

14 - C - 197

Ided 1149



ENRICO GANDOLFO

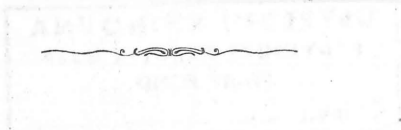
LA REVERSIO AD DOMINUM
DELLE COSE FURTIVE

1400/I.

(STUDI SULLA *LEX ATINIA*)

Inv. č. 270

Sign: 181



BOLOGNA

TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI

1885

B

LA REVERSIO AD DOMINUM

DELLE COSE FURTIVE

(STUDI SULLA *LEX ATINIA*)

I.

Genni generali sulla *Reversio ad dominum*.

§. 1.

Il principio che le cose furtive non sono suscettive di usucapione, sancito dalla legislazione decemvirale (1), attraversò inalte-

(1) Che alla legge delle XII Tavole risalga la inusucapibilità delle cose furtive è attestato da **Gaio** (Comm. 11, 45) » *Furtivam rem Lex XII Tabularum usucapi prohibet* », nonché da Giustiniano (§. 2 Inst. De usucap. 2, 6) « *nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhi-bent usucapionem* ». Ed anche **Teofilo** nel passo relativo a questo paragrafo così si esprime: ἐκώλυσε... τὴν οὐσουκαπίονα τῶν μὲν φουρτίβων ὁ δω-δεκάδελτος καὶ ὁ Ἀτίλιος νόμος. Lo stesso dichiara **Giuliano** alla L. 33 D. De usurp. et usuc. 41, 3. Il divieto, secondo dice il **Bruno** nella ricostruzione delle XII tavole che egli ha fatta nelle sue *Fontes Juris Romani antiqui* (4.^a ediz. Friburgo 1879), sarebbe stato contenuto nella Tavola ottava (Vedi **Bruno**, *l. c.* pag. 30). Invece il **Voigt** lo colloca nella tavola V (Die XII Tafeln vol. I, pag. 711. Leipzig 1883). Ecco come secondo lui sarebbe stato concepito il divieto: *nec forum bustumve nec furtum usu capitor*, intendendo per *furtum* la cosa furtiva.

Amesso però (e non è dubbio) che la legge decemvirale contenesse già il divieto in questione, resta sempre l'altra questione se essa per la prima volta l'abbia posto, o invece l'abbia trovato già nelle consuetudini antiche e, come di solito, accolto. La difficoltà parmi tale da non potersi risolvere qua in una

(Estratto dall' Archivio Giuridico, vol. XXXV, fascicoli 3-4)



rato i vari periodi durante i quali si formò la legislazione romana. Ragione di esso fu la necessità di difendere il dominus dalle conseguenze del furto patito (1). Data infatti la agevole circolazione

nota. Certo però la mancanza del vero testo delle leggi decemvirali su questo punto è un forte ostacolo, in quanto la formola legislativa ci sarebbe stata di grande aiuto, secondo i sani criteri fissati dallo stesso Voigt, per sceverare le disposizioni che han carattere più recente dalle antichissime consuetudinarie.

(1) La teoria che nella protezione del proprietario ripone il fondamento della inusucapibilità delle *res furtivae*, professata anche da Puchta (*Pandekten* §. 158, nota i) non è incontrovertibile.

Molti autori, riferendo le parole di Giustiniano al §. 14 Inst. De act. 4, 6. « *Plane odio furum* » trovarono nella proibizione di usucapire le cose furtive esclusivamente un modo di reprimere i furti; per modo che l'odio del legislatore verso i ladri sarebbe la ragione efficiente dell'istituto giuridico di cui ci occupiamo. Così Donello (*Comm. lib. V, c. 24, §. 4*) « *odio possessorum prohibentur usucapi tres species rerum* »; Lautebarch (*Collegium Pandectarum* h. t. n. XX) ecc. — Reputiamo inesatto tale insegnamento. Il passo di Giustiniano surriferito non ha alcuna relazione col tema della usucapione. Esso si riferisce invece al cumulo di azioni, che, appunto in odio dei ladri, vennero al dominus attribuite perchè potesse essere reintegrato nei suoi diritti, stati lesi dal furto.

D'altronde il vizio di furtività è un vizio che accompagna la cosa, che nuoce in conseguenza anche al possessore di buona fede. Se non la tutela del dominus, la quale ha ragione di esistere di fronte a chiunque, ma l'odio ai ladri l'avesse determinato, esso avrebbe conservato la sua efficacia solamente rispetto ad essi ed ai loro successori a titolo universale, sui quali si ripercuotono i vizi degli autori (L. 11 D. De divers. temporal. praescript. 44, 3. — L. 11 Cod. De acquir. poss. 7, 32). Ma ai successori a titolo singolare sarebbero state rimesse le conseguenze della furtività in base al principio ripetutamente stabilito dalla romana giurisprudenza « *dolum auctoris bonae fidei emptori non nocere certi juris est* » (L. 3 Cod. De peric. et comm. rei vend. 4, 48. — L. 5 pr. Dig. De divers. temporal. praescript. 44, 3. — L. 4 Cod. De rei vind. 3, 32).

È dunque inconciliabile il modo con cui funziona la inusucapibilità delle *res furtivae* con il fondamento che da tali autori ad essa si vorrebbe assegnare. Quindi è inaccettabile.

Una riprova poi della esattezza della nostra teoria sembra potersi direttamente dedurre dalla L. 1 C. De servis fugit. 6, 1. Ivi è stabilito che non ha luogo la usucapione del servo fugitivo; e ciò perchè il servo fugitivo si ritiene quale cosa furtiva « *servum fugitivum sui furtum facere* ». Della disposizione gli Imperatori Diocleziano e Massimiano ci danno anche il motivo: « *ne servorum fuga dominis suis ex quacunque causa fiat damnosa* ».

Adunque l'interesse, la difesa del dominus è la ragione efficiente del divieto di usucapire. E che quanto si dice alla d. L. 1 a riguardo dello schiavo

delle cose mobili; era evidente che la cosa rubata, una volta pervenuta a mano di un possessore di buona fede, comunque sconosciuto al proprietario, era per questo definitivamente perduta dopo il breve possesso di un anno. A siffatto grave ed ingiusto pericolo si ovviò col rendere le *res furtivae* (1), per se stesse, astrazione fatta da ogni altra indagine sulla natura del loro possesso, inette alla usucapione. Epperò, diremo col Voigt, l'*esse rem furtivam* non è già una qualifica del modo d'acquisto del possesso, ma della *res* stessa, una macchia che, indipendentemente dall'elemento sog-

fugitivo debba generalizzarsi a tutte le cose furtive non è dubbio sia perchè nel caso in esame è proibita la usucapione in quanto il servo postosi in fuga si ha appunto per cosa furtiva; sia perchè la equiparazione del servo fugitivo alle *res furtivae* espressamente risulta dal confronto dei §. 7 ed 8 Inst. De usucap. 2, 6. Infatti la parola « *quoque* » usata al principio del §. 8 dimostra che nella stessa linea vennero posti lo schiavo fugitivo e le cose furtive.

