all'antico padrone Ofelio (vv. 115-116), il quale, ricordando tali cose, tetragono ai colpi di fortuna, chiude la satira con una tirata sulla fermezza d'animo e con la considerazione che, dunque, il fondo, già di Ofelio, ora di Umbreno, non è un bene che si possa dire proprio, esclusivo di alcuno, ma che passa di mani in mani, *in godimento* ora, di uno ora di altri. Il che può far dunque e ben concludere che dai passi riportati non emerge affatto che *usus* significhi pos-

nesso (8). Usus è, anche in questi testi, non traducibile altrimenti che con « *godimento* », in senso edonistico. Non ci occuperemo degli altri testi giuridici, indicati dal Bonfante e dall'Albertario, perchè essi, se è vero — contro la Bozza (9) — che col termine *usus* alludono alla *Poss* (10), è anche vero che sono già dell'epoca imperiale, e, ad ogni modo, dell'epoca in

8. BOZZA, *Il Poss.*, corso cit., p. 28 ss.; più ampiamente in *An. Mac. cit.*, p. 199 ss. La Bozza, p. 198, crede che ancora in *Cic.*, *De leg.* II 48 e in *GAI*, II, 41 sia una « prova della impossibilità di identificare *possessio* ed *usus* ». Al contrario, nei due passi citi. (« *usucapere possidendo* »), a me pare che sia una prova dell'avvenuta fusione tra *usus* e *possessio*, in quanto nella frase ricordata, si viene a dire che la *usucapio* si compie a mezzo della *possessio*: « *possidendo* »! Molto meglio il BONFANTE, *Il possesso*, corso nel 1906, II, 52, secondo il quale si tratterebbe di un oscuramento del significato di *usucapere* (Cfr. ALBERTARIO, *Il Possesso*, cit. 14). Oscuramento che chi scrive, fedele alla propria concezione, intende nel senso che avvenuta la fusione di *usus* e *possessio* (cap. 4^o), *usucapere* significò acquisto mediante un *usus* che oramai è *possessio*. O meglio, acquisto mediante un *possessio* che è *usus*. Infatti diremo (cap. 4^o) che la estensione della tutela dalla *fattispecie* originarie ad altre (che prima non erano tutelate) avvenne per opera del pretore, anzi, lo stesso fatto che la tutela è divenuta da sacrale, giuridica, importò che la *poss.* acquistò carattere edonistico, e divenne perciò identica all'*usus*. Ma la identificazione ebbe come conseguenza che lo *usus* non si applicasse più ai diritti (scomparsa dell'*usus* della *manus*, della *usucapio pro herede*, ecc.) ed acquistasse della *Poss* la caratteristica di essere concepibile solo per le cose corporali; la *Poss* d'altra parte si confuse coll'*usus* pel carattere edonistico.

Contro la Bozza e lo stesso CUQ è da dire che il loro *usus* non differisce dalla *Poss*, se per essi lo stesso *poss* è *godimento*. Non sufficienti nè probanti gli argomenti da questi AA. addotti per dimostrare la antitesi tra i due concetti. La terminologia diversa delle due voci non è da sola sufficiente. La diversità di funzione dell'*usus* rispetto alla *poss* è innegabile, ma non probante, giacchè la stessa concezione dominante non nega che l'*usucapio* sia diversa dalla *Poss*, afferma solo che la *poss* una volta conduce alla tutela interdittale, altra volta all'acquisto del diritto (quando concorrono altri requisiti oltre quelli per gli itd).

Non ha dimostrato la Bozza che l'*usus* non necessitasse l'effettivo impiego della cosa. Tale assunto è anzi contrario alla stessa tesi della insigne scrittrice. Infatti la *usurpatio trinoctii* importa, (secondo la stessa concezione della B., che non vede nell'*usus* un *poss* o una signoria, bensì un *godimento*) una interruzione del « *godimento della donna* ».

9. BOZZA, *cit.*, l. c.

10. ALBERTARIO, *cit.*, l. c.

cui, come proveremo nel capitolo che segue, la Poss è venuta a coincidere con l'usus. Essi dunque non possono deporre per una originaria denominazione della Poss col termine usus, nè per una originaria usucapione a base di possesso (anzichè di usus). Nè, quanto a Gaio I, 111 è da pensare ad un affievolimento della voce usus, quando si legge che l'usus della manus avviene *veluti annua possessione*. Questo passo dimostra che ancora con Gaio la identificazione di usus e possessio (sulla quale insisteremo nel prossimo cap.), è avvenuta, sì, ma è tale da dover essere usata ancora approssimativamente (10 bis).

Secondo l'Albertario poi, di usus, in significato di possesso, si sarebbe parlato nella fattispecie possessoria più antica, cioè nel caso di precario, in cui il pater della gens concedeva ai clienti una parte del territorio (utendum concedere) (11).

Ma a tal proposito è da notare che nelle numerose testimonianze addotte dal Maestro romano, la espressione « utendum concedere » va tradotta senz'altro « *concessione in uso* », ovvero « *in godimento* » (12).

10 bis. Non muta la cosa se anche si ritiene che Gaio ricalchi qui, come suol fare spesso, il suo vecchio modello.

11. ALBERTARIO, *Il possesso*, cit., p. 8.

12. CIAPESSONI, *Il precarista detentore*, in Atti I Cong. naz. St. rom. 1928, (estratto), p. 5.

I testi cit. dall'Albertario e dal Ciapessoni sono: CIL. XI 3743; I 2 1605, 1831, 1905, 2214; V 3472, 2447; X 1285, ecc.

2. L'elemento basale della usucapio non è la Poss. tanto che è possibile una *usucapio* di diritti che non ammettono possibilità di poss. Tale è il caso della *usucapio pro herede*, della usucapione delle servitù.

2. — Connesso all'argomento ora trattato (diversità etimologica tra *usus* e *poss*; diverso impiego dei due termini), è l'altro, che mentre un possesso dei diritti è sconosciuto dai classici, è invece ammesso un acquisto, per usucapione dei diritti in genere, o di taluni diritti (12 bis).

E' questo un punto sul quale si richiede ci si fermi almeno tanto.

Nella *usucapio pro herede* (13), taciuta la ipotesi che si tratti di una *mancipatio irregolare* (14), è da notare che ciò che si acquistava nel termine di un anno era appunto non un mero diritto di proprietà, come nella *usucapio ordinaria*, ma *quel diritto* (di proprietà), *nel suo complesso di res, che era in testa al defunto*.

Sintomatico è il fatto che qui l'*usus*, nonostante comprenda anche i fondi, abbia la durata di un anno e non di due. E' dunque piuttosto il titolo di erede che si acquista, che non il diritto dominicale. E' piuttosto l'esercizio della *qualità* di erede che per un anno si attua, che non una vera, tipica *possessio* (15).

12 bis. La *hereditas*, certo, meglio che come diritto, va considerata come « *res incorporalis* », così come Gaio II, 14 fa.

13. Sulla *usucapio pro herede*: HUSCHKE, *Ueber di Ususc. pro her., fiducia*, ecc. in *Z. f. gesch. Recht*, 14^o, 151, ss.; MICHON, *La succession ab intestat*. R.H., 1921, 144 ss.; JHERING, *Die Mausefalle des alten Erbrechts*, in *Scherz u. Ernst*, p. 137 ss.; COLLINET, *Les variation de l'usucapio pro h.*, in *Ser. Riccobono*, IV, 135 ss.; BIONDI, *Diritto ereditario*, corso, Parte generale, p. 149 ss.; SOLAZZI, *Diritto ereditario*, Corso, I.

14. PEROZZI, *Istituzioni*, II, 681 ss.

15. DI MARZO, *Istituzioni*, citt. I, c.

Ma è anche da notare che la usucapio si applica pure alla servitù, ed importa anche una liberazione dalla servitù stessa. Cosicchè la usucapione porta all'acquisto di diritti diversi dalla proprietà, implica un esercizio di attività diversa da quella di un semplice dominium.

Ma è bene precisare. Io credo perfettamente che per le servitù rustiche si concepiva, in ordine alla usucapio, che il proprietario del fondo attraversato conservasse sulla striscia di passaggio una specie di condominio col proprietario del fondo vicino, secondo quella che doveva essere la concezione primitiva del condominio, cioè quella di un concorso solidale (16).

E sono ancora convinto che, di contro, l'usucapione trovava applicazione anche in senso inverso, e cioè, se dell'iter, dell'actus della via, dell'acquae ductus non si usava, quella porzione restava senz'altro assorbita nel possesso del fondo di cui faceva parte, e il proprietario di questo la riacquistava per usucapione (17).

E per le servitù urbane è ancora concepibile che la usucapione avveniva mediante possesso dell'edificio in quella determinata conformazione (in quanto il contenuto fosse positivo); e si spiega senz'altro che ad un'usucapione della servitù dovesse corrispondere un'usucapione della libertà (18).

Ma, è d'uopo notare, con le stesse parole del Grosso, che « secondo la costruzione giuridica che ne derivava, si usucapivano quei iura che tale situazione configurava, cioè le servitù (19).

E mi rendo conto come, soprattutto per le servitù urbane, le cose stessero precisamente in tal modo, quando si pensi che

16. Grosso, *Sulla genesi storica*, p. 9.

17. Grosso, *cit.*, p. 10.

17. Grosso, *cit.*, p. 17.

19. Grosso, *cit.*, p. 17.

la servitù è un onere su un fondo a *favore di un fondo*. Una servitù senza fondo è come una forma senza un contenuto: una astrazione. E poichè si parla di forma, è precisamente vero che si concepisse una usucapione delle servitù, come una usucapione del fondo (urbano) nella sua concreta *conformazione*. Ma poichè può « darsi che il diritto sul fondo (senza la servitù) si sia già concretato in un titolare, la usucapione della servitù si attua — come è la tesi qui accettata — mediante un *godimento* del fondo (urbano) nella sua concreta *conformazione*. Ma quello che veramente si acquista non è più il diritto (domenicale) del fondo, ma la *servitus*. Ciò che si è esercitato, è non tanto un *godimento* del fondo stesso, quanto (connesso a questo) il *godimento* della servitù in sè stessa.

E così per la usucapio *libertatis*: il fondo veniva *goduto* nella sua conformazione e posizione antitetica a quella imposta dal regolamento determinato dalle parti. Quello che si acquistava non era il *dominium* del fondo (già, per ipotesi, in *dominium*) ma una *qualità* del fondo, *la libertas*, come la stessa terminologia rivela. Nè si dica che in tal modo si acquista una *frazione* del diritto di proprietà; la servitù non può essere, infatti, concepita in tal modo (20).

E resterebbe da parlare del limite del furto (21): ma anche esso si spiega agevolmente senza ricorrersi alla ipotesi che *usus* e *poss* fosseso *unum ed idem*. Non si volle (e la logica giu-

20. Di proposito non abbiamo tenuto conto dell'*usus* della *manus*. Se la *manus* è un « potere » familiare molto simile al *dominium* (cfr. sopra cap. 2^o, n. 12 e 24) potrebbe dirsi che appunto con l'*usus* si acquista un potere non dissimile a quello del *dominus*. Potrebbe anche aggiungersi (ALBERTARIO, *Possesso*, Bull. cit., 8) che l'*usus* della *manus* è appunto una « signoria » come il *possesso*. V. però DI MARZO, *Lezioni*, cit. I. c.

21. BONFANTE, *I limiti originari della usucapione; Le singole justae causae usucapionis; La iusta causa usucapionis*, ora in Scr. II; STINTZING, *Das Wesen der bona fides und titulus in der röm. Usucapionslehre*, Heidelberg, 1852; SCHEURL, *Beiträge*, cit., II; GALGANO, *I limiti subiettivi dell'antica usucapio*, Napoli, 1913.

ridica doveva impedirlo) che la usucapione, ossia l'acquisto di un diritto, avvenisse mediante una così flagrante violazione del diritto altrui, quale è il furto; così infamante e antireligioso, come è il furto (22).

E si è così in diritto di affermare che l'usus e il possesso delle origini sono due fenomeni del tutto diversi : uno a carattere economico, l'altro schiettamente politico e sacrale.

22. Cfr. WESTERMARK, *Die religiöse Sanktionierung des Eigentums auf tieferen Kulturstufen*, in *Z. f. Socialwissenschaft*, 1907, 8-92.

La evoluzione economica della Possessio

1. La Poss più antica è un fenomeno sacrale. Essa entra nell'ambito del diritto laico per opera del Pretore, che estende, però, la tutela pretoria anche alle figure così dette anomale.

Infatti, in origine, il precarista, il sequestratario, il creditore pignoratizio, non potevano essere dei possessori, appunto perchè non erano (nemmeno di fatto) dei *sovranî indipendenti*.

La anomalia di queste figure fu sentita, è vero, dai classici, ma, come dimostrano i testi medesimi, solo in ordine al fatto che per quelle stesse figure si rendono possibili due possessi, o, meglio, due diverse categorie di effetti possessori.

1. — La conclusione dei capitoli precedenti è: la Poss è un rapporto politico-sacrale dinamico, che non può nelle origini confondersi con l'*usus*, fenomeno schiettamente economico e più vasto. Ciò, naturalmente per le origini; chè poi la Poss si evolverà diventando un fenomeno economico.

Questa evoluzione della Poss potrebbe essere disposta cronologicamente, a migliore esposizione del pensiero di chi scrive, nel modo seguente:

1) Possessio sacrale: dalle origini al momento della tutela Pretoria. Caso originario quello del possessore tipico.

2) Poss pretoria *edonisticamente* intesa; sorta per la necessità di proteggere gli acquisti inriti, il dominus, il precarista (che è un dominus di fatto); il sequestratario e il creditore pignoratizio, che sono, in origine, nient'altro che fiduciarii, e cioè, in fondo, dei domini,

3) Il che porta alla identificazione di *usus* con possesso, e infine alla abolizione della *usucapio hereditatis*, dell'*usus della manus*, della *usucapio delle servitù* (69 - 50 a. C.). Ma sorge allora il problema del doppio possesso (Trebazio e Sabino): chè se *usus* equivale a possesso, e se il precario *dans usucapisce*, mentre il precarista possiede *ad interdicta*, si può spiegare come si giungesse all'idea che qui vi son due possessi (sebben limitati). Ma una parte della dottrina romana, quella che troverà miglior seguito, perfezionerà la prima ricorrendo all'idea di una divisione degli effetti del possesso.

Sino a quest'epoca, la *Poss* non ha ancora un valore economico distinto ed autonomo.

4) Tuttavia, comincia già il precario *dans* a poter richiedere una remunerazione per la *Poss* che concede. Ma è solo un primo passo, tanto che ancora in epoca classica si ammette da taluno un possesso del coniuge donatario (appunto perchè il *poss* è un fatto edonistico, non avente un proprio valore economico). Si applica, ancora nell'epoca classica, alla *Poss* la clausola « *quanti ea res est* » come valutazione della *ipsa res*, non della *Poss* in sè.

E' questa la trama su cui correrà la esposizione di questo capitolo.