Non ci occupiamo della teorica messa innanzi dallo Schirmer (*Grundidee der Usucapion*, pag. 122) secondo la quale le cose furtive sarebbero state dichiarate inidonee alla usucapione comechè divenute per il furto cose fuori commercio. Non è tale dottrina suffragata dai testi, i quali non annoverano le furtive tra le cose *extra commercium*; ed inoltre dee rilevarsi che se le cose furtive hanno comune con quelle fuori di commercio il carattere della inabilità alla usucapione, ciò non autorizza ad assimilarle, perchè non tutte le altre regole che sono proprie delle cose *quarum commercium non est*, ricevono applicazione per quelle semplicemente macchiate di furto.

(1) La inusucapibilità delle *res furtivae* è provata da molti passi delle Fonti: L. 4, §. 6, L. 24, 33, 49 D. h. t. — L. 7, §. 3 D. Pro emptore 41, 4. — L. ult. D. De vi bonorum rapt. 47, 8. — L. 10 C. Quod cum eo. 4, 26. — L. 10 C. De furtis 6, 2. — L. 1 C. De servis fugit. 6, 1. — L. 2 C. De usucap. pro donato 7, 27. — L. 1, 7 C. De usuc. pro emt. 7, 26 — §. 2 Inst. De usucap. 2, 6. — Inutilmente ad una regola si costantemente enunciata saprebbe contrapporre il frammento di Alfeno Varo (L. 34 D. h. t.) « *Si servus insciente domino rem peculiarem vendiderit: emptorem usucapere posse* », quasi che fosse in esso detta possibile la usucapione di una cosa furtiva, quale sarebbe quella distratta dallo schiavo ad insaputa del padrone. Perocchè, senza che occorra per conciliarlo con tutti i succitati correggere il testo o violentarne il senso, è ovvio lo scorgere che in esso si presuppone la vendita fatta da uno schiavo di una cosa appartenente al peculio da esso amministrato. Si tratta perciò di una alienazione che lo schiavo era autorizzato a fare anche senza la scienza del padrone (L. 14 pr. D. De adq. vel am. poss. 41, 2. — L. 15, §. 3 D. De div. temp. praescrip. 44, 3). Manca quindi la furtività; e perciò ha ragione di procedere la usucapione. (Vedi Ruggieri, *Il possesso in diritto romano* §. 571).

gettivo del possesso, le è inerente in ogni tempo e in mano di chiunque, eccettuato il proprietario. È in relazione con questo il concetto del *commercium rei* (1).

§. 2.

La ragione del divieto di usucapire le cose furtive segna necessariamente i limiti entro i quali la proibizione medesima funziona. Se la difesa del proprietario derubato è il motivo per cui le cose furtive non si usucapiscono, un cosiffatto ostacolo alla usucapione deve cessare ove venga meno la ragione di difendere colui che fu vittima di un furto. Lo ammettere la indefettibile applicazione del precetto « *quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto* » il prescrivere che il furto imprima sulla cosa una macchia incancellabile, sarebbe stato in molti casi un andare contro la intenzione della legge, un arrearar allo stesso dominus che si voleva tutelare quel maggior danno che potea derivargli dal segregare in certa qual guisa dal comune commercio quelle cose che fossero state l'oggetto di un furto.

Allo spirito eminentemente pratico degli antichi romani non sfuggì il valore di tali riflessioni. Epperò il precetto della inusucapibilità delle cose furtive, in modo assoluto scritto nelle XII Tavole, dovette mercè la elaborazione dei prudenti ricevere la sua correzione, veder delineati i suoi giusti confini. Venne ammesso che il divieto della usucapione si estingue, che il vizio si purga (*vitium rei purgatur*) quando la cosa furtiva sia ritornata in potere del derubato. Un tale principio ebbe ad essere sanzionato coll' autorità del verbo legislativo mediante la legge *Atinia*, nella quale fu espressamente disposto che il vizio della furtività cessa, che la cosa cioè ridiventa usucapibile, qualora « *in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur* ».

(1) Daher ergibt sich das rem furtivam esse eine Qualifikation nicht des Besitz-Erwerbmodus, sondern der res selbst, einen Makel, welcher derselben unabhängig von dem subjectiven Hutbestande des Besitzes für alle Zeiten und in eines Ieden ausser des Eigenthümers Hand anhaftet. Damit verwandt ist die Vorstellung vom *Commercium rei* §. 36. (Voigt, *Die XIII Tafeln*. Leipzig, 1883, II. §. 91, pag. 229, nota 18).

§. 3.

Le XII Tavole avevano vietato l'usucapione delle cose furtive. La legge *Atinia* ebbe a ritornare su questo divieto. In ordine a questa legge molte questioni si fecero, nè di fronte alle poche notizie che si hanno è possibile dare una sicura risposta.

In qual'epoca fu fatta? Dal passo di **Aulo Gellio**, il quale si può affermare il più importante per determinarne il contenuto, risulta che **Q. M. Scevola**, **Manilio** e **Bruto** disputavano di questa legge, e dalla questione in esso proposta se il disposto della legge fosse applicabile alle cose rubate prima della sua promulgazione può desumersi si discorra di legge che da non molto era pubblicata, trattandovisi un punto di diritto transitorio (**Gellio** XVII, 7). Ma da ciò al dire col **Pagenstecher** che forse è autore della legge **L. Atinio Labeone** dell'anno 557 di Roma, vi è un gran salto (1): solamente si può affermare che è anteriore a **M. Scevola** (2).

Più importante certo per noi è la questione relativa al contenuto della nostra legge. E anche su ciò gli avvisi sono diversi.

Vi ha chi alla *Lex Atinia* attribuisce la introduzione della purgazione del *vitium furtivitatis*.