Le caratteristiche della *Poss* originaria risultano da quanto esposto nei capitoli precedenti. Quali figure comprendesse diremo subito.

Che il caso tipico della più vetusta *Poss* dovesse essere quello dell'occupante in buona o in mala fede, si prova col fatto che la tutela interdittale è concessa ancora in epoca classica all'usurpatore, e, finquando non intervenne la *exceptio* (1), an-

1. La *exceptio* fu certamente inserita in prosiegno: UBBELOHDE, *cit.*, 342 ss.; KLEIN, *Sachbesitz u. Ersitzung*, 101-106; CUQ, *Recherches*, 25 ss.; GIRARD, *Manuel*, *cit.*, 291, I; SELIGSOHN, *Iusta possessio*, *cit.*, 16; CIAPESSONI, *Appunti*, *cit.* 53 ss.

che di fronte alla vittima. Che non potrà mai vim vi repellere, senza commettere a sua volta una violazione della sovranità di fatto (in origine, appunto, politico-sacrale-dinamica) da altri instaurata, e perciò stesso meritevole, anche di fronte alla vittima, di tutela e di rispetto. Ma questo è un argomento che giova tenere in debito conto. Infatti, se prima che intervenisse la *exceptio*, l'usurpatore sebbene colpevole, è, ciò nonostante, meritevole di rispetto e di tutela anche da parte dello spoliato, è segno che ciò che caratterizza la Poss è appunto non un diritto, ma *il fatto*, cioè un fatto che possa essere di per sè meritevole di tutela e di rispetto. E questo fatto non può essere che il fatto sacrale. E se l'usurpatore, almeno di fronte ai terzi, è tutelato ancora in epoca classica, vuol dire che la sua tutela è antichissima ed originaria. Altrimenti, non si saprebbe spiegare come, mentre la *civitas* va sempre più reprimendo la *vis* (2), si possa riconoscere una tutela a colui che sia colpevole di violenza e di turbamento dell'ordine pubblico.

Da ciò la conclusione che, originariamente, figura tipica di Poss è quella di colui che possiede *sine causa*, di colui che non può allegare se non il fatto (sacrale) in sè e per sè.

Potrebbe includersi, per l'epoca primitiva, anche il *dominus*. Il *dominus*, in epoca classica certamente possiede. Ed in epoca postclassica, come egregiamente è stato messo in evidenza dall'Albertario (3), il possesso del *dominus* ha assunto carattere tipico e programmatico. Ma per le origini si pone un problema:

è sorta la Poss come quella situazione di fatto in cui è il *dominus* rispetto alla *res*?

ovvero Poss è esclusivamente quella del sovrano di fatto

2. *Constitututa republica vis abesto*. Sulla *vis*, FERRINI, *Dir. pen. rom.*, Milano, 1902, p. 55, p. 75; COROI, *La violence en droit criminel romain*, Paris, 1915, 19 ss.

3. ALBERTARIO, *Il Possesso*, Bull. 1932.

che nessun diritto può allegare per giustificare la sua situazione di sovranità?

La dottrina oggi esclude la prima alternativa, per affermare la seconda (4).

Ma io penso che sia doveroso prospettare altre due possibili ipotesi:

che sin ab origine il Dominus fosse protetto, oltre che con la *Rei Vindicatio*, anche con la tutela possessoria; ovvero

che, sempre per le origini, il Dominus non ebbe che una sola tutela, quella possessoria, che è appunto la tutela della sovranità politica e sacrale.

Non nego che quest'ultima soluzione possa avere una particolare attrattiva, soprattutto quando si desse ascolto alla osservazione che la sovranità politica statale si presenta, ancora in epoca classica (come già mostrammo nel capitolo II) piuttosto affine alla Poss., di cui adottò anche la tutela (5). Infatti nel capitolo II si mostrò come la sovranità politica si giustifichi soprattutto col fatto compiuto, anche se sia possibile una discriminazione tra il mero fatto e la spettanza.

Ma fra le varie ipotesi ora prospettate, io credo che s'ia da preferire proprio quella scelta dalla dottrina corrente. Se la tutela possessoria fosse stata accordata sin ab origine al Dominus, non si spiegherebbe il sorgere di un'altra difesa, la *Rei Vindicatio*, più lenta e più complicata e di esito meno certo (la prova della spettanza è condizione assoluta della vittoria). Nè potrebbe pensarsi che la *Rei Vindicatio* fosse sorta successivamente, con l'affermarsi del concetto di spettanza. In tal caso, in vero, è logico presumere che la *Rei Vindicatio* sarebbe stata più aderente alla fisionomia caratteristica della tutela possessoria.

4. ALBERTARIO, *cit.*; BISCARDI, *La protezione interdittale*, *cit.*, 117.

5. Cfr. sopra cap. °, § 2, n. 16.

Al contrario: sorta la civitas, si imposero subito due necessità: quella di tutelare ogni rapporto di un gruppo politico col territorio, rapporto comunque nato, anche se senza una lecita causa (necessità, questa, piuttosto sacrale che economica; piuttosto politica che privatistica); necessità di impedire le usurpazioni e di reintegrare gli aventi diritto. Due necessità che richiesero due mezzi. E, come spesso avviene nelle origini, due mezzi l'uno incompatibile con l'altro:

separatae esse debent proprietas et possessio.

Nihil commune habent proprietas et possessio.

Sicchè in origine possessore è colui che ha una sovranità di fatto e che non può allegare alcun diritto (di spettanza).

Nè possono includersi, fra le figure originarie di Poss, quelle dell'utente dell'ager publicus, del precarista, del creditore pignoratizio, del sequestratario.

Anzi tutto, codeste figure sono surrette da una lecita causa, da una concessione (6). Ora se esse fossero tipiche, dovrebbe escludersi necessariamente la possibilità di una tutela possessoria dell'usurpatore, tanto fra questo caso e gli altri, v'è una insanabile incompatibilità!

E, (a tacersi pel momento dell'ager publicus, perchè quanto si dice pel precario vale per l'ager concesso dallo stato), il precarista non potè originariamente possedere. Il precario è la concessione che il pater sovrano fa al cliente. Ebbene, in tale ipotesi, il territorio è sacralmente soggetto al concedente. La sovranità sacrale e politica è del concedente. Ancora un residuo di questa concezione primitiva è nella disciplina classica del precario, mai considerato dai classici come un contratto o come

6. Cfr. sopra cap. 2^o, § 2 e n. 7.

Che anche per l'ager p. debba parlarsi di una concessione, cfr. TERRUZZI, *Agrarie leggi*, in Enc. Treccani, Di una concessione personale fatta dal Senato, parla la BOZZA, *La Possessio dell'ager publicus*, cit., p. 15.

un rapporto obbligatorio (7). Viene al contrario rassomigliato alle concessioni del pater verso il figlio (Festo, s. v. pater): cioè a soggetti appartenenti allo stesso ambito sacrale del pater e non aventi capacità possessoria, autonoma! E io credo che i clienti facessero parte, come i figli e i servi, del complesso sacrale del sovrano (8).

Quanto al creditore pignoratizio: a prescindere dalla già rilevata caratteristica (comune anche alle altre figure) che esso fonda su una causa lecita e su una concessione, è da rilevare il punto che per le lontane origini è da escludere che esso si presentasse così come è in epoca storica e soprattutto classica. Può ben essersi convinti che la forma originaria per attuare una garanzia era quella di spogliarsi della proprietà, della spettanza relativa alla cosa, e trasferirla in proprietà al creditore. Argomento per una tale affermazione è la analogia, anche qui, col diritto pubblico: di *pignus* si parla a proposito di ostaggi, e per gli ostaggi, nel trattato di alleanza fra Romani e Latini, si dice: *si quid pignoris nanciscitur sibi habeto* (9).

E qui l'*habeto sibi* indica il diritto assoluto sull'oggetto.

La *Pignoris capio* è, ancora nel diritto pubblico la potestà del magistrato di togliere (per espropriare, quindi) la res al cittadino e di distruggerla (10).

Ancora: nella *legis actio per pignoris capionem*, il creditore si impossessa della cosa del debitore e ne diventa proprietario (11).

7. SCIALOJA, *Il possesso del precarista*, in Ser., I, 341-351; CIAPESSONI, *Il precarista detentore*, Atti I Congresso nazionale St. rom., 1928; SCHERILLO, *Precario e locazione*, RIL, 62^o, 1929 (389 ss.) 422 ss.; BOZZA, *Sull'origine*, in An. Mac. cit., 217; BONFANTE, *Corso*, III, cit., 155.

8. FUSTEL DE COULANGES, *La città*, cit., 139.

9. Cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, I, 805, 2.

10. MOMMSEN, *Strafrecht*, I, 160 ss.; II, 464.

11. WENGER, (Trad. Orestano), *Istituzioni di procedura civile romana*, 225, BETTI, *Diritto romano*, 487.

Se, altrettanto, nell'antica forma di garanzia reale si consegnava la res in proprietà (fiduciaria) al creditore, è da escludere che costui potesse godere della tutela possessoria, come si è già escluso potesse goderne ogni e qualsiasi dominus. Tanto è che ancora per il pegno, in epoca classica, la dottrina parla di una *vindicatio pignoris* per alludere al potere che ha il creditore di mettersi al possesso dell'oggetto dato in garanzia. E se anche possa nascere il sospetto (12) che qui la terminologia è da riferire, forse, alla fiducia (piuttosto che al pegno), resta sempre che pel proprietario fiduciario, ad indicare la presa di possesso, si parla di una *vindicatio*. Vero, che in diritto classico, colui che ha una garanzia reale, possiede. Ma questo è appunto l'effetto della evoluzione degli istituti primitivi.

Il sequestratario non può essere una delle figure tipiche od originarie della Poss. Molto probabilmente esso si riconnette alle *vindiciae* (13). Ebbene delle due l'una: o il potere concedeva addirittura una proprietà (fiduciaria), o solo il possesso. Nel primo caso — che non credo possibile — il sequestratario, per le ragioni avanzate già pei dominus e per il fiduciario, non può essere un Possessore. Nel secondo caso dovrebbe ritenersi erronea tutta la concezione della Possessio quale la stessa dottrina dominante la costruisce, e cioè quale dominio di fatto, quale sovranità (sebbene non in senso politico e sacrale).

Lo stesso Bonfante si avvedeva della difficoltà, ma non mi pare che essa sia stata comunque superata più che con la fede:

« Per quanto questa *possessio* fosse revocabile con la sentenza, non escludeva l'animo signorile nella parte ».

12. Cfr. ALBERTARIO, *In tema di classificazione delle azioni*, Riv. dir. proc. civ., 1928 (185-206), p. 190 ss.; contra SECRÈ, *Sulla distinzione dell'actioes in « rem » e in « personam »*, Bull. 1930, 81; particolari considerazioni in LA PIRA, *La struttura classica della conventio pignoris*, in St. Senesi, 1933 (60-92), p. 72 n. 2.

13. BONFANTE, *Corsa*, III, cit., 161.

Nè il Bonfante stesso si accorgeva che contro quella concezione poteva ancora obiettersi la inerenza al sequestro di una lecita causa e di una concessione.

Ma, se la Poss è quella che si è da noi descritta nel capitolo precedente, è palese che la figura del sequestratario non potè essere originaria, perchè troppo contrastante con quella. Nè da essa possono trarsi le caratteristiche della più vetusta Poss. Tanta è che nelle fonti stesse — così come per gli altri casi sinora esaminati — si insiste sul carattere *anormale* di queste figure. E vedremo in quale senso è la anomalia.

La dottrina dominante poi, mi pare che, relativamente a questi casi anomali, sia in debito di una giustificazione. Se per essa *usus* non è altro che *possessio*; se per essa là *usucapio* si compie a base di *possesso*, come mai che in queste figure il *possesso* è scompagnato dalla *usucapio*? Come mai che, all'inverso, la *usucapione* avviene senza *possesso*? Invero: possiedono il *precarista*, il *sequestratario*, il *creditore pignoratizio*, ma non *usucapiscono*. All'inverso, *usucapiscono* il *rogatus*, il *debitore* e il *proprietario* della cosa data in sequestro, ma non possiedono. La dottrina invoca, appunto per tale caratteristica, la affermata anomalia delle figure in esame. Ma è forse vero che le fonti seguono questo stesso corso di idee?

Vediamolo, perchè noi lo escludiamo e pensiamo debba escluderlo ognuno che si presti a leggere i testi che si adducono in proposito.

Perchè la indagine sia più aderente ai testi medesimi, non li riporteremo già tutti una volta, ma ne tenteremo la esegesi (del resto facile, se onesta) distintamente.

1). D. 41. 2. 3. 5. (Paul. 54 ad. ed.): Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ip-

sum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat exsistimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iuste vel duos iniuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Ritengo che gli incisi « contra... videaris » e « non magis... videaris », indiziati dal Beseler (14), siano genuini (15), perchè vi si contiene un motivo caro ai Romani. Finanche Cicerone (16) e per un argomento lontano dalla Possessio tipica (17), afferma:

in possessionem libertatis pedem ponimus.

Veugo alla esegesi: il fr. è tutto incentrato sul problema d

14. BOZZA, *Sull'origine del possesso*, An. Mac.

14 bis. BESELER, *Beiträge*, IV, 74, 221; SPINZING, *cit.*, in AcP vol. 109°, 363; SELICSOHN, *Iusta Possessio*, *cit.*, 21, ritiene intp solo il secondo periodo.

15. ROTONDI, *cit.*, 127, 1.

16. PHIL. III, 11.

17. Sul problema della Possessio iuris non possiamo qui fermarci. Esso sarà argomento che tratteremo a parte. Cfr. tuttavia PETERLONGO, *Il possesso di stato nelle fonti del diritto romano*, in St. Albertoni, II, 193 ss. Avanzerei sulle conclusioni cui la scrittrice perviene più di una riserva. La impostazione del tema parmi possa e debba essere fatta partendosi da una premessa: conobbero i romani il concetto di possesso di stato? Quali conseguenze assegnavano essi a tale possesso? Passerei solo dopo a ricercare se e quali testi siano stati manomessi dai compilatori. D'altra parte: se a proposito della possessio civitatis Claudio è definito come un letterato, la P. non ha tenuto presente il passo di Cicerone, ora citato, che pure avrebbe potuto essere considerato, anche se in esso il giurista Cicerone si sia concessa una frase immaginosa. Altri testi avrebbe potuto tener presenti la giovane scrittrice. Ad ogni modo non nego che la frase « possessio libertatis » non sia stata cara ai giustinianeî, come non nego che più di un fr. sia intp.

Sulla possessio iuris, DI MARZO, *La possessio juris nella hereditatis petitio*, in St. Moriani, II, 23 ss.; ALBERTARIO, *La possessio civilis e la possessio naturalis nelle fonti giustiniane e bizantine*, in Fil. 1912, 210 ss.; *Di nuovo sul glossema in Gaio IV 139*; *ib.*, 1914, 69 ss. (contra SEGRÈ, Bull., 32°, 239 ss.); G. LONGO, *La hereditatis petitio*, 57 ss., 249.

doppio possesso. E' antiggiuridico una Possessio solidale. E sull'argomento si spese, già nel capitolo II, qualche parola. I classici ripetono il divieto, e poichè sacralmente e politicamente esso non può più giustificarsi (la Poss, come diremo, ha perduto queste peculiarità), ricorrono ad un esempio tratto da una legge fisica: la impenetrabilità dei corpi. L'esempio è in luogo della giustificazione. Trebazio, tuttavia (e forse anche Sabino) pensava che giuridicamente possa distinguersi Possessio da Possessio: una iusta, l'altra iniusta; e giungeva ad ammettere, sotto questo profilo un doppio possesso: uno (iustus) nel rogatus, l'altro (iniustus) nel precarista. Ma Paolo redarguisce Trebazio con le parole di Labeone e riafferma la impossibilità di un doppio possesso. Il testo si arresta qui, e non afferma in alcun modo la possibilità di una usucapione senza possesso; e tanto meno, neppure implicitamente, riconnette la anomalia del precario al fatto che vi sarebbe un possesso senza usucapione.

2) D. 43. 26. 15. 4. (Pomp. 29 ad Sab.): Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est... (18).

Il testo è nello stesso ordine di idee del primo. Si afferma come principio (*classico*) indubitabile che il precarista possiede. Si aggiunge solo che si dubitò (e la allusione è evidentemente a Trebazio e Sabino) se *contemporaneamente* possieda *anche* il rogatus. Anche qui il punto è uno solo, e chiaro e incontrovertibile: il *doppio possesso!*

3) D. 41 3. 16. (Iavolenus, l. 4 ex Plaut.): Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhimendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui

18. Il fr. è gen. nella parte sopra riportata. Il resto è itp.

accepit possidet, adeo ut adici possit ed possessio eius qui pignori dedit (19).

Qui invero si afferma che « qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet ». E parrebbe doversene dedurre che la anomalia è proprio nel senso di una usucapione senza possesso. Ma ciò potrebbe, invero, affermare chi leggesse il testo solo fin dove gli facesse piacere e comodo di leggere. Chè Giavoleno non si limita a dire soltanto la mutila frase ora riprodotta, bensì: « qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas causas pertinet, qui accepit possidet ». Sicchè è solare che Giavoleno allude esplicitamente alla dottrina del doppio possesso, o meglio a quella della divisione degli affetti, tanto è vero che afferma che *possiede* (sia pure ad usucapionem tantum) il rogatus, e che *possiede* (ad reliquas causas) l'accipiens.

4) D. 41. 2. 1. 15 (*Paulus*, l. 54 ad Sd.): Per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem), nec creditori, quia nec stipulatione nec ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat (20).

Anche qui Paolo afferma che il debitore possiede e che possiede il creditore: l'uno « ad unam tantum causam », l'altro incondizionatamente (quamvis eum possideat). Far dire cosa diversa al testo, è un tradirlo.

5) D. 41. 2. 36 (*Iulianus*, l. 13 digest.): Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere, sed et si eundem precario rogaverit, eaque per diutinam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur capionem, longe minus

19. Il SELICSOHN, *cit.*, 26, 91, espunge « adeo ut... fin ». Giustamente, poi ZANZUCCHI, *Accessio e successio possessionis*, in A. G., 1904, 371, 2, rigetta l'emendamento dello Eisele di « dedit » in « accepit ».

20. Si espunge oramai concordemente il « corporaliter » (Cfr. ALBERTARIO, *Possessio*, Bull. cit., 35, 4; HÄGERSTROEM, *cit.*, 214).

precarii rogatio impedimento esse non debet, cum pluris iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet (21).

Nella parte gen. del fr. si afferma che il debitore che dà a pegno possiede, (qui fundum... tradit, intellegitur possidere) e possiede anche il creditore (nam cum possessio creditoris non impediatur capionem).

Al solo possesso del debitore accennano i seguenti passi anche essi di Giuliano:

6) D. 41. 3. 33. 4 (*Julianus*, l. 44 digest.): Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est: si creditor eius possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio: et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei qui quid deposuit vel commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit (22).

7) D. 41. 3. 33. 5 (Jul. 44 dig.): Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignorantem tuam esse, desino usucapere, qui non intellegitur quis suae rei pignus contrahere (23).

8) D. 41. 3. 33. 6 (Jul. 44 digest.): Si rem pignori datam creditoris servus subriperit, cum eam creditor possideret, non

21. Secondo il LENEL, *Palingenesia*, 215, il periodo iniziale è giustiniano; il KNIEP, *Vacua Possessio*, cit., 248 ss., pensa si trattasse di fiducia (cfr. GRADENWITZ, *SavZ*, 1887, 46 ss.). La BOZZA, cit., l. c. e in *Corso*, 71, assegna il passo al pegno. Ci si può disinteressare pel momento della questione.

22. Itp « et quantum. ...fin » cfr. BESELER, *SavZ*, 1925, cit., 451.

23. Il BESELER, cit., l. c. espunge « cum possiderem », che è conservato dalla Bozza.

interpellabitur usucapio debitori, quia servus dominum suum possessione non subvertit (24).

Ma in questi fr. non si allude per nulla, e in nessun modo, al fatto che si tratti di una usucapione senza possesso. Giuliano si limita solo ad affermare che il debitore possiede ed usucapisce. Non si accenna, affatto, nemmeno alla circostanza che la usucapione è l'effetto *unico* di quel possesso.

Passiamo ora a:

9) D 6. 2. 13. 1 (Gai. 7 ad ed. prov.): Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

10) D 9. 4. 22. 1. (Paul. 18 ad ed.): Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intellegi, si facultatem repentendi eos dominus habeat.

Gaio e Paolo qui affermerebbero (25) appunto che il creditore pignoratizio e il precarista possiedono, senza per nulla accennare alla usucapio sine possessione; affermerebbero solo che la anomalia è nel fatto che essi, pur avendo una opinio domini, non sono legittimati (attivamente) alla publiciana (passivamente) all'actio noxalis. Il punto di vista è quindi diverso da quello che ci interessa.

24. « Quia ...subvertit » è itp per BRASSLOFF, *Possessio*, cit., 8: v. per altro BOZZA, *cit.*, I. c.

25. Il testo è stato già appuntato dal BESELER, *Beiträge*, III, 9; SUMAN, *Atti del R. Ist. Veneto*, 76°, 2, 1623; DONATUTI, *Atti*, 1921, 1104, STIGSOHN, *cit.*, 42; BOZZA, *An. Mac. cit.* 245. Secondo il BIONDI, *Actiones noxales*, 303, il fr 22. I, trattava della fiducia.

È lecita conclusione è dunque che la anomalia di questi casi è non già nel fatto che vi sia una usucapione senza possesso, e viceversa un possesso senza usucapione, quanto nel fatto che si tratti di casi pei quali è previsto o un doppio possesso, o, il che è in certo modo analogo (come diremo) una divisione degli effetti del possesso.

Ad ogni modo, come si disse, la scienza storica romanistica ha il dovere di rendersi conto del perchè si giunse ad ammettere un possesso ed una usucapione fra loro distinti e incompatibili. Dovere che costituisce poi un debito preciso della dottrina corrente, la quale parte dalla affermazione che in origine Possessio ed Usus sono unum et idem.

Talchè, se finora abbiamo potuto raggiungere la certezza che i c. d. casi anomali tali non sono affatto per la separazione in essi presente di usus e possessio, resta a noi stessi il dovere di trovare le ragioni che quella separazione comandarono e favorirono. Problema del quale ci occuperemo oltre.

Ora, proseguendo nell'argomento di questo dovremo dire che se originariamente la Poss è la sovranità politico-sacrale dell'occupante (in buona o in mala fede), già nella repubblica la Poss si è estesa fino a comprendere il dominus, e le figure anomale poc' anzi trattate.

Quanto al dominus, la ragione di comprenderlo fra i casi di possessori, è nel fatto che con la tutela interdittale egli raggiunge meglio e più brevemente il suo scopo, potendo agire senza dover dimostrare la sua spettanza, e anche nei dies nefasti nella fase davanti al magistrato, e anche di fuori dei limiti dell'actus rerum nella fase apud iudicem (26).

Il caso del precarista necessitava di una tutela simile a quella del Possessore. Anzi tutto egli non godeva di una tutela contro

26. WENGER, *Istituzioni*, cit., 245.

il rogatus, il quale può espellerlo, purchè non hominibus armatis, anche prima che la exceptio fosse stata introdotta.

D'altra parte la tutela si imponeva perchè il precarista, nella assenza o nella lontananza del rogatus, potesse agire per recuperare il possesso della cosa, ciò che interessava lo stesso rogatus, D'altronde, prima che la exceptio fosse introdotta, una tutela del precarista si richiedeva anche nei confronti del concedente, per il fatto, che tuttavia non suole mettersi in evidenza che il precario dans traeva dei vantaggi, delle prestazioni dal precarista (26).

Il quale poi, è in una situazione ben diversa da quella dell'inquilino e del colono. Costoro sono legati al concedente da un vincolo obbligatorio, che è la prova più lampante della *subordinazione* di costoro al concedente. Il godimento del precarista è, invece, (e parliamo ora, a ragione veduta, di godimento) pieno e perpetuo, nel senso che non ha limiti di tempo prefissi (27).

Quanto al creditore pignoratorio: derivando il pegno dalla originaria fiducia, quello conservò dell'istituto antico le caratteristiche più salienti, esclusa naturalmente la qualità di proprietario nel creditore. Era d'altra parte necessario concedere una tutela al creditore pignoratorio, per la stessa ragione che fu necessario pel precarista: che il creditore stesso potesse recuperare la disponibilità dell'oggetto, senza doverne officiare il dominus, il che spesso doveva rendere pressochè vani i futuri tentativi che costui avrebbe fatti intentando la rei vindicatio (si ricordi che nelle origini il dominus non è legittimato alla tutela possessoria).

Ciò che si è ora detto può ripetersi per il sequestro.

Ma chi meglio del Pretore poteva essere sensibile a queste.

26. ZANCAN, *Ager p. cit.* l. c., e FUSTEL DE COULANGES, *ivi cit.*

27. BONFANTE, *Corso*, cit. III, l. c.

necessità? Egli dunque sussunse nel suo campo la Poss (28) e ne estese il concetto e la tutela a queste figure, prima non contemplate: il dominus, il precarista l'utente dell'ager p), il credi-

28. Non prendiamo esplicita posizione circa il punto se sia l'interdetto unde vi il più antico (KUNTZE, *Excursus über röm. R.* 1869, 424; BEKKER, *Besitz*, cit., 99; KARLOWA, *Röm. Rechtsg.*, cit., II, 320; CUQ, *Récherches*, cit., 25; COSTA, *Storia del diritto rom.*, 297 n. 1; contra: URBELCHDE, *vol. 43°*, V, 516; CORNIL, *Traité de la possession dans le droit rom. ecc.*, Paris, 1905, 295). E' certamente ingenuo voler dedurre da ULP. I, 4 D. 43, 17 (et consequenter propopintur post interdictum unde vi) in quanto Ulpiano si riferiva all'ordine in cui gli itd venivano ricordati nell'Editto (CORNIL, cit. l. c.). Meglio conservare il dubbio (PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, 873, 1) quando non suffragano elementi diretti. Gli argomenti del PELUEGER, *Besitzklagen*, 90, non sono convincenti: 1. che « interdictum » significhi « divieto » è vero ed è tanto più accettabile quando si ravvicini l'itd possessorio all'int. aqua et igni (BISCARDI, cit., 97) e quando si rifletta che l'i. aqua et ù. non ebbe in origine carattere penale (oltre gli AA. citt. in BISCARDI, l. c. n. 2, BRASIELLO, *La repressione penale in dir. rom.*, 97 ss.; cfr. anche COSTA, *Cicerone*, cit. II, 66, 3, esplicito Cic, *pro Caec.* 34, 100: « Exilium enim non supplicium est »; ma al tempo di Cicerone l'int. a. et i. è già una pena; COSTA, cit. I, 284; SCULZ, *Prinzipien d. röm. R.*, 137). Ma ciò non conta; perchè è parimenti ammissibile che i pontefici applicassero all'usurpatore un itd sul tipo dell'a. et i., con ciò stesso togliendo all'usurpatore la possibilità di difendersi dal contrattacco dell'usurpato. In tal modo interdictum verrebbe a significare divieto (divieto all'usurpatore di trattarsi oltre nel territorio usurpato; possibilità alla vittima di usare impunemente la vis contro lo spossessante; messa fuori legge dell'usurpatore); 2. Che l'unde vi segni un progresso di fronte all'uti poss. pel fatto che si tien conto della ratio fructuum (I. 40 43. 16) sin dal giorno della deiectio, non è argomento fondamentale, giacchè ciò non attiene alla natura dell'itd e della Poss. Né è un progresso il fatto che con l'u. v. si raggiunge il deiciens anche quando non possieda più (eod. I. 42), giacchè tutto ciò deriva dalla « atrocitatis facinoris » (eod. I. 43 in cui, però si ha riguardo ad altro problema). Non è poi accettabile la tesi che l'une vi fosse azionabile anche dal semplice detentore (FERRINI, *Pandette*, cit., 343, nemmeno al tempo di Cicerone (come sostiene UBELOHDE, 43° cit. 163 ss.). La obiectio aveva riguardo proprio al possesso, come risulta senza equivoci dai commenti all'itd. Cicerone, poi, non credeva troppo egli stesso alla sua tesi (contra CUQ, *Récherches*, cit. 40) tanto che passa subito (pro Caec. 32, 92) a dimostrare che il suo cliente possedeva (cfr. su tutto ciò BONFANTE, *Corso*, cit. III, 358 ss.; RICCOBONO, *Il possesso*, cit. 267). Se è vera la tesi sull'origine del Possesso da noi propugnata è da credere che o i due interdetti sono contemporanei, o è precedente (se una precedenza vi fu) l'unde vi.

Ammessa la contemporaneità dei due itd U. P. e U. V. o addirittura la pre-

tore pignoratorio, il sequestratorio. Ma così, oramai, la Poss non è più un fenomeno politico-sacrale, è un fenomeno edonistico, e sotto questo aspetto sono livellate tutte le figure possessorie, quelle tipiche e quelle anomale; ma così, oramai, sono nello stesso

cedenza dell'U. V., già per questo solo non si saprebbe vedere (come invece afferma il CIAPESONI, cit.) perchè nell'uti poss., secondo la formulazione pregiulianea, dovessero esservi ipotesi diverse per l'agrum locum aedificium, precedute dalla ipotesi per l'agrum, che poi dovrebbe essere la ipotesi per i terreni dello Stato. Infatti, nell'unde vi manca ogni distinzione di vari casi. Anche nella lex agraria del III (relativa al de vi non armata) si parla genericamente di « possessio » (« sei quis eorum, quorum ager supra scriptus est, ex possessione vi eiectus est.... qui eum ea possessione vi eiecerit »).