Così il **Maynz** (l. c. pag. 741) afferma:

« Cette dernière disposition fut confirmée par une loi *Atinia*, qui *introduisit* en même temps le principe que le vice inhérent aux choses volées disparaît dès qu'elles sont rentrées en pouvoir du maître ».

E il **Pagenstecher** (Op. cit. II, pag. 272): « sembra in generale che disposizioni nuove nella legge *Atinia* sieno quelle relative alla *vitii purgatio* ».

Altri invece veggono la novità solo nella fissazione di un termine oltre il quale vien meno la responsabilità di colui che ci ha trasmesso la cosa: spieghiamo questo concetto che ora è pure del **Voigt** (*Die XII Tafeln* II, pag. 240). La disposizione delle XII tavole relativa all'usucapione è, come si sa, così concepita: *usus auctoritas fundi biennium caeterarum rerum annus usus esto*. Noi

(1) **Pagenstecher**, *Das. röm. Lehre vom Eigenthum*. Heidelberg 1857-1859, II. pag. 217, §. 10.

(2) **Maynz**, I. §. 110, nota 13.

non ci fermiamo sulle varie interpretazioni date di questo passo, ci contentiamo solo di riferirci in proposito al riassunto fattone dal **Fadda** nelle sue lezioni di diritto romano (Genova 1884, numeri 236 e seg. pag. 271 e seg.). Il senso di questo ci pare sia quello determinato dallo stesso (n. 242, pag. 274) seguendo il **Salmasio**, il **Mommsen** ed il **Voigt**. L' *usus* e l' *auctoritas* sono due termini, due cose distinte: l' *usus* si riferisce allo stato di fatto, al possesso; l' *auctoritas* alla garanzia del mancipante. Il testo perciò suonerebbe così: tanto il possesso (che ha l' usucapiente), quanto la garanzia (dovuta dal mancipante) debbono durare rispettivamente due anni od un anno.

Ciò posto, è opinione del **Voigt** (II. p. 240) che la legge delle XII Tavole abbia solo vietato l' usucapione senza preoccuparsi della responsabilità del mancipante. L' armonia fra i due termini congiunti nella disposizione or ora citata era rotta per le cose furtive. Chi in buona fede avesse acquistato una *res furtiva*, da un canto non avrebbe potuto usucapirla, dall' altro dopo un anno avrebbe, sempre in forza di quella disposizione, perduta la *auctoritas*. Talchè per lo più il ladro avrebbe goduto del frutto del furto, e il terzo di buona fede sarebbe stato danneggiato. A ciò avrebbe rimediato la *Lex Atinia* dichiarando che come mai si compiva la usucapione così mai sarebbe cessata la responsabilità del *mancipio dans* e l' azione relativa del *mancipio accipiens*. E per base di questa supposizione si prende il testo della legge Atinia riferito da **Gellio**: *quod subruptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto* (**Bruns** p. 43) dove *auctoritas* avrebbe il significato voluto dal **Salmasio** e dal **Mommsen**.

Nulla di sicuro si può affermare in proposito. Per noi le risultanze probabili sono queste.

La legge Atinia provvede a un bisogno e stabilisce una disposizione nuova affatto, che non era nemmeno nella interpretazione de' prudenti. Ciò prova il passo di **Gellio**, che fa una questione di diritto transitorio. Se il principio della legge Atinia fosse stato già introdotto nel *jus receptum* tal questione era oziosa. E dopo ciò la maggior probabilità sta per l' opinione del **Voigt**; perchè appunto soddisfa ad un bisogno urgente, il rendere eterna la responsabilità del mancipante, e perchè il testo dato da **Gellio** è chiaro. Ma confessiamo che anche l' altra opinione ha una parvenza seria di verità. I passi del Digesto che parlano della legge Atinia si occupano della *purgatio vitii*; è il testo della legge Atinia che forma oggetto

di commento, come poscia quello delle *Leges Iulia et Plautia* per le *res vi possessae*, e della *Lex Iulia repetundarum* per le cose donate ad un magistrato. Nel dubbio non crediamo poter dare una risposta recisa: la scienza si deve fermare quando le Fonti sono insufficienti a farla progredire. Popolare il campo della scienza d' ipotesi è facile. Ma è utile?

§. 4.

È detto nella legge Atinia che la *macula furti* si cancella purchè la cosa « *in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur* ».

Volendo studiare lo svolgimento che questo principio ha ricevuto nella romana giurisprudenza ci sembra naturale di uniformarci all' ordine tracciato dalla lettera della legge stessa e di bipartire la nostra trattazione. Dapprima diremo in potere di chi debba ritornare la cosa perchè ne venga purgato il vizio: poscia esamineremo in che cosa consista questo ritorno.

II.

Purgazione del vizio nella cosa furtiva in rapporto alla persona che la riacquista.

§. 5.

Il testo della legge sembra esaurisca in modo assai facile la prima delle nostre trattazioni. Infatti la interpretazione letterale di esso induce, senz' altro, a stabilire che alla purgazione del vizio si faccia luogo ogni qualvolta la cosa ritorni nel potere di colui che la deteneva al momento del furto « *ejus cui subrepta est* ».

Nel concetto della legge Atinia, la reintegrazione dello stato di cose preesistente al furto appare sufficiente perchè gli effetti del delitto, per quanto ha tratto alla usucapibilità della cosa rubata, sieno annullati.

Ma la interpretazione dei giureconsulti le attribuì un significato diverso. Essa spiegò la legge Atinia nel senso che la reversio dovesse aver luogo a favore del dominus, che cioè la cosa dovesse ritornare nel potere, non di colui che ebbe ad essere materiale vittima del furto, ma bensì del padrone della cosa che ne fu l' oggetto. Ciò è attestato in modo incontestabile da molti passi delle Fonti.

Anzitutto **Paolo** lo dichiara formalmente: « Quod autem dicit Lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur: sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti: non in ejus utique, cui subreptum est. Igitur creditoribus subrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet ».

Il principio trovasi confermato da altri passi. L. 10 C. De furtis 6, 2.

« Si abducta mancipia furto vel plagio, venundata Praeses provinciae perspexerit, cum nec ab emptore propter cohaerens vitium, antequam ad dominum possessio revertatur, (haec) usucapi possint..... »

L. 12. eod.

« Ancillae subtractae partus apud furem editi, priusquam a domino possideantur, usucapi nequeunt..... »

L. 7. C. De usuc. pro emptore 7, 26.

« Sciens servum alienum contra domini voluntatem venundans, furtum committit. Quod rei vitium priusquam ad dominum ejus revertatur possessio, non permittit usucapionem fieri, licet bona fide possideatur (1) ».