Al Ciapesoni obietterei che non credo alla inconfondibilità dei seguenti termini, che egli cerca di tener ben separati: ager, fundus; aedes, aedificium. Basta guardare le fonti:

GAI, II, 70: per adluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit.

GAI, II, 76: Sed si ab eo petamus fundum vel aedificium... e in quest'ultimo testo al fundum (che certamente designa il fondo ex iure quiritorium) viene accostato l'aedificium. E così ISIDORUS, Or. XV 13. 4:

Fundus ...et urbanum aedificium et rusticum intellegendum est.

Quanto a locus:

CIC. Pro Caec., 17. 49. Demoveri... et depelli de loco necesse est eum qui deicitur.

EOD. 28. 30: Aebutius... qui fatetur aliquo ex loco deiectum esse Caecinam.

Credo di poter concludere che « fundus » significa certamente l'appezzamento in proprietà quiritaria, ma che non è escluso che ciò significhi anche ager. Aedificium è lo stesso che aedes. Locus indica una qualsiasi portio di un fondo (o di un ager). Ager si impiega, oltre che per il fundus, a designare tecnicamente il territorio concesso dallo stato, o lo stesso territorio statale.

Quanto al fr. D. 50. 16. 60, la ricostruzione, alla stregua di quanto si è fin qui detto, può essere la seguente:

Locus est non fundus, sed (ager vel) portio aliqua fundi. Fundus autem integrum aliquid est... sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest.

La ricostruzione del C. non mi accontenta pel fatto che non saprei giustificare allora l'« autem »: detto che locus « est portio aliqua agri » (si noti anche la cacofonia aliqua agri), non vegga come possa proseguirsi a dire che, « fundus autem aliquid integrum est ».

Non ritengo, inoltre, che D. 50. 16. 211 debba essere corretto, come fa il C., da « fundi appellatione », in « loci appellatione ». Penso invece che i classici

piano la *Possessio* e l'*usus*, chè *Possessio* è ormai, tratta dall'ambito sacrale e pontificiale, un fenomeno edonistico.

Questo è un punto che chiariremo tra poco.

Intanto sarebbe opportuno dimostrare come la natura degli interdetti possessori (pretorii) risponda alla storia della *Possessio* sin qui tracciata.

Secondo il PUCHTA, lo SCHMIDT, lo UBBELOHDE, il SOKOLOWSKI, lo SCIALOJA e il RICCOBONO (29) la procedura interdittale sarebbe sorta in un'epoca in cui erano ancora in vigore le *legis actiones*, altrimenti il Pretore avrebbe concessa un'*actio in factum*. Per il BISCARDI (30), che si è giovato di un suggerimento dell'ARANGIO-RUIZ, non si spiegherebbe la persistenza degli itd anche nel periodo formulare, e la crea-

avessero detto: « *Fundi appellatione et aedificium et ager continentur* ». Genuina ritengo la frase « *urbana aedificia aedes dicuntur* ».

Quanto alla ricostruzione della formula interdittale, osserverei al C. che è ben vero quanto egli aggiunge a p. 120 del vol. II degli St. Albertoni (pagina mancante nell'estratto), e cioè che « *summus* » significhi « la parte superiore ». Ma quin non è una quistione filologica in ballo (per alcuni rilievi in proposto v. KUEBLER, rec. in St. et Doc. 1935, 229 ss.). Ora, se nella procedura interdittale internazionale (v. sopra cap. 2°), si riscontrano formule in cui mancano appunto la *exceptio* e la formula « *adversus ea vim fieri veto* », formule, cioè, che si avvicinano sensibilmente alla « *summa conceptio* » gaiana, (cfr. per tutti PASSERINI, cit., 29 ss.; sopra cap. °, n. 16), a me pare che possa concludersi che Gaio riferisce la formula *originaria* dell'interdetto. Penso inoltre che il Pretore inserisse volta per volta la menzione della ipotesi che alla fattispecie si attagliava: *fundus, aedes* ecc.

Un ultimo punto: il Ciapessoni pensa di trovare conforto alla sua tesi di ricostruzione dell'interdetto nella ricostruzione dell'ordine di trattazione della materia in Ulpiano. Basta guardare lo schema che il C. propone a p. 74 (dell'estratto) quanto a questa ricostruzione, per vedere quanto lacunoso sia il commento ulpiano per poter essere integrato convincentemente alla stregua del lodato A.

29. PUCHTA, *Institutionem*, cit., 169; SCHMIDT, *Interdiktenverfahren*, 313 ss.; URBELAHDE, cit., § 1839, p. 636 ss.; SOKOLOWSKI, *Die Philosophie*, cit., II, 87; SCIALOJA, *Procedura civ. rom.*, § 41, 222 ss.; RICCOBONO, *Il Possesso*, cit. 277.

30. BISCARDI, *La protezione interdittale*, cit., 92 ss.

zione di nuovi itd, se non si ricorresse allo inquadramento degli itd nelle forme processuali extra ordinem (31).

Che il sorgere della procedura interdittale pretoria non possa essere documentato oltre una certa epoca (215 a. C., secondo potrebbe arguirsi da Liv., 25. l. 11.; 200 a. C. ex PLAUT. Stich., V. 5) (14), non significa che precedentemente il possesso (se esistente come istituto, come è nostro convincimento) non fosse per caso protetto dai pontefici.

La *interdictio aqua et igni* può ben considerarsi un antecedente delle formule interdittali (32). E' possibile cioè, che la tutela possessoria sia rimasta lungo tempo nelle mani dei pontefici, che la esercitavano con mezzi giuridico-sacrali (affini alla *interdictio aqua et igni*) e che il Pretore non assunse nel suo potere la tutela del possesso che solo tardi e per proteggere casi che prima, da' pontefici, non erano tutelati. Giustamente viene messo in rilievo che il sorgere dell'interdetto pretorio, come diciamo per intenderci, si riconnette alla tutela delle *res divini iuris* e delle *res in publico usus* (33). Il che giustifica ancora la opinione da noi avanzata (aver avuto in origine il possesso protezione pontificiale), in quanto è spiegabile come proprio i pontefici prendessero cura di un rapporto di carattere schiettamente sacrale. E quando il pretore assumerà nel suo potere il possesso, ben assumerà questo un carattere (non più sacrale) ma pubblicistico (BISCARDI) (34), non in quanto il possesso sia da riconnettere nella sua forma tipica all'*ager p.*, ma in quanto il rapporto possessorio (ora a carattere edonistico) interessa forte-

31. Il che praticamente viene a dire che la procedura interdittale fu conservata perchè praticamente vantaggiosa (UEBBELOHDE, *cit.*, 656, 658 ss.).

32. BISCARDI, *cit.*, 97; cfr. però già CARCATERRA, in A. G. 1936, p. 6 dell'estr.

33. UBBELOHDE, *cit.*, l. c.

34. BISCARDI, *cit.*, p.

mente la res pubblica, e ancora è configurabile come un rapporto di signoria, ha carattere di polizia (35).

Tuttavia a questo proposito è da intendersi. Carattere di polizia, carattere pubblicistico, non vuol dire che la Poss è sorta come caratteristica per l'ager publicus e per la necessità di tutelare l'ordine pubblico in sè e per sè (36), e al solo fine di impedire la vis in se stessa (37).

Contro questa ultima dottrina può opporsi che se la origine della tutela fosse stata nella necessità di tutelare la pace sociale, non si spiegherebbe come mai si dia man forte all'usurpatore, anche quando la prova della mancanza del suo diritto sia lampante ed immediata. Resta sempre da giustificare perchè la tutela sia accordata anche a colui che col suo possesso turba l'ordine della civitas, avendo acquistato e conservando il possesso contrariamente al diritto (il furto in dir. rom. è delitto permanente) (38).

La ragione della tutela deve quindi essere ricercata nella stessa natura del possesso. Così come si è tentato di fare nel cap. II. Quando il Pretore ha assunto il possesso nel suo potere, allora potrà dirsi che la Poss e la sua tutela hanno carattere pubblicistico; ed allora si potrà ben parlare di un interesse occasionalmente protetto (39). Ma allora la necessità della tutela era già stata sentita, ed il Pretore non faceva che estenderla e conservarla. Non è quindi al momento in cui la Poss entra nell'ambito del diritto pretorio che deve aversi riguardo per determinarsi il carattere originario della Poss e della sua tutela. Talchè

35. Sul carattere della procedura interdittale, GINTOWI, *Ueber den Charakter der Interdikte und der Iudicia ex interdicto*, in St. Albertoni, II, 233 ss., pp. 261 ss. per una negazione del carattere penale degli interdetti.

36. CUG, cit., p. 8.

37. Cfr. cap. 2°, n. 18.

38. FERRINI, cit., p. 204.

39. BERTI, *Diritto Romano*, I, 380.

in conclusione il poss e la tutela possessoria sono nati in quanto il poss costituisce un rapporto politico-sacrale col territorio, non violabile da nessuno, appunto perchè rapporto sacrale e politico. E ciò spiega come fosse concepibile, e non fosse contraddittoria una tutela dell'usurpatore. Furono, poi, gli interdetti conservati (ed estesi) per ragioni di ordine pubblico. E si spiega allora come in tal modo si superi la contraddizione tra la necessità della tutela pubblicistica e la concezione di protezione all'usurpatore (caso che sembra tipico). Si spiega storicamente (40).

2. La trasformazione della Poss, da fenomeno sacrale a fenomeno economico, è rivelato anche dal fatto che il termine « possidere » viene colorito precisamente in senso edonistico, come si desume dalla formula « *uti, frui, habere, possidere* », terminologia più recente della voce solitaria « *possidere* ».

2. — Il carattere edonistico, economico, della Poss può illustrarsi col fatto che, dalla originaria denominazione e terminologia « *possessio* », « *possidere* », si passa a quella di « *usus, fructus, possessio* », « *uti frui habere possidere* ». E' noto come il Maestro dell'Ateneo romano, l'Albertario, abbia affermato che, al contrario, questa è la terminologia originaria, alla quale è seguita l'altra univoca « *possessio, possidere* ». Niente prova — ci si consenta dire — che la evoluzione sia in questo senso. La tesi dell'insigne romanista pare voglia fondarsi su queste argomentazioni: « di *usus* si doveva parlare nella fattispecie più antica di possesso, voglio dire nel *precarium* in età classica, cioè che al precarista « *utendum conceditur* » è un diritto, non una cosa; e questa espressione si contrappone, come è stato ben dimostrato, all'altra « *possidendum conceditur* »; ma nelle origini « *utendum conceditur* » esprimeva l'atto col quale il *pater* della *gens* concedeva ai *clientes*, che s'erano raccolti intorno a

40. Cfr. sopra cap. 2°.

lui, il possesso di una parte del territorio del gruppo. Di *usus* nel significato di possesso parlano le XII Tavole: *usus auctoritas fundi biennium est, — ceterarum rerum omnium — annuus est usus*. E giuristi e storici, etimologisti, filofosi e poeti parlano ancora arcaicamente di *usus* per indicare inequivocabilmente il possesso nell'età imperiale, quando ormai l'*usus* è un istituto che col possesso non è più confondibile ». Pare quindi all'Albertario dimostrato che « nella prima epoca il possesso è indicato da una ricca terminologia: « *usus fructus possessio; habere possidere uti frui*: il termine *usus*, è il più antico; il termine *possessio*, che designerà poi — esso solo — il possesso, è il più recente (cfr. CIL II 5041) (a. C. 189) » (41). Tutto questo monte di ragioni è stato già da noi preso in considerazione nel capitolo che precede, perchè in fondo son quelle stesse alle quali è affidata la dimostrazione che la *usucapio* è acquisto mediante *possessio*. Se qualcuno dei nostri lettori avrà trovato non del tutto insufficienti le argomentazioni da noi avanzate nel capitolo che precede, quel lettore può sentire anche qui che la dimostrazione da noi avanzata è sufficiente a determinare il convincimento che *usus* non significhi *possessio*, nelle origini; non fondi sul possesso; non sia la prima denominazione dello istituto. Secondo l'Albertario, la cronologia, in argomento, dovrebbe essere questa: da *usus* nelle XII tav. significante « *possessio* », si passa al documento del 189 a. C. in cui appare la voce *possessio*. Ma io opporrei: è vero che nelle XII tav. si usa la voce « *usus* », mentre nel documento del 189 si adopera il vocabolo « *possessio* ». Ma abbiám creduto provare che l'*usus*, cui si allude nelle XII tav., non sia la *possessio*; ed aggiungiamo che il più lontano documento è certo quello del 189 a. C., ma tutto ciò non può nulla denotare, se può legittimamente dirsi che la testimonianza del

41. ALBERTARIO, *Il possesso*, in Bull. cit., 8.

189 è solo la più recente di quelle da noi finora possedute (42), che nelle XII tav. non si trova la voce *possessio*, perchè esse non ci son pervenute per intero. Ma c'è di più: mentre il CIL II 5041 del 189 a. C. suona così: « *agrum oppidumque quod ea tempestate posedisent, ien posidere habereque iousit* », nella lex agraria del III a. C., successiva. è adottata invece la terminologia « *eum agrum locum aedificium possessionem utatur fruatur habeat possideat* ». Almeno questa conclusione è irrevocabile: che non è il più antico dei documenti da noi posseduti che ha la terminologia *uti frui habere possidere*; mentre il più remoto presenta già l'uso solitario di *possidere!* che, dunque, *nulla* prova una evoluzione nel senso dell'Albertario (43).

Ma una riprova al nostro argomentare è nel fatto che, anche nella formula, su cui si fondano i prelodati AA, appare sempre, nonostante la terminologia più ricca, anche un uso solitario della voce *possessio* e *possidere*. Nella stessa terminologia la voce *possidere* non è esclusa, ma inclusa. Dunque esisteva; si sentì solo il bisogno di colorirla. E ciò ammettiamo anche noi, appunto perchè il colorimento era in senso edonistico. Deve

42. APPLETON, *Le trésor et la justa causa usuc.*, St. Bonfante, III, 19, così si esprime: « Remarquons en passant combien, il est imprudent de faire dater une doctrine du premier document où nous la trouvons. Cela prouve seulement qu'elle ne lui est pas postérieurement, mais nullement qu'elle ne date pas d'une époque bien antérieure, pour laquelle les document nous manquent, et d'autant plus qu'ils sont plus anciens ».

43. Il SELIGSOHN, *Iusta possessio*, cit., crede che nelle origini fosse usata la terminologia « *uti frui habere possidere* » che si rinviene negli arbitrati pubblici e nella lex agraria III. Che nella lex agraria si rinvenga la formula, come pure negli arbitrati, si spiegò già nel cap. 1°: la adozione della procedura interdittale possessoria negli arbitrati pubblici, la indicazione dell'*usus* della ager p., avvengono in una epoca in cui *possessio*, si è confusa con « *usus* », in cui *possessio* ha acquistato carattere edonistico. Ed è per questo che con la formula citata si vogliono descrivere i poteri del possessore. Il Seligsohn pensa che si tratti di fraseologia descrittiva di un diritto nelle sue concrete manifestazioni. Come il S., il suo recensente, EISSER, in SavZ, 1929, 15-19.

escludersi quindi che essa non trovasse prima un impiego solitario. E ancora: non è poi soltanto la formula « uti frui habere possidere » che si rinviene nelle fonti, bensì anche un'altra più varia e più ricca. Ed a ciò non si è finora fatto caso. Si, guardi: nella *emptio domus* (159 p. C.):

Anducia Batonis habere recte liceat, et si quis eam domum partem dimidiam partemve quam quis ex ea evicerit quominus Anducia Batonis, eumve ad quem res pertinebit, habere possidere usuque capere recte liceat » (43 bis).

Un passo della *sententia Minuciorum* suona:

« *Quei intra eos fines agrum possedeit genua aut viturius quei eorum possedeit K. sextil L. Caicilio Q. Mucio coss. eo ita possidere colereque liceat* » (44).

E' evidente allora che que si tratta di colorimento in senso edonistico, di frasi descrittive della *Poss* in senso edonistico. Che

43 bis. Qui si oppone « *usus* » a « *possessio* », altrimenti non si spiegherebbe come oltre al possessore si possa ricordare l'*usuque capere*, che dovrebbe essere compreso nel possidere. Del resto una opposizione fra i due termini, ed in modo anche più esplicito, è in *APUL., Apol.* (cit. dallo stesso *ALIBRANDI, Teoria*, cit., 221), il quale stimava incommensurabili l'*usus* e la *possessio*: « *Quid enim si chiragium thymelicum possiderem, num ex eo argumentairer etiam, uti me consuasse tra-goedi syrmate, histrionis crocota, mimi centunculo? Non opinor; nam et contra plurimis rebus possessu careo, usu fruar* ». Opposizione è ancora in testi giuridici: in cui si parla distintamente di possidere e di *usucapere* ovvero congiuntamente di *usucapere* possidendo. La frase che ricorre in *Cic., De Leg. 2; 48* e in *GAI, II, 41* colpì già il *Bonfante*, il quale pensò che essa sia dovuta ad un affievolimento del significato di « *usus* » (*BONFANTE, Il possesso*, II, 52, ora in *Corso*, III, cit.; efr. *ALBERTARIO, Bull. cit.* La *BOZZA, Sull'origine*, cit., 198, pensa, invece che in questi testi sia la prova della impossibilità di identificare *possessio* ed *usus*. Noi crediamo che essi risentano ancora il tradizionale divario corrente tra i due fenomeni, avvicinati il giorno in cui la *Poss* perdette il suo carattere sacrale.

44. Testo mai citato fin qui, per quanto io sappia. Se un esempio smagliante si volesse addurre della tendenza romana a descrivere il fenomeno giuridico nei suoi elementi economici potrebbe citarsi la *lex Quinctia de aqueductibus* (754/9) in cui si parla di « *Omne sarcire, reficere, restituere aedificare ponere et colere demolire* » « *quid obponit molito obsaepito figito statuito ponito conlocato arato arito* » ecc.

si voglia invece descrivere i poteri del dominus étesi della Bozza che a me con l'Albertario pare poco felice (45). Argomento testuale e smagliante in mio favore, e contrario alla Bozza e all'Albertario, io troverei nel seguente fr. del D. in cui la descrizione è minuziosa e ricchissima (in senso economico) e riguarda il possessore:

D. 43. 16. 11, POMPONIUS, IV ex Plautio: vim facit qui non sinit possidentem eo quod possidet, *uti arbitrio suo, sive interendo, sive fodiendo, sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarij non relinquit.*

Il fr. non è stato appuntato, per quanto mi risulta, se non dal Beseler (46), ma solo dal *sive quid omnino faciendo*. Resta dunque la gen. del discorso fraseologico che ci interessa; resta che la frase in esame non poté essere tuttavia usata nelle origini, appunto perchè descrittiva del contenuto economico della Poss: con D 43. 16. 11 siamo ai tempi di Plauzio e di Pomponio.

45. Sulla lex agraria, in cui la Bozza crede si alludesse con l'*« uti frui habere possidere »* ai poteri del dominus, non del possessore, cfr. SAUMAGNE. *Sur la loi agraire de 643-III*, rev. de Phil. 1927, 50-80, e sul S. LEVI, in Riv. Fil. Clas., 1929, 231 ss.; CARDINALI, *Capisaldi della legislazione agraria del periodo graccano*, *Historia*, 1933, 547 ss.; ZANCAN, *Ager p.*, cit., 57 ss. (sul Z. ARANCIO-RUIZ, in ST ed Doc. 1936, fasc. II).

46. BESELER, in SavZ, 1933, 58.

3. Quanto precede porta al convincimento che la identificazione tra *usus* e *possessio* non è originaria, ma è determinata dall'evolversi della Poss in senso economico.

3. — E se, allora, una tale fraseologia è successiva alle voci solitarie *possessio*, *possidere*; e se da queste si distacca pel suo colorimento in senso edonistico, è chiara la evoluzione in tal senso, e cioè in senso economico, subita dalla Poss.

Nè la trasformazione in fenomeno economico è un caso isolato. Non isolato nè nella storia del diritto di Roma, nè in quella del diritto comparato. In Roma lo stesso *dominium* ha subito identica sorte (47), passando da un clima religioso e politico, in uno prettamente economico. Nè diversa cosa è da dirsi per la famiglia (48) e per la *hereditas* (49). Ma è tutto il diritto, che in ogni popolo subisce questa lenta trasformazione, che ai nostri giorni è quasi del tutto compiuta (50).

E' giustificato allora e spiegato come sia sorto in Roma il ravvicinamento, anzi la identificazione di *usus* e *possesso*, che

47. BONFANTE, *Storia del diritto rom.*, I, 177; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., I, 321.

48. Nel senso che in origine la famiglia è una comunità avente uno stesso ed esclusivo culto, non senza, naturalmente, un fattore economico (al FUSTEL DE COULANGES, *La città*, cit. 39 ss., si oppongono l'ARANCIO-RUIZ, *Le genti e la città*, An. Messina, 1914; PICANIOL, *Essai sur les origines de Rome*, cit., 87 ss. Contemporano i due elementi BONFANTE, *La gens e la « familia »*, ora in *Scr. I*, e *Teorie vecchie e nuove ecc.*, ib. soprattutto p. 61 ss. DE FRANCISCI, *Storia*, cit. I, 320 ss.; WESTRUP, *Joint Family and Property in early Law*, in *St. Albertoni*, I, 145. In prosieguo l'elemento sacrale sarà nella famiglia meno sentito che nelle origini, si rafforzerà l'elemento patrimoniale ed economico non più negandosi ogni capacità al *filius* (il *peculio* apre la breccia: MANDRY, *Familiengüterrecht*, §§ 58, 59), pur senza potersi superare del tutto il principio di autorità, che a quello politico e religioso è connesso, e che si affievoli nel corso della evoluzione: SCULZ, *Prinzipien d. röm. R.*, 213-214).

49. BONFANTE, *Scritti giuridici*, I.

50. BOEM-BAWERK, *Recht und Verhältnisse vom standpunkt der Volkswirtschaftlichen Güterlehre*.

condusse poi a delle incertezze la dottrina giuridica. Alludiamo alla concezione del doppio possesso, e a quella della divisione degli effetti, dottrina sollecitata appunto dal coincidere di usus e di possesso, piuttosto che dalla inserzione della *exceptio* nella formula interdittale (51). Tanto che, la prima formulazione del doppio Poss si trova in Trebazio e in Sabino, e cioè in un'epoca in cui la clausola, già nota a Terenzio come pare, era stata da tempo prolata.

La dottrina romanistica ha sempre trovato difficoltà di fronte a questo istituto del doppio possesso, o della divisione dei suoi effetti, istituti che contravvengono ad uno dei canoni più resistenti della Poss medesima. Per noi si spiega: dal momento che la Poss ha subito e va subendo ancora quella evoluzione impetuosa che la riduce da fenomeno sacrale a fenomeno economico, vi sono dei momenti di oscillazione. Oramai che con la inclusione di nuove figure la Poss ha assunto carattere diverso da quello che aveva, oramai che è nelle mani del Pretore ed indica il godimento signorile di una res (da parte del dominus, come del precarista, del creditore pignoratizio e del sequestratario), la Poss non differisce più dall'usus. Ma se tutto ciò è vero; se possesso è godimento, gode della cosa il precarista, mentre usucapisce (come avveniva *sin ab origine*) il precariadans. Ma se usus equivale a possesso, e viceversa, si intende come dovesse sorgere il sospetto che qui vi sono due possessi. L'uno, quello del rogatus, conducente alla usucapione; l'altro, quello del precarista, ammesso dal pretore alla tutela interdittale. In origine avveniva che il rogatus avesse l'usus, e cioè usucapisse; mentre il precarista (ai tempi della Poss sacrale) non avesse nemmeno

51. SCIALOJA. *Il possesso del prec.*, cit., 342 ss.; BOZZA, *Sull'origine*, cit., 242 ss.; lo SCHERILLO, *Locazione*, cit., 395, pensa che l'origine del doppio possesso sia da riconnettere al fatto che si va oscurando il sentimento della possesso. Giustissime osservazioni in ROTONDI, *Possessio*, cit., 124 ss. SELIGSOHN, *Iusta poss.*, cit., 16.

gli interdetti. Quando questi furono concessi, i romani, conseguenti e gelosi custodi del passato, attribuiscono ancora la usucapio al rogatus, mentre fanno partecipe il precarista della difesa interdittale. Conseguenti e conservatori, negano, tuttavia, gli interdetti al rogatus. E' questa la situazione, che, quando l'usus sarà stato avvicinato al poss, indurrà a pensare ad un doppio possesso. Ma che cosa ne è allora del vietato, sacrale principio che duorum in solido possessio esse non potest? Secondo il sistema solito, i romani non lo abbandoneranno. Ma pensano (Trebazio) che si possa distinguere (spesso il *distinguo* è un modo per giungere a compromessi) tra possessio iusta e possessio iniusta. Labeone sente il compromesso « quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat ». Ma la forza delle cose è più forte della logica stessa: talmente in Pomponio (D. 43. 26. 15. 4) (52) e in Ulpiano (D. 43. 17. 3) (53) (D. 41. 2. 17 p) (54). Infatti, come si può negare che il precarista possieda, che il rogatus invece usucapisca, e che la Poss non può essere solidalmente presso due persone diverse? Paolo stesso dovrà tutto ciò ammettere, che grava come ineluttabile eredità sulla dommatica romana. Si ricorre allora alla teoria della divisione degli effetti: D. 41. 2. 1. 15 (Paulus, LIV ad Ed.) (55). E già con Giuliano sembra che la teoria della divisione trovi la sua maggiore affermazione: D. 41. 2. 36 (56);

52. V. sopra n. 18. Per le interpretazioni del testo cfr. ROTONDI, *cit.*, 105-6; BONFANTE, *Scritti*, III, 544; ALBERTARIO, *cit.*, 36 ss.; BESELER, *Beiträge*, IV, 77; HAECERSTROEM, *cit.*, 213; SELIGSOHN, *cit.*, 29 e 40; SCHERILLO, in RIL 1929, 395; 1930, 513-2, 528-1.

53. V. sopra, testo.

54. Secondo il BESELER, *cit.*, IV, 75, il « de » starebbe invece di « unde » vi. Consento.

55. V. sopra testo n. 20. Adde: SCHERILLO, *cit.*, 1930, 516-4. ePr la genuinità, cfr. ROTONDI, *cit.*, 145-2, 185-1; SELIGSOHN, *cit.*, 27.

56. V. sopra testo e n. 21.

D 41. 3. 33. 4 (57); D 41. 3. 33. 5 (58); D. 41. 3. 33. 6 (59).

Con la concezione della divisione degli effetti della Poss, la scienza giuridica romana classica riuscì a sistemare un po' meglio che con la dottrina del doppio possesso, questa spinosa materia. Si sono salvati così un po' tutti i principii. Si nega un doppio possesso, contrastante col vecchio ditterio della impossibilità di una Poss solidale, d'altra parte, in omaggio alla tradizione e alle necessità pratiche, che il precario dans così come era in principio, possa usucapire; si ammette il precarista alla tutela interdittale.

Ma anche qui v'è una prova che tutto questo movimento di idee e di dottrine è dovuto al fatto che l'usus è venuto a coincidere con la Poss. Infatti, chi veramente possiede non è colui che usucapisce; costui è abilitato ad usucapionem tantum (ecco che ancora usucapio e poss divergono) (D. 41. 2. 1. 15), e a ciò cui la usucapio può ravvisarsi, la Publiciana. La usucapio e la publiciana sono invece negati al precarista, sebbene abilitato agli interdetti e, come il Biondi crede (60), all'azione nossale.

57. V. sopra. testo e n. 22.

58. V. sopra. testo e n. 23.

59. V. sopra. testo e n. 24.

60. BIONDI, *Actiones noxales*, cit. p. 310.

4. Trasformazione, che, veramente, non è completa nemmeno in epoca classica. Tanto è vero che la Poss non ha, in quest'epoca, un valore a sè, distinto da quello della ipsa res. Segno che la Poss non può ancora considerarsi del tutto un fenomeno prettamente economico. Infatti la clausola « *quanti ea res est* » non riceve, nella procedura interdittale, la stessa applicazione che in altri procedimenti: essa viene applicata a determinare economicamente non la Poss in sè, ma la cosa, oggetto di Poss.

4. — Ma la completa trasformazione della Poss non è ancora avvenuta in epoca classica. La poss non ha ancora un valore a sè stante. E' necessario, più che opportuno, fermarsi un momento sul tema: infatti, la Poss ha assunto subito, appena fu ampliata sino a comprendere il dominus e le c. d. figure di possessi anomali, un carattere ed un aspetto che non sono più sacrali. Ciò che determinerà, poi, la identificazione di usus e possesso, e che sboccherà nella nota paremia di Licinnius Rufinus: « *usucapio sine possessione contingere non potest* ». Ma non si giunse che molto tardi a valutare la Poss in sè, quale rapporto economico distinto e non confondibile con altro, distinta dalla ipsa res. Perchè ciò possa avvenire occorrerà una lunga evoluzione.

Che la Poss classica non abbia ancora raggiunta questa individualità economica è deduzione che può trarsi dal fatto che la clausola *quanti ea res est* » veniva applicata al possesso secondo il valore della ipsa res, non della Poss in sè stessa. E si spiega: la Poss ancora in epoca classica, pur avendo perduto l'originario carattere sacrale, pur essendo entrata nell'ambito del diritto (laico), si presenta come un fatto e come tale incapace di essere considerato a sè, quanto ad una valutazione economica. Nè ciò avrebbe dovuto importare una impossibilità assoluta di applicazione della clausola « *quanti ea res est* »: infatti, una volta che la protezione pretoria fu concessa appunto per evitare

che si potesse turbare o sovvertire il fatto possessorio, era pur necessario provvedere a che fosse reintegrato il possessore e che, ove ciò non si fosse potuto ottenere, ottenesse il possessore un surrogato. E' appunto questo lo scopo della condanna pecuniaria al « quanti ea rest est » (fuit, erit). Condanna, che, nel caso del possesso, non poteva essere commisurato che alla ipsa res, dato precisamente, che il possesso non aveva in sè un valore economico autonomo.