La reversio al dominus, che la interpretazione indusse per le cose furtive, venne precisamente designata a riguardo delle *vi possessae*. Il che, avvertiremo collo **Schirmer** (2), dà un mezzo cronologico per determinare l'epoca della avvenuta mutazione.

L. 6. D. De vi bonor. raptor. 47, 8.

« Quod vi possessum raptumve sit, antequam in potestatem domini, heredisve ejus perveniat, usucapi lex vetat ».

L'essersi la *Lex Atinia* voluta riferire esclusivamente al dominus sembrò cosa sì ovvia che perfino alle parole della legge credè **Paolo** sostituire quelle di dominus, come appare dalla L. 215 D. De verb. signif. 50. 16. « In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si ejus vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt ».

Una analoga sostituzione di parole noi troviamo nella legge

(1) Adde L. 84, 76 D. de furtis 47, 2. — L. 32 pr., 41, 42 D. h. t. — L. 7, §. 3 D. Pro emptore 41, 3, e le altre di cui dovremo più particolarmente occuparci, le quali tutte presuppongono il ritorno al solo dominus quale condizione indispensabile a torre il vizio di furto.

(2) Grundidee der Usucapion pag. 144.

Iulia repetundarum nella quale, per indicare che la cosa, in ispreto di essa legge donata al Proconsole od al Pretore, dovea ritornare al proprietario per ridiventare usucapibile, si usa una locuzione non molto dissimile da quella adoperata dalla legge Atinia « priusquam in potestatem ejus, a quo profecta res sit, heredisve ejus veniat (1) ». Ciò prova, come opportunamente rileva il **Ruggieri** (2), che le espressioni di dominus e quelle contenute nella legge Atinia ed *Iulia repetundarum* erano usate indistintamente.

Quanto dicemmo dimostra il come su questo punto della purgazione del vizio di furtività sia andata progredendo la legislazione romana. La *Lex Atinia* ci indica il punto di partenza del nostro istituto. Per essa, perchè scomparisse la furtività, non si richiedeva che il ritorno della cosa nel suo primo stato. Ciò è naturale per un periodo rudimentale. Con tale ritorno gli effetti apparenti del furto erano cessati: le cose dovevano rientrare nella condizione in cui si trovavano al momento del fatto delittuoso. Però, maturandosi la coscienza giuridica romana, si venne a riconoscere che colui che ruba una cosa non la toglie solo al detentore attuale, ma anche al proprietario; si pensò che il furto costituisce essenzialmente una violazione dei diritti patrimoniali del dominus, ed è specialmente rivolto contro la proprietà, anzichè contro il diritto di coloro che poteano per avventura trovarsi a detenere la cosa. Di qui la necessità di non ammettere la estinzione del vizio, se non alla condizione che le precedenti relazioni patrimoniali violate dal furto venissero reintegrate (3). A ciò si provvide, secondo il metodo con-

(1) L. 8, §. 1 D. De leg. Iulia repet. 48, 11.

(2) **Ruggieri**. *Il possesso in diritto romano* §. 579, not. 2.

(3) Egli è vero che nel concetto romano talvolta evvi furto senza che venga offeso il proprietario. Questi anzi può essere l'autore del furto sulle cose proprie a danno di colui che la detenga legittimamente ossia con diritto di usarne o di possederla, come sarebbero l'usufruttuario, il creditore pignoratizio e simili. A ciò si rannoda la tripartizione romana del furto in *furtum rei*, *furtum usus* e *furtum possessionis*. Notiamo in questo punto: 1° che non è cosa incontrovertibile l'ammissibilità della accennata tripartizione del furto. Consulta al riguardo: **Vangerow**, *Pandekten* §. 579, n. 1; **Maynz**, *Cours de droit romain* §. 269, n. 14, e specialmente il recente lavoro dello **Schirmer** (*Zeitschrift f. d. Savigny-Stiftung* vol. V, fasc. ultimo) sulla distinzione tra *furtum rei*, *furtum usus* e *furtum possessionis*, che egli rigetta assolutamente: 2° che nel tema della furtività relativamente alla usucapione non si tratta che del vero *furtum rei*, non insorgendo quanto alle altre figure di furto il vizio di furtività. Ma su ciò dovremo più diffusamente intrattenerci nel seguito del nostro lavoro: V. §. 15 seg.

sueto dei giureconsulti romani, col modificare, senza apparenti innovazioni, mediante il lavoro della giurisprudenza, la effettiva portata della *Lex Atinia*.

E colla succennata interpretazione i giureconsulti colsero il punto giusto: essi determinarono esattamente la linea, al di là della quale le cose furtive devono rientrare nel dominio del diritto comune.

E per fermo nella difesa del dominus vedemmo il motivo per cui le res furtive non sono oggetto idoneo d'usucapione. Ora egli è col riaversi la cosa dal padrone che veramente può dirsi cessato il torto lui stato fatto e la conseguente necessità di una ulteriore protezione. Effettivamente da questo momento soltanto ogni ragione di usucapibilità è venuta a mancare. Preordinata questa difatti ad eliminare l'ostacolo che un giusto possesso avrebbe sollevato al riacquisto della cosa, non ha più ragione di sussistere quando la cosa venne recuperata. Nè sembrò sufficiente il semplice ritorno della cosa in potere di colui al quale fu tolta, perchè la piena riparazione dell'ingiuria non si può scorgere che nella restituzione della cosa fatta al dominus, mentre che equivoca in molti casi sarebbe la condizione del proprietario, ossia la sua azione sulla cosa furtiva, ove, dopo avvenuto il furto, la cosa avesse puramente fatto ritorno presso colui che la deteneva al momento del delitto.

Riteniamo adunque quale principio generale quello che il vizio inerente alle cose furtive non è purgato se non quando esse sieno ritornate nel potere, nella sfera d'azione, del proprietario.

Tale principio però, sebbene giusta il portato delle Fonti sia esattamente formulato, quando venga messo di fronte ai casi contingibili nella pratica della vita non si presenta sempre di una facile e recisa applicazione. Esso ha bisogno di interpretazione; vuol essere coordinato con altri principii, i quali non meno incontestabilmente sono ricevuti. È quanto venne fatto dai giureconsulti romani.

§. 6.