Il Perozzi ebbe già a ritenere che la Poss ebbe una certa evoluzione, passandosi dalla ammissione classica di « un interesse a possedere » alla concezione del possesso come un valore, concezione non classica (v. *Addenda*).

Pensiamo che deve andarsi anche oltre: nemmeno ad un interesse a possedere pensarono assolutamente i cl., come dimostrerà la tipica intp dei fr. (ritenuti gen dal Perozzi) sul punto che interessa.

Ma prima di iniziare la esegesi dei testi è doveroso tener conto della tesi sostenuta dal Kaser, nel già ricordato volume sulla formula « quanti ea res est ». Secondo questo autore è da tener distinti gli interdetti restitutori da quelli proibitori. Nei primi la applicazione della formula avveniva nel senso che il valore della cosa veniva misurato « als wäre der Kläger als ihr Eigentümer erwiesen », come proverebbe D. 43. 16. 1. 35; per gli interdetti proibitori si terrebbe in conto, invece, l'interesse del possessore, talchè la applicazione, qui, della clausola seguirebbe la normale, generale, applicazione.

Ora contro una siffatta impostazione del problema io osserverei che nulla può indurre a ritenere una diversità, quanto alla applicazione della clausola in parola, tra le due specie di interdetti. D'altra parte dalle stesse fonti risulterebbe almeno questo, che anche per gli interdetti proibitori la commisurazio-

ne avveniva, nell'epoca di Servio, secondo il valore dell'*ipsa res*:

Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est (D. 43. 17. 3. 11; v. oltre).

Pertanto partiremo proprio dalla ora affermata indistinguibilità fra i due ordini di interdetti, per giungere, attraverso la analisi testuale, alla dimostrazione della tesi innanzi enunciata.

I testi da esaminare sono D. 43. 17. 3 e D. 43. 16. 6.

In essi si dice che la commisurazione della *Poss* è fatta secondo l'interesse dei singoli (non secondo la *ipsa res*). Riteniamo che i due testi siano in *interp.* La clausola « quanti ea res erit » è una formula, che entra in molte azioni e formule, e che significa dover essere un *quid* valutato in danaro (61). Quando tale clausola sia stata introdotta ignoriamo, giacchè è ancora involuto il problema della *litis aestimatio*. Ad ogni modo è facile ammettere e ritenere che il metodo di valutazione sia stato originariamente primitivo. Oggetto di valutazione è proprio l'*ipsa res*, la cosa in senso materiale. E' solo il diritto più avanzato che non può accontentarsi di questa valutazione grossolana e commisurerà l'*id quod interest* ora al disopra, ora al di sotto dell'*ipsa res*. Ma ciò richiede un grado di astrazione ben

61. Io non nego che la stessa giurisprudenza romana, partendo da una valutazione della *ipsa res* sia pervenuta ad ammettere una valutazione del pieno interesse della parte, nego solo che ciò sia avvenuto anche per gli interdetti possessori. Affermo che tale diversità di applicazione della formula è dovuto alla natura della *Poss*. La eccezione di questo istituto, nel campo di applicazione della formula depone precisamente, non contro la tesi del K., ma in favore della teorica possessoria da noi prospettata.

Sul problema, SAVIGNY, *System* (tra. it.), App. XII; DE MARCHI, *Il giuramento in lite e la stima della cosa perita nei giudizi di stretto dir.*, in St., Scialoja. I (165-183), 178 ss.; ARANCIO-RUIZ, *Studii formulari*, Bull., 1913, 130 ss.; GUARNERICITATI *Miscellanea esegetica*, An. Ber. 1924; SIBER, *Röm. Recht*, cit., 242 ss.; KASER, *Quanti ea res est*, München, 1935; sul K. ETISSEER, in SavZ, 1937, 496-504.

Da notare che anche nel furto la *aestimaio* è secondo il *verum rei pretium*: D. 47. 8. 2. 13; PAULI, S. V., 3, 2; 47. 8. 4. 11; cfr. su di essi, SAVIGNY, *cit.*, KASER, *cit.*, 162 ss.

potente. E, come abbiám dimostrato fin qui, la Poss non ebbe nè in origine, nè ancora in epoca classica ha un valore assolutamente distinto dalla cosa. E' vero che in Elio Gallo si diceva già che Possesso « est usus quidam agri aut aedificii, non ipsa res ». Ma è stato già notato dallo Albertario (61-bis) che tale affermazione non può essere di Elio Gallo. Di chiunque essa sia, non implica poi mai che in epoca classica si desse alla Poss una valutazione distinta dalla ipsa res, perchè nel passo citato si vuol solo dire che del rapporto possessorio la voce possessio non designa solo un elemento (per caso, la res), bensì il rapporto stesso. Altra cosa è, invece, il determinare se questo rapporto medesimo debba essere valutato alla stregua del valore della cosa, o dello interesse che il possessore ha o aveva a restare o mantenersi al Poss.

Un testo di Ulpiano, non citato nella breve nota del Perozzi, mette in chiaro come la valutazione della Poss seguisse precisamente il valore della ipsa res:

ULPIANUS, I. LXIX ad Ed. (D. 43. 16. 1. 35): Denique scribit Julianus eum qui vi deiecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, proprius esse, ut etiam sine culpa eius mortuis hominibus aestimationem eorum per interdictum restituere debeat, sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur, huic consequens est, ait, ut villae quoque et aedium incendio consumptarum pretium restituere cogatur: ubi enim quis, inquit, deiecit, per eum stetit videtur, quo minus restitueret.

Ma questo fr non rappresenta che un relitto storico. L'esame del seguente passo ne farà certi:

ULPIANUS, I. LXIX ad Ed. (De interdictis: Uti possidetis) (D. 43. 17. 3. 11). In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem « quanti ea res est » sic accipimus « quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere ».

61 bis. ALBERTARIO, Bull. 1932, 9 in n.

Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimanda, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium aliud possessionis.

Se dovessimo stare all'insegnamento del Beseler (62) di quel fr non resterebbero che questi relitti:

(.....) Quanti ea res sic accipimus quanti (.....) [uniuscuiusque] interest possessionem retinere (.....) Servii autem sententia (.....) est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: (.....) [sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium aliud possessionis] (.....).

Insomma il fr sarebbe stato rabberciato, allungato, accorciato, travisato. Ed io sono col Beseler nel ritenere che su di esso abbiano i giustinianeî esercitato tutta la loro paziente virtù compilatoria. Ma i limiti della manipolazione sono ben diversi da quelli che sospetta l'insigne romanista tedesco. A me basta partire dalla osservazione che certamente intp è quel grossolano periodo, tutto legislativo e pretenzioso, che comincia col « nequaquam opinandum est ». Interpolazione che risulta dall'andamento tronfio dell'eloquio (nequaquam opinandum). Ma è la giustificazione stessa che viene addotta per refutare la sententia di Servio, che ne convince. Servio dichiarava che il « quanti, ea res est » deve essere commisurato al valore della ipsa res. Gli si obietta che non: che ciò non deve nemmeno pensarsi. E la ragione sarebbe che altra cosa è il valore della cosa, altro quello del possesso. Ma questa non è una ragione sufficiente di fronte alla norma positiva che si voglia interpretare estensivamente.

Se è giustiniano tutto il periodo « sed hoc — possessionis », è necessario inferire che classico sia invece tutto ciò che preceda e

62. BESELER, *Miszellen*, cit., in SavZ, 1922 (43°), 424 ss. Il LENEL, *Pal. h. I.* escluderebb che il testo si riferisse alla condemnatio di un *judicium secularium*. Non ne veggio, però, la ragione.

contrasti alla netta affermazione giustiniana. E' classico quindi la « *sententia Servii existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est* ». Ed allora deve concedersi anche la gen. dell'inizio del fr.: « *in hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem* ». Ne deriva che è itp invece tutto il periodo mediano « *quanti — retinere* ». Ed infatti v'è di sospettabile quell'uniuscuiusque così generico, che deve stare, come il Beseler medesimo ha rilevato, invece di « *stipulantis* », o meglio di « *actoris* » o « *A.i A.i* ».

Ma qui basterebbe anche solo ammettere, come non può negarsi, che ancora ai tempi di Servio la estimazione aveva riguardo alla ipsa res. E il principio si sarà propagato per tutta la scuola serviana (63). Segno che ancora la Poss non si distacca dalla ipsa res sino al primo secolo dell'era cristiana.

Ma è ben Giustiniano che interviene anche in *D. 43. 16. 6*:

PAULUS, I. XVII ad Ed. (*De iudiciis omnibus*): *In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere, et hoc iure nos uti Pomponius scribit, id est tanti rem videri quanti, actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti id est, veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possidere.*

Anche qui la mano dei compilatori è denunziata dal Beseler (64). Il quale ridurrebbe così il fr:

[*In interdicto - possidere*] *et hoc iure nos uti Pomponius scribit (.....) [id est] tanti rem videri - intersit eius (eum possidere).*

63. Sulle scuole muciana e serviana. ARNÒ, *Le due correnti della giurisprudenza romana; Cascellio, nuovi studii ecc.*, Mem. Mod., 1922; *Contributo alla scuola serviana ecc.*, Il dir. comm., 1924; *Nuovi studii su Cassio*, Modena, 1925; *Scuola Muciana e Scuola Serviana*, in A. G. 1932. Ma sulla troppo spinta concezione dell'A. cfr. BIONDI, *Prospettive*, cit., p. 31, n. 1.

64. BESELER, *SavZ*, 1922, cit. I. c.

Ma anche qui la rielaborazione giustiniana è stata più profonda di quanto non abbia sospettato lo stesso Beseler. Già sospettabile è la forma *bolsa* in cui procede tutto il periodo « *id est - possideri* ». Quale è il soggetto di « *alias minus esse, alias plus?* ». Logicamente dovrebbe essere l'*interesse* del possessore, che a volte — vorrebbe dire il testo — è maggiore, a volte minore; sicchè a volte maggiore a volte minore ne è la valutazione rispetto a quella della *ipsa res*. Ebbene, sin lì non v'è altro sostantivo che *res* (*id est tanti rem videri, quanti actoris intersit*). Talchè il periodo incriminato viene a dire. (ciò che non era nelle intenzioni dei compilatori, o di chiunque abbia scritto il testo) che è la *res* che a volte subisce una valutazione maggiore a volte minore. Ma non è questo che si voleva dire, perchè chi scriveva intendeva che risultasse la stortura di valutare sempre l'*ipsa res*, quando l'*interesse* dell'attore è ora maggiore ora minore a quello *univoco e costante* della cosa. E non quello si voleva dire, perchè si voleva precisamente escludere una valutazione della *ipsa res*.

Valore di sintoma in favore della ipotesi di interpretazione ha quel mutamento di esemplificazione da *res* (*id est tanti rem videri*) generico, ad *homo* (*pluris interesse hominem retinere*). Genuino deve essere il richiamo a Pomponio, anche se spurio il pensiero che gli si attribuisce; come molto più verisimile è che sia autentico il richiamo all'*homo*, che non quello alla *res* generica, come spesso *res* fu sostituita a *servus* (65).

Ma prima di trarre le conseguenze da queste considerazioni e dai sintomi ora messi in luce, conviene ricordare come nella estimazione del danno, *oltre* il valore della *ipsa res*, possa aver-si riguardo a tutto ciò di cui quella in causa faccia parte. Si ri-

65. MANCALEONI, in A. G. (N. S. II), 506, 7; DE MARCHI, *Il giuramento* cit., 173.

cordi la formula dell'actio ad exhibendum (66): « *Si ea res non exhibebitur quanta ea res erit, tantam pecuniam... condemnato* ».

Ora ecco un passo di Ulpiano altamente significativo.

ULPIANUS, I. XXIV ad Ed. (D. 10. 4. 9. 8): Praeterea utilitates, si quae amissae sunt ob hoc quod non exhibetur vel tardius quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt: et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti ea res sit, quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit (67).

Del fr. può ben ritenersi genuino il nocciolo: « Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem » di cui non sospetta nemmeno il Beseler. Così genuina è qualche cosa del periodo « quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit », in cui si fa citare da Ulpiano un pensiero di Nerazio: non è pensabile che i giustinanei, nel trasformare i testi cl. si preoccupassero anche di camuffare le proprie innovazioni divertendosi a citare i nomi degli autori classici, attribuendo a costoro le proprie idee. Qualche cosa di quel periodo — si disse — appartiene ad Ulpiano e Nerazio: non tutto. E per prima cosa è da notare quella brutta ripetizione dell'*erit* a breve distanza: « interdum minoris erit quam res erit », e che potrebbe anche attribuirsi al copista, se il pensiero contenuto nel periodo incrinato (cioè la possibilità che la aestimatio riesca anche inferiore al valore della ipsa re) non coincidesse con la frase che quel periodo precede e che, pur essa, tende ad escludere espressamente il valore della ipsa res. Si allude alla frase: « non quanti ea res sit ». La quale non può aver scritto Nerazio, o Ulpiano, per

66. LENEL, *Edictum Perpetuum*, 215 ss.; contra (nel senso di una negazione che l'a. contenesse la intentio); DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht*, 25.

67. KASER, *Quanti ea res est*, cit., 10, 4; 15, 11; *Restituere als Prozessgegenstand* München, 1932, 86 ss. (su di esso, Lévy-Bruhl, in R. H. 1932, 780-1).

la semplice ragione che essa è illogica: si commisuri la aestimatio al valore della ipsa res o a quello, per così dire, dell'interesse dell'attore, è sempre in ballo la formula « quanti ea res erit », che è pure quella che si richiama nella frase in esame. Se Ulpiano o Nerazio avessero voluto contrapporre la valutazione dello interesse dello attore ad una valutazione più rigorosa della clausola, avrebbero contrapposto la « utilitas alla ipsa res », ed avremmo allora trovato nel fr del D. un passo del seguente tenore: « Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem non autem ipsam rem ». D'altronde, se è vera la itp scoperta nel già discusso fr. 6 D. 43. 16, è chiaro che quella stessa mano che inserì nel passo di Ulpiano il « quod alias minus alias plus », quella stessa potette in D. X. 4. 9. 8. rendere possibile una valutazione della res, anche al disotto del valore della cosa stessa. Tuttavia da notare che in quest'ultimo fr. vien riportata la opinione di Nerazio, che pur deve essere, almeno in parte, genuina. E poichè è genuina la parte del testo in cui appare Ulpiano dicente essere valutabile anche la utilitas dell'attore, è possibile che Nerazio abbia solo detto che questa utilitas può talora essere anche superiore al valore della ipsa res. Ricostruirei così il fr:

Practerea utilitates si quae amissae sunt ob hoc quod non exhibetur (vel tardius quid exhibetur gl.?) aestimandae a iudice sunt: et ideo Neratius ait utilitatis actoris venire in aestimationem, quae utilitas, inquit, interdum maioris quam res ipsa erit.

Ed allora consegue che nel fr 6 D 43. 16 Pomponio, come Nerazio, e come lo stesso Ulpiano in D. 10. 4. 9. 8, hanno affermato che la applicazione della clausola « quanti ea res erit » può condurre anche a tener conto di utilità spettanti all'attore, oltre il valore intrinseco della ipsa res. Valore che resta sempre, si noti, nella stessa ampiezza di criterio seguita da Nerazio Ulpiano e Pomponio, il punto di riferimento nel metodo di appli-

cazione cl. della clausola. Insomma, anche con questi criteri più benigni (per l'attore), non ci si allontana da una valutazione della Poss come valutazione della ipsa res, nè si concepisce un valore della Poss in sè e per sè. Penserei che la restituzione del fr 6 D 43. 16 potrebbe allora essere anche questa:

In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est quanti res ipsa erit. et hoc iure nos uti Pomponius ait...: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum [quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut itp? gl?] (68) hereditatis adeundae (gratia) intersit eius eum possideri...

5. Le causae possessionis non dimostrano affatto che la giurisprudenza classica non ebbe un concetto univoco della Poss. Cicerone, Bruto, Manilio non confusero mai la detenzione con la Poss.

5. — In conclusione la Poss si è trasformata assumendo nel suo ambito figure prima non contemplate e non contemplabili. Da questo momento passa (dall'ambito sacrale in cui è sorta e cresciuta ed ha assunto caratteri indelebili, quelli visti nel cap. 2°) nell'ambito giuridico. Ma così la Poss assume un carattere che prima non aveva: non è più il fatto della dimora in senso sacrale, della consacrazione e soggezione della cosa al complesso religioso del pater, ma è il godimento della cosa, è lo sfruttamento signorile che si vuole difendere. E allora, se l'usus della

68. Sulla itp BESELER, in SavZ cit., l. c. Non vedo la ragione di espungere l'« eum possidere ». Nè sostituisco, per le ragioni addotte nel testo, « interdum et minoris », così come invece B. vorrebbe.

Anche in tema di *intd de tabulis exhibendis* (D 43. 5. 3. 11) la commisurazione è pur sempre alla stregua della ipsa res, ma rispetto alle tavole in quanto tavole testamentarie. Nell'*intd de precario* (D. 43. 26. 8. 4) la valutazione può essere in relazione all'interesse, in quanto proprio pel precario (v. sopra n. 1) si cominciò a concepire la possibilità che il precarista pagasse un *quid*, che rappresenta in certo modo il valore della Poss come ente a sè.

usucapio era godimento di una res o di un potere corrispondente ad un diritto (che non si ha), la Poss è l'aspetto fenomenico di un dominium di cui non si è investiti. Ma allora usus e possesso coincidono. Resta ancora che l'usus si applica alla manus, alla hereditas, alle servitù. E' per questo che ancora resiste la Poss a trasformarsi del tutto in fenomeno economico, e a subire una valutazione distinta dalla ipsa res. Caratteri, che come sempre avviene, resisteranno nonostante che oramai — e sin dall'inizio — la Poss abbia perduto il carattere sacrale che le era proprio. Ma, poi, l'usus della manus, la usucapio della hereditas e delle servitù scomparirono, in parte per desuetudine, in parte in virtù di legge. Perchè, oramai, il fenomeno economico possessorio è così evidente che usus finisce per coincidere col possesso. E sfido, allora, che nelle fonti classiche usus e possessio si scambino! Sfido che da Verrio Flacco a Giavoleno a Boezio (69) si definisce la usucapio in funzione della possessio! Ma è da notare anche il rapporto inverso, per cui usus (nell'usus della manus) è spiegato *approssimativamente*, come avviene in Gaio (70), con un *veluti possessione*.

69. I testi relativi sono stati da noi trattati nel corso di questo lavoro.

70. GAL, I, III: *usus in manu conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, rell.* Sull'usus della manus già parlammo nel cap. che precede. Questo testo mentre attesta (contra la Bozza) la fungibilità (all'epoca di Gaio) dei due termini, dimostra contro Bonfante, e con lui l'Albertario, che ad una certa epoca essi sono ravvicinati. Ma resta ancora l'eco della antica distinzione tanto che Cicerone e Gaio stesso (v. sopra n.) opporranno usus a possessio, nella nota frase « *usucapere possidendo* ». tanto che Gaio in I, III, non potrà perequare i due termini che con un « *veluti* ». Nè saprei vedere in GAL, II, 7, una identificazione della possessio con l'usufrutto. Il testo suona: « *Sed in provinciali solo plaret plerisque solum religiosum non terti, quia in eo solo dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem vel usufructum habere videmur.* »

Ma una volta avvenuta la identificazione tra usus e possessio, avverrà anche che la dottrina del possesso si svolgerà tutta, come si intende, in seno alla usucapio (71). Chè anzi, la classificazione delle specie di possesso — ora vastissima, chè dalla usurpazione e all'acquisto in rito va al precario, al sequestro, al pegno, alla fiducia e al Dominium, — la classificazione delle fattispecie della Poss modellerà ora su quella delle causae usucapiendi.

Ed ciò prova testualmente il fr 3. 21. D 41. 2: *Genera possessionum tot sunt quot et causae acquirendi quod nostrum non sit* (72).

Se una evoluzione della Poss, come si è visto, è innegabile, non può tuttavia credersi che anche la giurisprudenza repub-

Il fr non fu ritenuto gen dal SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cfr. KNIEP, *Gai institutionum Commentarius*, Jena 1912, I, 117, in quanto usufrutto e poss sono due istituti così diversi da non poter essere confusi nemmeno con un vel. D'altra parte non è pensare che nella specie si sia alla presenza di una rilassatezza da parte di Gaio che qui non parlerebbe un linguaggio tecnico (così invece ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni cit.*, 178). Infine sarebbe da escludere qualsiasi estensione di concetti civilistici a fondi provinciali, come pure da rigettare sembra ogni ipotesi di una manifestazione sui generis del diritto provinciale. Probabile mi sembra la costruzione del CARRELLI, *Possessio vel usufructus*, in *St. ed Doc.*, 1935, secondo il quale Gaio vuole alludere soltanto alle facoltà di usare fruire e detenere la terra spettanti ai concessionari degli agri stipendiari e tributari delle provincie. Nella frase « possessionem vel usufructum » vi sarebbe un reliquato della più antica « uti frui habere possidere ». Secondo il nostro modo di vedere, avvalendoci in parte delle conclusioni del Carrelli, Gaio usa la frase per alludere alle facoltà in senso economico spettanti ai concessionari. Si ha così una riprova che la frase « uti frui habere possidere » non costituisce l'antecedente onomastico della possessio e del possidere, ma una terminologia più evoluta (il verbo possidere e la voce possessio vi sono inclusi in cui si vuol descrivere economicamente il fenomeno).

71. I classici trattano del possesso a proposito della usucapio (ROTONDI, *Possessio*, cit. Introduzione in f.). E si spiega: per essi è oramai vero che il fenomeno della usucapio è legato alla vera possessio.

72. Gen. nella parte cit. Sulla itp del resto ALBERTARIO, *Bull.*, 1932, 30.

blicana non abbia avuto della Poss un concetto preciso ed univoco (73).

Che in Cicerone le voci *possessio* e *possidere* abbiano un multiforme impiego e passino dal *dominium* all'*usufrutto*, si spiega pel fatto che Cicerone sente appunto il carattere economico della Poss: non è l'*usufructus* uno sfruttamento edonistico della *res* così come ora la Poss? e non ha la *usucapio* (ora che *usus* è prossimo al possesso) anche il *fiduciante* (*cum amico*), cui la *res* sia stata data in detenzione (74)? Certo la differenza tra *usus* e possesso è nel piano della signoria; ed ecco che Cicerone stesso non insiste sul possesso dello usufruttuario, ed affida le sue buone ragioni alla dimostrazione che il suo cliente ebbe in effetti per altra via lo effettivo possesso del fondo (75). Segno che lasciava in tal modo la via nuova per la vecchia e sicura.

Restano ancora da giustificare Bruto e Manillo da una parte, Q. Mucio dall'altra. Bruto e Manilio affermarono il possesso del tesoro incorporato al fondo, ma di cui si ignora la esistenza. Ma questo, come abbiamo altrove detto, è un rudero della più vetusta concezione secondo la quale il tesoro è parte integrante

73. E' la scuola del c. d. svolgimento dottrinale della teoria del possesso, che ebbe i suoi fautori nello JERING, *Besitzwille*, cit.; RICCORONO, *La teoria del possesso*, A. G. 50^o, 227 ss.; (su di lui BONFANTE, *Corso*, III, 174 ss.); COSTA, *Cicerone*, cit., I 122 ss.

Non negheremo e non abbiamo negato nel corso di quest'opera (lo abbiamo anzi affermato) che la Poss non abbia avuta una evoluzione. Ma non ci sentiamo di affermare che della Poss, ancora al tempo di Cicerone, non siano ancora ben definiti i termini e gli estremi (COSTA, cit. l. c.), quasi che quando già tutti gli *ius pretori* erano stati prolati, quando la *exceptio* era stata inserita, e le figure del *precarista*, del *creditore pignoratizio* ecc. ecc., si presentavano come anomale (Sabino e Trebazio han già dovuto ricorrere, e poco dopo Cicerone, alla dottrina del doppio possesso), possa ancora pensarsi che la Poss sia in uno stato di nebulosa non avente una fisionomia propria!

74. Cfr. cap. che precede.

75. Sul testo di Cicerone, cfr. COSTA, *Le orazioni di diritto privato di Cicerone*; e CICERONE, cit., l. c., e bibl. *ivi*.

del fondo (76), come i minerali preziosi che la terra possa racchiudere. Opinione non certo conforme a quella di Paolo, il quale appunto la critica. Ma è opportuno osservare da vicino il testo:

PAULUS, LIV ad Ed.:... Ceterum quod Brutus et Manilius putant cum, qui fundum [longa possessione] (77) (usu) cepit etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat, [sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse]. Quidam puntant Sabini sententiam veriolem esse, nec alias eum qui scit possidere nisi loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra; quibus consentio.

Affermerei che oltre le itp. già segnate dalla scienza romanistica sin qui, altri innesti di virgulti giustiniani ha subito il testo di Paolo. Che frattanto ricostruirei così:

... Brutus et Manilius putant eum qui fundum usu cepit etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse (.....) Quidam putant Sabini sententiam veriolem esse, nec alias possidere thesaurum, nisi loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra; quibus consentio.

Le ragioni che mi inducono ad operare di critica sul fr sono queste:

Paolo, dopo aver esposto la dottrina di Sabino appare soggiungere veementemente « non est verum ». Egli dunque già così avrebbe opposto il suo dissenso alla dottrina dei due antichi giureconsulti. Egli anzi darebbe anche la motivazione del suo contrario parere. E sorvolo pel momento sull'inciso « sed et esse », di cui si è incaricato l'Appleton. Paolo poi ricorderebbe

76. PAMPALONI, *Il concetto giuridico del tesoro*, St. Bologna, 1889; PEROZZI, *Istituzioni*, cit. I, 690, 2.

77. LENEL, *Pelíngenesia*, ad h. L.

che Sabino espose una dottrina secondo la quale il tesoro non può essere posseduto se non sia stato loco motus. Paolo qui interverrebbe novamente per schierarsi dalla parte di Sabino. Ma è proprio la prima dichiarazione di Paolo che diventa strana se si accetta per buona la seconda: e così viceversa. Infatti la prima volta Paolo ha già detto che la tesi di Manilio e Bruto non è accettabile.

Se nella seconda dichiarazione Paolo parteggia per Sabino e richiede addirittura un loco movere, a maggior ragione doveva, si, negare il possesso in favore dell'insciens, ma non si spiega allora perchè non abbia manifestato appieno il suo parere sin dalle prime battute. Invece ha dichiarato, il suo dissenso con una giustificazione che è un idem per idem. Infatti: Paolo doveva, opponendosi a Manilio e a Bruto, dichiarare perchè egli non si sentiva di poter accogliere la tesi dei due vecchi giureconsulti. Ora Bruto e Manilio avevano affermato il possesso del tesoro nella considerazione che esso è parte integrante del fondo, è il fondo stesso, è pars fundi (come si esprime Gaio a proposito dei fructus pendentes: D. VI. I. 44). Ora chi voglia vincere la tesi dovrebbe appunto replicare che il tesoro non è pars fundi! Paolo invece esce con questa tirata: « non est verum: is enim qui nescit non possidet thensaurum, quamvis fundum possideat ». Il che significa non dare alcuna spiegazione, pur volendo aver l'aria di darne una e tale da vincere la dottrina di due vecchi maestri. Anzi, se una spiegazione v'è nella frase in esame, è nella osservazione, *implicita*, che è necessaria una scientia, un animus specialmente rivolto alla cosa che si vuol possedere. Ma anche questa è una giustificazione per modo di dire. Come se per negare che si possieda o si usucapisca con l'anello la gemma, possa dirsi che è necessario un animo specialmente rivolto alla gemma e non all'anello, e come se in tale caso non sia necessario affer-

mare invece che la gemma non è considerata parte integrante dell'anello.

Il periodo « se et - esse » non può essere gen. perchè con esso si travisa la vera fattispecie, che è di un tesoro, e di cui, quindi, non extat memoria sia della depositio sia, quindi, del proprietario (78).

Il periodo « quidam - nostra », nella attuale redazione è dei più sconquassati che mente ostica alla logica e alla grammatica abbia potuto mai concepire. Si noti: soggetto di possidere è « eum qui scit » (nec alias eum qui scit possidere). Lo stesso soggetto deve forzosamente presupporre per gli altri due verbi che seguono il « quid scit possidere »: nec alias eum qui scit possidere nisi si ille qui scit loco moto sit, quia ipse non sit sub custodia nostra ». Non altrimenti è dato sentire quel testo ove non si corregga e integri mentalmente altrimenti.

Per Quinto Mucio, il testo 3. 23 D. 41. 2 ha finalmente trovato nei più recenti interpreti la sua sistemazione adeguata. Esso non costituisce più (79) la prova di un preteso movimento dottrinale della Possessio; nè più è lecito, come sembrò a Paolo, di tacciare di inettissima la classificazione muciana. « Non è serio pensare — scrive lo Albertario (80) che un giurista, alla cui sistematica, se mai, veniva rimproverata una eccessiva sottigliezza di distinzioni e suddistinzioni, mescolasse e sconvolgesse qui la distinzione, anzi l'antitesi (esse in possessione - possessio) che avesse trovato nel testo edittale ». Il vero è, può ancora ripetersi col Maestro dell'Ateneo romano, che Pomponio (81) e, sulle sue orme, Paolo (82) non interpretano esattamente la classificazio-

78. Cfr. APPLETON, *Le trésor et la iusta causa*, cit., 10.

79. ALBERTARIO, Bull. 1932, 24 ss.

80. Cit. 1. c.

81. D. 41. 2. 12.

82. D. 41. 2. 3. 23.

ne muciana. Quando Mucio annoverava tra i genera possessionum anche il caso « si quando iussu magistratus possidemus », in cui « bona possidere praetor permittit », o si riferiva alla attribuzione interinale della cosa controversa nella procedura del lege agere, forse ancora in uso nonostante fosse stata introdotta la procedura per formulas (83), ovvero si riferiva alla attribuzione della cosa permessa dal pretore ex secundo decreto.