Sottratta una cosa appartenente ad un pupillo, si riterrà per essa purgato il vizio reale della furtività quando sia ritornata, non in potere del pupillo, ma in quello del tutore? Certamente, in applicazione della legge Atinia, deve dirsi purgato il vizio colla re-

versio al pupillo, perchè egli è il proprietario della cosa. Così vien precisamente disposto alla L. 4, §. 11 h. t. « Si pupilli res subrepta sit, sufficere dicendum est, si tutor ejus sciat, rediisse eam in domum pupilli. »

Si esige solo la scienza del tutore; perocchè questo elemento di una valida reversio non potrebbe venir posto in essere dal pupillo.

Quello che si dispone del pupillo vale per il furioso essendo identica per entrambi la ragione di decidere. Lo prova la parte finale del §. 11 surriferito, nella quale si soggiunge « *Et si furioso sufficere curatores scire.* »

Ma per il tutore fa difficoltà il non essere egli, ma bensì il pupillo, il padrone della cosa. Mancherebbe col ritorno presso di lui la vera reversio ad dominum, e perciò il vizio dovrebbe continuare a sussistere. Tuttavia contrario è lo insegnamento delle Fonti. La *maculi furti* scompare quando anche la cosa sia tornata nella cerchia d'azione del solo tutore. Così la L. 56, §. 4 D. De furtis 47, 2 Iulianus (Lib. 22 Digestorum).

« Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest: et si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse: quia tutor domini loco habetur. »

La reversio appo il tutore toglie di mezzo la furtività della cosa. E Giuliano ne dà una ragione perspicua, riposta nei rapporti correnti fra tutore e pupillo. Il ritorno al tutore è a ritenersi come avvenuto presso il pupillo « *quia tutor domini loco habetur* » (1).

Tuttavia la regola che il ritorno al tutore sana la furtività della cosa rubata al pupillo non corre quando il furto della cosa sia stato commesso dal tutore.

(1) In altro punto del Digesto (L. 27 D. De adm. et peric. tut. 26, 7) è riferito un frammento di Paolo nel quale si afferma che « *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet.* » Tale massima, a somiglianza di quella scritta alla L. 56, §. 4 surricordata, va intesa, com'è noto, in modo diverso a seconda sia del periodo della storia del diritto nel quale si studino le attribuzioni del tutore, sia degli atti speciali del tutore che si prendono di mira. Ma nel tema nostro non dobbiamo soffermarci a siffatte distinzioni; perocchè non essendo la reversio al tutore una cosa che possa nuocere al pupillo, e risolvendosi d'altra parte in un mero fatto in cui la sfera d'azione del tutore o non entra, od entra solo per favorire il pupillo, non è a far al riguardo questione sulle facoltà più o meno estese del tutore in ordine alla gestione del patrimonio pupillare.

Lo stesso **Giuliano** appose una simile limitazione, scritta alla L. 7, §. 3 D. Pro emptore 41, 4.

« Si tutor rem pupilli subriperit, et vendiderit: usucapio non contingit, prius quam res in potestatem pupilli redeat. »

Con incisiva locuzione giustifica la fatta eccezione « *nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat.* »

Alla proposizione di Giuliano potrebbe, egli è vero, obiettarsi che, perdurando, anche dopo il furto, il tutore nelle sue funzioni, sussisterebbe sempre la ragione per cui il ritorno presso di lui debba aversi come avvenuto presso il pupillo.

Ma correttamente fu ricevuta una contraria sentenza, perchè non era ammissibile che il ritorno al ladro, non proprietario della cosa, valesse a purgare il vizio della furtività. Per vero, di fronte ad un tutore reo, gli effetti del furto non possono per il pupillo dirsi cessati che coll' effettivo ritorno presso di lui. La reversio allo investito della tutela, autore del furto, è a ritenersi piuttosto una continuazione del furto, che una reversio ad dominum.

Il semplice ritorno al tutore da solo è equivoco: però non dee negarsi che se il tutore la cosa riacquistata effettivamente riponga nel patrimonio del pupillo, ne usi nello interesse dello stesso, dovrà in tal caso dirsi sanata la incorsa furtività, perchè la reversio al tutore, accompagnata da questi atti costituisce un vero ritorno al proprietario. Non può dirsi che in tale evenienza la cosa non sia ritornata *in potestatem pupilli*.

I frammenti 4, §. 11 h. t., 56, §. 4 De furtis e 7, §. 3 Pro emptore, intorno ai quali ci siamo finora trattenuti, vennero in modo diverso dal nostro interpretati dal sommo **Cujacio**. L'autorità del giureconsulto ci impone di non passar sotto silenzio la sua dottrina.

Cujacio ragiona così: le cose del pupillo non sono usucapibili. Le L. 4, §. 11 e 56, §. 4 succitate indurrebbero a stabilire che la cosa rubata al pupillo, perduto il vizio della furtività, possa essere oggetto idoneo di usucapione. Esse con ciò contraddirebbero al principio della inusucapibilità in ordine alle cose appartenenti ai pupilli. Quindi altro deve essere il loro significato. Egli le spiega nel senso che in esse non si contempli la ipotesi del furto di una cosa propria del pupillo; ma bensì quello di una cosa dal pupillo semplicemente posseduta. In tal caso, egli dice, cancellata la macchia del furto

col ritorno al pupillo possessore, questi continuerà la cominciata usucapione (1).

Pensiamo che le riflessioni del giureconsulto di Tolosa non debbano smoverci da quanto sopra abbiamo esposto.

La lettera dei testi prima di tutto ripudia la proposta supposizione « *Si pupilli res subrepta sit* » si legge nel d. §. 11. Ora la espressione *pupilli res* indica che **Paolo** volle intendere cosa propria del pupillo; giacchè la espressione sarebbe stata inesatta e contraria a quella usata dai giureconsulti, se riferita ad un pupillo semplicemente possessore.

Il frammento di **Giuliano** concorre a rafforzare il concetto. Si dice in esso che la reversio al tutore è sufficiente « *quia tutor domini loco habetur.* » Si aveva dunque da **Giuliano** in mente la qualità di dominus del pupillo, e non quella di mero possessore.

Oltre a ciò, nel suo sistema, potrebbe opporsi a **Cujacio** che lo scomparire del vizio di furtività non pregiudica la inusucapibilità derivante dalla età del proprietario. Sono due vizi distinti, ciascuno dei quali fa il suo corso: cessato l'uno, può rimaner l'altro. Ma l'argomentazione del **Cujacio** rimane scalzata dalla sua base ove si rifiuti la inusucapibilità delle *res pupilli*, ch'egli, senz'altro, presuppone. Sappiamo difatti che tali cose potevano essere usucapite; salva la *restitutio in integrum* accordata al pupillo, la quale della usucapibilità è una riprova (2).