E che questi fossero casi che il pretore doveva includere tra i casi di Possessio, si spiega, in quanto originariamente la custodia della cosa controversa aveva carattere religioso e fu regolata da norme religiose. Gli stessi Pontefici avevano dovuto considerare tali casi come casi di Poss essendo ben credibile che, come nel sacramentum (84), così per l'oggetto litigioso vi era un deposito della res presso il collegio de' pontefici. Era logico che anche in questo caso si proibisse una turbativa e una offesa alla situazione di fatto (possessoria) creata dagli stessi pontefici (85).

Il che prova come nulla vi sia che possa far sospettare nemmeno di una pretesa evoluzione causale del poss; mentre tutto contribuisce a far ritenere il carattere sacrale della più lontana Possessio, che, se una trasformazione ebbe, come fu di fatto, l'ebbe solo in quanto si trasformò da fenomeno sacrale quale era caratteristicamente, in fenomeno economico. Le tappe, per così dire, di questa evoluzione si vollero qui tracciare.

83. Si crede che la *I. Aebutia* non abbia d'un tratto messo fuori uso la più antica procedura, ma che l'abbia lasciata in vita accanto alle formule, permettendo la scelta: *Wlassak, Röm. Prozessgesetze*, I, §§ 10 ss.; p. 193 ss.; *Joers, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, p. 174.

84. *Varro*, V, 180; *Bozza, Sull'origine*, cit., 247.

85. Come già dissi sopra non crediamo inverosimile che la tutela (autonoma) possessoria delle cose mobili, sia dovuta proprio a tale caso.

A D D E N D A

Questo lavoro era già in macchina quando ho conosciuto VOCI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano* (Pubb. Un. di Messina, VI), Milano 1938, del quale non potetti, dunque, tener conto nel testo.

Noterò qui: secondo il V., in tema di *interdictum uti possidetis*, il « quanti ea res erit » della *formula secutoria* « non può attribuire più dell'*id quod actoris interest*, perchè, dice Ulpiano (D 43. 17. 3. 11), *longe aliud est rei pretium, aliud possessionis* » (VOCI, p. 7).

Il V., anzitutto, lascia ad Ulpiano quel « *longe aliud est rei pretium, aliud possessionis* » che già il Beseler aveva sospettato (cfr. sopra IV § 4 p. 151 ss.), e, secondo me, con giusto intuito. Le ragioni formali di sospetto potrà il lettore controllare sopra a p. 152.

Aggiungo che non può nè saltarsi nè superarsi (almeno per l'epoca di Servio) la (riportata da Ulpiano) *sententia* di Servio stesso, secondo il quale « *tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est* ».

Nonostante la tesi del V., poi, penso che se è vero che la formula in esame non può attribuire « più dell'*id quod interest* », è almeno proponibile il tema se l'*interesse* dell'attore vada commisurato al di sotto, al di sopra, ovvero nella misura stessa del valore della cosa. Dire col V. (p. 49) che la attribuzione della *aestimatio rei* non sarebbe conforme allo scopo dell'*interdetto*, non convince almeno me, non fosse altro che pel fatto che ho la impressione (sopra difesa e, spero, dimostrata) non aver nemmeno i classici fatto distinzione tra la *possessio*, come ente (valutabile) a sè, e la *ipsa res*. Qualche volta si giunse soltanto a concepire una applicazione più benigna della formula, in quanto si pensò che l'attore potesse ottenere una valutazione della *ipsa res* più alta, quando connessa alla *res* fossero altre *res*. Così, finanche in tema di *a. ad exhibendum* (cfr. D 10. 4. 9. 8, che fu da noi dimo-

strato itp; *Deod.* § 11; *eod.* 10; *eod.* 12. 4), in cui, per le necessità processuali ben messe in evidenza dal V. (p. 42 ss.) la *condemnatio* corrisponde ad una *intentio incerta*.

Nè con ciò si contraddice alla nostra tesi, sia perchè resta vero che in tema di *Possessio* la formula non venne applicata mai *el di sotto* del valore della *ipsa res*; sia perchè è sempre il valore della *res* che si ricerca (anche quando la commisurazione è più alta: son sempre la *res ipsa* o le *res ad esse* connesse ad essere valutate, come avviene nella ipotesi dell'*actio de tabexhibendis*, per la quale v. sopra n. 68); sia perchè, in fine, la stessa supervalutazione della *res ipsa* si rende possibile in una epoca di transizione, in cui si va facendo strada la concezione della *Poss* come ente (che può avere una valutazione) a sè, distinta dalla *ipsa res*.

* * *

Ho citato più spesso la terza edizione delle *Istituzioni* dell'ARANCIU-RUIZ, in quanto le mie note erano già redatte in manoscritto quando l'aureo manuale apparve. Tuttavia la quarta edizione è citata quando ciò si imponeva pei nuovi apporti che la edizione recenziore dava (cfr. cap. 2° n. 24). (Sull'A. R. cfr. Grosso, recensione in A. G. 1938 estr.).

ELENCO DEI TESTI LETTERARI E GIURIDICI
PIÙ IMPORTANTI

Il numero (romano) di rinvio è al capitolo, al § o alla nota
(se la cifra è preceduta da *n*).

A

APULEIUS, II, § 8.

C

CATO, II, n. 123; II, n. 140.

CICERO, I, n. II § 2.

COLUMELLA, II, n. 7.

F

FESTUS, II, n. 111.

G

GELLIUS, II, n. 159.

H

HORATI, II, n. 87.

L

LATTANTIUS, II, n. 37.

LIVIUS, II, n. 7; n. 25; n. 40, n. 140;
145, n. 157.

M

MACROBIUS, II, 95.

O

OVIDIUS, II, n. 123.

P

PLAUTUS, I, n. 29; II, § 8; II, n. 27;
II, n. 53; II, n. 87.

PLINIUS, II, n. 7; II, n. 87.

PLUTARCHUS, II, n. 53; II, n. 95; II,
n. 111.

POLYBIUS, II, n. 40.

T

TEXTULLIANUS, II, n. 50.

V

VALERIUS MAXIMUS, II, 7.

VARRO, II, n. 50.

VERGILIUS, II, n. 87; II, n. 145.

Testi giuridici.

GAI:

I, 111: III, § 1.

10: II, n. 37.

II, 41: IV, n. 43.

58: II, § 18.

70: IV, n. 28.

76: IV, n. 28.

III, 87: II, § 18.

199: III, § 3.

201: II, § 12.

IV, 153: II, n. 86.

PAULI, R. S.

II, 19, 8: II, § 14.

CODEX TH.

VII, 21, 4: II, n. 122.

VAT. FRAG.

II, n. 122.

DIGESTA.

IV, 4. 7. 5: II, § 18.

5. 11: II, n. 37.

VI, 1. 44: IV, § 5.

2. 7 ult.: II, n. 148.

13. 1: IV, § 1.

IX, 4. 22. 1: IV, § 1.

X, 4. 9. 8: IV, § 4.

XI, 7. 8 p: II, § 10.

36: II, § 9.

44: II, § 10.

40. 3: II, n. 106.

XII, 8. 5. 1: II, § 10.

XIII, 6. 5. 15: II, n. 142.

XVIII, I, 74: II, n. 164.

XIX, 1. 2. 3: II, § 2.

XXV, 2. 2. 1: II, n. 36.

XXIX, 2. 5. 7: II, § 18.

XLI, 1. 5. 1: II, n. 164; III, § 3.

XLII, 2. 1. p: I, § 1; I, § 2.

1. 1: II, n. 148.

3: II, n. 165; II, n. 165.

15: IV, § 1; IV, § 3.

21: II, n. 164.

3. 1: II, § 1.

2: II, § 16.

3: IV, § 5.

4: II, § 2.

5: IV, § 1.

6: II, n. 142.

7: II, n. 142.

XLII, 2. 3.

8: II, § 2.

11: II, n. 183.

13: II, § 16.

14: II, § 16.

15: II, § 16.

23: IV, § 5.

25: III, n. 4.

5. 1: II, n. 164.

6. 5: II, § 9.

15: III, § 3.

17 p: IV, § 3.

18: II, § 2.

2: II, § 14.

23 p: II, § 18; II, § 18.

1: III, § 3.

29: II, n. 165.

33. 2: II, § 2.

5: IV, § 3.

36: IV, § 3.

39: II, § 9; II, n. 109.

40: II, § 9; II, n. 109.

44. 2: II, n. 183.

49. 1: II, § 9; III, § 3.

XLI, 3. 8. 1: II, n. 134.

15: II, n. 134.

16: IV, § 1.

33. 4: IV, § 1; IV, § 3.

6: IV, § 1.

44. p: II, § 11.

4: II, § 12.

7: II, n. 134.

6: II, n. 165.

XLII, 4. 7. 4: II, § 2; II, n. 148.

44. 7: II, n. 134.

XLIII, 16. I. 25: II, n. 174; II, n. 183.

35: IV, § 4.

40: IV, n. 28.

42: IV, n. 28.

43: IV, n. 28.

11: IV, § 2.

XLIII, 17. 3. 9: II, n. 142.

II, IV, § 4.

XLIII, 26. 15. 4: IV § 1; IV, § 3.

XLVI, 3. 1. 79: II, n. 164.

XLVII, 4. 1. 15: II, § 18; II, § 18.

19. 2. 1: II, § 18; II, § 18.

12. 5: II, n. 140.

II, 15. 12. 3: II, n. 134.

22. 3: II, n. 134.

29: II, n. 134.

I, 16. 60; IV, n. 28.

211: IV, n. 28.

CODEX:

I, 3. 32 (33): II, n. 122.

I, 39. 2: II, n. 122.

III, 24. 2: II, n. 122.



INDICE

Cap. 1. — PROBLEMI FILOLOGICI	Pag. 5
Cap. 2. — LA POSSESSIO COME SOVRANITÀ POLITICA E COME FENOMENO SOCIALE	» 19
Cap. 3. — USUS E POSSESSIO	» 108
Cap. 4. — LA EVOLUZIONE ECONOMICA DELLA POSS	» 119
ELENCO DEI TESTI GIURIDICI E LETTERARI	» 167

ERRATA - CORRIGE

ERRATA

p. 95 l. 15: ancora ai tempi di Giuliano Papiniano e Proculo.

p. 124, l. ult.: (adde) PEROZZI, *Ist.* I, 805, 2;

CORRIGE

ancora ai tempi di Giuliano Papiniano, forse già annunziata da Proculo, se si sopprime *non* dinanzi ad *amittitur*, in D. 4, 3, 31.

BETHMAN-HOLLWEG, *Der röm. Civilp.* I, I

ERRATA

CORRIGE

- p. 6, l. 7 termine vicinione (2bis)!
- » 6, n. 2 l. 2 ei in *rfei*
- » 6, n. 2 qui rei insistit
- » 6, n. 2 *Detention at Roman Law*
- » 6, n. 2 habere possidere
- » 6, n. 2 etnere
- » 6, n. 2 3metafora
- » 11, n. 15 *Historie*
- » 16, l. 1 testate
- » l. ult. Ubisque
- » 20, n. 3 *Handelsrechts*
- » » DogJo
- » 21, (ult. rigo della n. 4) KUEBFLE
- » 23, l. 7 repubblicata
- » 24, l. 19 dominium
- » 25, l. 14 PADELLETTI
- » 30, n. 16 cht
- » 31, n. 16 sull' « in » manu
- » 31, n. 16 perigrini
- » 31, n. 16 significato
- » 34, n. 22 ALIBRANDI
- » 35, n. 23bis SELINSOHN
- » 36, l. 2 (sommario) socranità
- » 36, n. 24 (l. 8) così come potrebbe
- » 36, n. 24 (l. 19) ma non sui fondi
e sulle servitù rustiche
- » 36, n. 24 (l. 23) 4^a ed. p. 168 n.
- » 36, l. 5 us aspetto
- » 37, n. 25 in potestate esse
- » 37, n. 25 (l. ult.) SavX
- » 40, n. 37 « liber populus is est qui
nullius alterius
- » 40, n. 37 (l. ult.) *se fuisse* Q.
- » 42, n. 42 ALIBRANDI, cit. p.
- » 42, n. 43 l. 6 (siano pure i mores)
- » 43, n. 47 adde:
- » 45, n. 49 (l. cit.) (v. oltre)
- » 46, n. 50 l. 5 pomerim
- » 48, l. 8 (v. FESTO)
- » 51, n. 70 *Bough*
- » 51, n. 70 antra cosa q. quando
- » 74, n. 130 *Prinzipien des rom.*
- » 78, l. 17 della n. giustificando
- » 100, n. 188 BETTI, in Filangieri 1916
(e sul B. v. BONFANTE.
Scritti, II, l. e)
- » 115, n. 13 SOLAZZI, *Diritto Eredita-*
rio, I
- » 142, n. 43bis *Aqueductibus*
- » 143, n. 43 Sur la loi agraire de III
- » 144, n. 50 *standpunkt... Guterlehre*
- » 166, l. 1 *Deod.*
- termine viciniore!
- ei in rei
- qui rei insistit
- Detention at Roman Law*
- habere possidere
- tenere
- metafora
- histoire*
- potestate
- ubique
- Handelsrechts*
- DogMJ
- KUEBLER
- repubblicana
- dominium
- PADELLETTI
- che
- sull' « in manu
- peregrini
- significato
- ALIBRANDI
- SELICSOHN
- sovranità
- così come potremmo indurre a credere
nonchè sui fondi e sulle servitù rusti-
che. (Sul D. V. cfr. COLIN, in RH
1937, fasc. ult.).
- 1^a ed. p. 168 n.).
- un aspetto
- « in potestate esse »
- SavZ
- liber populus is est qui nullius alterius
se fuisse »
- ALIBRANDI, cit. p. 236 e passim.
(siano pure i mores)
- DE MARTINO. *La giurisdizione nel dir-*
rom., 28
- (v. sopra p. 36 ss.).
- pomerium
- (v. FESTO)
- Bough*
- altra cosa è quando
- Prinzipien des röm.*
- giustificava
- BETTI in Fil. 1915, 324 ss., e Bu 1915,
332 ss. (e sul B. v. BONFANTE. *Scritti*,
II, 703 ss.)
- SOLAZZI, *Dir. ered.* I, 58, II, 240
- Aqueductibus*
- Sur la loi agraire de III
- Standpunkt Guterlehre*
- D. eod.*