§. 7.

Altra ipotesi in cui i principi della legge Atinia poteano nella loro applicazione suscitare difficoltà si è quella contemplata dalla L. 4, §. 8 h. t. « *Ideoque et si servus meus rem mihi subriperit, deinde eamdem loco suo reponat, poterit usucapi; quasi in potestatem meam redierit.* » Uno schiavo ruba una cosa al suo padrone. Poscia la ricolloca nel luogo istesso in cui era prima

(1) **Cujacio**, Commentarius ad Tit. Digestorum; tit. de usucap. et usuc., in L. 4, §. 11.

(2) Consulta al riguardo: L. 2 D. De eo qui pro tut. 27, 5; L. un. C. Si adv. usucap. 2. 36; L. 4, §. 24 D. De doli mali exc. 44, 4. Tuttavia il principio che le cose del pupillo sono soggette alla usucapione, se incontestabile nel diritto antico, è invece controverso secondo il diritto giustiniano.

del furto. Si decide che la cosa potrà usucapirsi, perchè si reputa ritornata in potere del padrone.

La stretta interpretazione della legge Atinia avrebbe anche in tal caso esclusa la purgazione. Il furto venne commesso; la cosa acquistò la *macula*. Il ritorno al dominus, e non allo schiavo, doveva farla scomparire.

Ma, in siffatta contingenza, attesa la mancanza di danno e di scienza nel padrone, si preferì di riguardare il furto come neutralizzato dal successivo pentimento, di avere il fatto per non avvenuto. La restituzione della cosa al luogo primitivo fatta per opera dello schiavo autore della sottrazione si reputò quale una specie di reversio al padrone. E che tale sia stata la mente del giureconsulto lo si desume dalle parole « *quasi in potestatem meam redierit* » le quali dimostrano non essersi verificata una vera reversio; ma bensì un fatto che ad essa è assimilato.

Tutto ciò però è vero semprechè il dominus abbia ignorato il furto e la successiva ricollocazione commessa dallo schiavo; perocchè solo, nella sussistenza di simili circostanze, ricorrono le condizioni per le quali veramente si può pel padrone stimare la sottrazione come un fatto non avvenuto. Qualora invece il furto si fosse scoperto dal padrone, si rientra nello stato normale. Il recupero deve essere fatto secondo le regole comuni. Non è più idonea la quasi reversio, opera dello schiavo, insciente il padrone. Questi, come sepe del furto, deve anche essere informato del ritorno della cosa in suo potere. Così completa Paolo la regola enunciata nel frammento surriferito « *utique si nescii; nam si scivi, exigimus, ut rediisse sciam in meam potestatem.* »

Prima di chiudere il presente argomento non crediamo poter omettere un sagace rilievo fatto da Paolo nel §. 9 della d. L. 4. Se lo schiavo si faccia a detenere la cosa da lui sottratta al padrone come faciente parte del suo peculio « *peculiari nomine* » non si dirà esservi stata reversio al dominus.

« Item, si eam rem, quam servus subripuerit, peculiari nomine teneat, non videri in potestatem meam reversam. »

Ciò si spiega riflettendo che coll'ascriberla fra le cose peculiari, lo schiavo non rimette la cosa nella condizione in cui si trovava prima del furto. Invero la reversio non altrimenti ha luogo, come sentenziasi nel passo succitato « *nisi ita habere coeperimus, quemadmodum habuimus antequam subriperetur.* »

Perchè possa esservi, in tal caso, vero ritorno è mestieri che

il padrone, sciente, abbia tollerato che la cosa venisse dallo schiavo detenuta a titolo peculiare « *aut, cum rescissemus, in peculio eam habere concessimus.* »

§. 8.

La cosa rubata, al momento del furto potea trovarsi a mani, invece che del proprietario, di un suo rappresentante come il procuratore ed, in determinate circostanze, lo schiavo. Data tale condizione di fatto, perchè si purghi il vizio di furtività sarà necessaria la reversio in potestatem del dominus, ovvero basterà il ritorno in potere del rappresentante?

Ripetiamo ancora che secondo la rigorosa applicazione del principio generale dalla giurisprudenza formulato sul disposto della legge Atinia, il ritorno al rappresentante dovrebbe dichiararsi inidoneo alla purgazione del vizio, per l'ovvio riflesso che il rappresentante non è il dominus.

Però anche su questo punto il lavoro della giurisprudenza seppe temperare il rigore dei principi. È ammesso che il ritorno della cosa presso il solo rappresentante possa aver effetto di purgare il vizio. Ma i testi presentano difficoltà per determinare le precise condizioni in cui tale reversio sia efficace. Vediamo di formulare la teorica allo appoggio della esegesi dei frammenti che ad essa si riferiscono. Ne tratta principalmente la L. 4, §. 7 h. t.

« Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit: videri in potestatem meam rediisse. Commodius dicitur, etiam si sciero, rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui: nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem ejus nactus sim. »

Labeone si fa a presupporre un furto commesso su di una cosa concorrente a formare il peculio dello schiavo. Indubbiamente nella specie si tratta di furto patito da un rappresentante il padrone della cosa carpita, perchè, come appena occorre ricordare, lo schiavo rispetto a quella speciale *universitas juris* (1) che è costituita dalla res peculiaris, è un vero rappresentante del padrone, in quanto

(1) Siffatto carattere del peculio è così descritto da Marciano alla L. 40 pr. D. De peculio 15, 1: « Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur: et ideo eleganter Papius Fronto dicebat, peculium simile esse homini.

ne ha l'amministrazione con potere di obbligarlo, coi suoi atti di gestione, fino a concorrenza dei beni che la compongono (1).

Or bene insegna **Labeone** che se la cosa faciente parte del peculio sia stata, ignorandolo il padrone « *me ignorante* » rubata; ma poscia lo schiavo riesca a riprenderla e la restituisca al peculio, il vizio di furtività sarà purgato « *videri in potestatem meam rediisse.* » Quindi secondo **Labeone** al caso della sottrazione fatta presso il rappresentante soccorrerebbero teoriche identiche a quelle stabilite per la sottrazione commessa dallo schiavo; vale a dire quando ricorrano la ignoranza del padrone e la rimessione della cosa in pristino stato, quando cioè per il dominus si possa avere il furto come un non fatto, la cosa sarà prosciolta da qualsiasi peccato di furtività. In caso diverso, e cioè se il padrone ebbe notizia del furto commesso contro il suo rappresentante, sarà indispensabile la reversio in potestatem domini (2).

Ma il testo prosegue. **Paolo**, dopo d'aver riferita la opinione di **Labeone**, la corregge soggiungendo dapprima « *Commodius dicitur, etiam si sciero, rediisse eam in meam potestatem.* »

Quando anche il padrone non abbia ignorato il furto « *etiam si sciero* » si avrà nondimeno la efficace reversio nella ripresa della cosa operata dallo schiavo. E nel caso opposto, in quello stesso esemplificato da **Labeone**, quando cioè il padrone non abbia saputo del furto, dice **Paolo** che non sempre la restituzione della cosa allo schiavo varrà a sanare il vizio « *nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat.* »

Adunque, secondo **Paolo** il fatto della scienza o della ignoranza del furto per parte del padrone non è criterio adeguato per decidere se sia efficace il ritorno della cosa presso lo schiavo; giacchè questo può essere sufficiente quando anche il padrone abbia saputo del furto; come, pure ignorandosi dal dominus il furto, può un tale ritorno essere inutile.

La ragion di decidere è adunque altrove riposta.

La espone **Paolo** nella parte con cui si chiude il §. 10 « *Si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui tunc exigendum est, ut ego facultatem ejus nactus sim.* » Lo che significa che

(1) L. 21, §. 4 — L. 29, §. 1 — L. 44 D. De peculio 15, 1 — L. 33 pr. D. De procuratoribus 3, 3 — L. 3, §. 4 D. De minoribus 4, 4.

(2) Questa si avrebbe nel sistema di **Labeone** anche colla reversio presso lo schiavo, purchè il padrone ne abbia avuto in tal caso notizia.

col ritorno allo schiavo dovrà intendersi purgato il vizio, non già a seconda che il padrone abbia saputo od ignorato il furto, ma solamente se « *si modo* » egli abbia persistito nel volere che la cosa continuasse a far parte del peculio nel tempo intermedio corso tra il furto e la restituzione della cosa derubata. Se in tale volontà non ha perdurato « *si nolui* » insufficiente sarà il ricupero della cosa operata dallo schiavo: perocchè la cosa dovrà allora ritornare effettivamente presso il padrone « *tunc exigendum est, ut ego facultatem ejus nactus sim.* »

Riassumendo e formulando quanto si evince dalla interpretazione da noi data al d. §. 10, nella quale noi seguimmo lo indirizzo fornito dal **Ruggieri** (1), possiamo concludere essere principio di diritto che nel caso di furto commesso, non presso il dominus, ma presso un suo rappresentante, per sanare il vizio di furtività della cosa rubata, basta il ritorno in potere di quest'ultimo, semprechè non siasi nel tempo intermedio tra il furto ed il ritorno della cosa manifestata dal padrone la intenzione di non lasciarla più rimanere presso colui che lo rappresentava.

E quindi inutile il fare indagini sullo stato di consapevolezza o di ignoranza del dominus in ordine al furto od al ritorno della cosa, perchè, sciente od ignorante il padrone, il vizio si purga in ogni caso colla reversio in potere del rappresentante, salvo ben inteso il sopravvenuto cambiamento di volontà sovramenzionato.

La regola, così desunta dalla d. L. 4, §. 10, trova la sua conferma nella autorità di **Giuliano**.

L. 56, §. 2 D. De furtis. 47, 2, Iulian. (lib. 22 Digest.)

« *Si res peculiaris subrepta in potestatem servi redierit: solvitur furti vitium, et incipit hoc casu in peculio esse, et a domino possideri.* »

Si contempla la identica fattispecie.

Una cosa peculiare venne carpita; poscia ritornò in potere dello schiavo. **Giuliano** decide che il vizio cessa « *solvitur furti vitium.* » Non viene dal giureconsulto indicata, come condizione necessaria al proscioglimento del vizio, l'essersi dal dominus ignorata la sottrazione, o l'aver avuta, se ne era stato informato, notizia del ritorno.

Non essendo supponibile che un giureconsulto della elevatezza

(1) Il possesso in Diritto Romano §. 582-583.

di **Giuliano** abbia enunciato la regola della purgazione del vizio, pretermettendo circostanze essenziali perchè la regola potesse dirsi vera, è ovvio lo inferirne che la detta condizione non è richiesta perchè la macchia del furto si cancelli.

Lo insegnamento dato da **Giuliano** alla L. 56, §. 2 De furtis è concorde con quello che **Paolo**, contrariamente a **Labeone**, diede alla L. 4, §. 7 sovra studiata. Il vizio contratto dalla cosa peculiare adunque si scioglie col ritorno della cosa in potere dello schiavo.

La conclusione alla quale siamo giunti colla interpretazione del d. §. 7 sembra in opposizione a quanto sopra esponemmo relativamente alla sottrazione fatta dallo schiavo ed alla successiva restituzione della cosa allo stato primitivo, che per opera dello stesso sia avvenuta.

Dicemmo che in tale specie la restituzione fatta dallo schiavo non potea essere pareggiata ad una reversio in potestatem domini se non alla condizione che il padrone avesse ignorato il furto; che se egli invece ne fosse stato informato, era mestieri avesse saputo anche la avvenuta restituzione. Invece, secondo il §. 7, il recupero della cosa fatto dal servo è sempre produttivo della purgazione del vizio. Dobbiamo dire la ragione della apparente antinomia. Ciò d'altronde gioverà a rafforzare la teoria desunta dalle citate L. 4, §. 7 e 56, §. 2.

La diversità che corre tra quanto rispettivamente si decide nei d. §. 7 ed 8 della L. 4 h. t. dipende dalla diversità delle ipotesi in essi risolte.

Nel §. 8 si ha di mira una sottrazione commessa dallo schiavo a danno del padrone. Finchè la respiscenza dello schiavo, accompagnata colla ignoranza del padrone, permette di fingere, nel modo sovra esposto, una quasi reversio, la purgazione è ammessa. Ma una volta che il padrone è avvertito della infedeltà del servo, torna ovvio ch'egli si trova in condizione non dissimile da quella in cui sarebbe se il furto fosse stato perpetrato da un estraneo. Quindi il proscioglimento del vizio contratto dalla cosa non può avvenire se non quando sia stato al danno sofferto dal dominus posto rimedio nel modo consueto, quando cioè egli l'abbia riavuta. Al che è equivalente l'essere ritornata al luogo primitivo per opera dello schiavo, sciente il padrone; giacchè in tale fatto si hanno tutti i requisiti di una vera reversio in potere del dominus.

Il ricollocamento invece nel pristino stato eseguito dallo schiavo alla insaputa del padrone, non potrà mai equivalere ad un *redire*

in potestatem domini. Questi difatti non può reputare riparato il fattogli torto quando della riparazione nulla sappia. D'altra parte lo schiavo ladro non è un rappresentante del padrone in ordine alla cosa rubata per modo da poter dirsi che il suo possedere la cosa sia in ogni caso conforme ad una cosciente e prestabilita volontà del padrone.

E per fermo, sebbene lo schiavo sia materiale strumento del possedere, tuttavia non può da lui acquistarsi un nuovo possesso per il padrone se questi dell'acquisto medesimo non abbia coscienza « *nam, avverte Papiniano, si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam* » (1). Ne segue che un riacquisto del potere sulla cosa, frutto della unilaterale e clandestina opera del servo, sotto niun titolo potrebbe equipararsi ad un efficace ritorno della cosa nel potere del padrone.

Nel §. 7 invece si presuppone la sottrazione di una cosa peculiare e la successiva ripresa per parte dello schiavo. Ora, giusta quanto già rilevammo, lo schiavo, relativamente al costituito peculio, è un vero rappresentante del padrone. Si ritiene che tutti i singoli atti riflettenti il peculio vengano posti in essere secondo quella cosciente e prestabilita volontà del padrone che dicemmo non sussistere, relativamente allo schiavo, fuori della causa peculiare. Il che diremo con **Papiniano** alla d. L. 44, §. 1 D. De adq. vel. am. poss. « *utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta, species et causas peculiorum inquirere.* » Coerentemente a tali principi, venne dunque da **Paolo** e da **Giuliano** sentenziato che il ritorno presso lo schiavo della cosa peculiare rubata valga, astrazione fatta da ogni altra ricerca relativa alla scienza o meno del padrone, ad una vera reversio in potestatem domini.

La dottrina desunta dal §. 7 trovasi confermata da altro riflesso.

Ricordammo che i nostri servi non acquistano il possesso a noi ignoranti. Siffatto principio riceve però una limitazione per gli acquisti che i servi abbiano fatti per causa di peculio. A riguardo di questa essi acquistano il possesso anche a favore del padrone ignorante. Tale è il portato di molti testi (2), conforme d'altronde alle

(1) L. 44, §. 1 D. De adq. vel. am. poss. 41, 2. Nello stesso senso consulta la L. 2, §. 11 D. Pro emtore 41, 4.

(2) Ciò risulta già in modo implicito dal frammento di **Papiniano** (L. 44, §. 1 D. De adq. vel. am. poss.) sovracitato. Dicendosi in esso « *nam si non ex*

massime suesposte relativamente al mandato peculiare, le quali si trovano ribadite dalla ragione che **Paolo** adduce di questo singolar modo di acquistare il possesso « *quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui iis peculium habere permiserimus* » (1). Or bene applichiamo questi principii al tema nostro. Un furto venne commesso sulla cosa peculiare. Per esso il padrone perdè il possesso della cosa ch'egli continuava ad avere non ostante la costituzione del peculio. Lo schiavo riesce a riprenderla « *deinde eam nactus sit* »; si rimette nel possesso della cosa perduta. Tale possesso, perchè si tratta di cosa componente il peculio, è acquisito al padrone. Ora se questi, indipendentemente da ogni altra condizione di scienza, ha, per il solo fatto del recupero operato dallo schiavo, acquistato il possesso della cosa furtiva, è anche imprescindibile la conseguenza che debba dirsi avverata la reversio in di lui potere della cosa stessa. Perocchè questa certamente qui ha luogo in quanto al proprietario venne fatto di reintegrarsi nel possesso della cosa rubatagli (2). E che effettivamente nel caso in esame si verifichi la reversio del padrone, dipendentemente appunto dal possesso che questi riacquistò pel fatto dello schiavo, è messo fuori di dubbio da quanto si legge nella L. 56, §. 2, De furtis « *et incipit hoc casu in peculio esse, et a domino possideri.* » (3).

Ed ecco così dimostrato come la diversa condizione in cui relativamente alla cosa rubata, si trovava lo schiavo nei casi ri-

causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam » si viene, senz'altro, a stabilire che tale scienza non è necessaria per gli acquisti occasionati dalla causa peculiare. Più direttamente il principio trovasi stabilito da molti altri frammenti i quali dimostrano il come giureconsulti di scuole fra di loro opposte in esso concordassero :

L. 1, §. 5; L. 3, §. 12; L. 24 D. De adq. vel. am. poss. 41, 2; L. 2, §. 11; L. 7, §. 8 D. Pro emtore 41, 4; L. 8 pr.; L. 44, §. 7; L. 47 D. h. t.; L. 29 De cap. et post., 49, 15.

(1) L. 1, §. 5 D. De adq. vel. am. poss. 41, 2.

(2) Notiamo, per debito di esattezza, e prevenendo quanto saremo per dire nella seconda parte nella quale tratteremo della *reversio in potestatem* studiata in se stessa, che non sempre la *reversio in potestatem* può confondersi colla ripresa di possesso. E ciò conformemente allo insegnamento già contenuto nella Glossa « *Et nota quandoque redit in possessionem non tamen in potestatem... quandoque non redit in possessionem et tamen redit in potestatem.* »

(3) Infatti nella contingenza in esame non si versa in uno di quei casi, nei quali, come vedremo, la ripresa di possesso non equivale alla *reversio in potestatem*.

spettivamente esaminati ai d. §. 8 e 7, dia ragione della diversa soluzione che **Paolo** diede per ciascheduno di essi. Inoltre dallo essere la interpretazione delle L. 4, §. 7 h. t. e 56, §. 2 De furtis pienamente armonizzante coi principii ricevuti in ordine allo acquisto del possesso, si ritrae un nuovo argomento, anzi una riprova, della verità della interpretazione stessa.

§. 9.

La teoria che noi abbiamo formulata colla esegesi delle L. 4, §. 7 h. t. e 56, §. 2 De furtis non è quella stata finora adottata dai romanisti. Evvi una *communis opinio*, propria così degli antichi che dei moderni giureconsulti, secondo la quale il purgarsi del vizio di una cosa rubata al rappresentante del padrone avviene in modo e con criterio diversi da quelli che sopra abbiamo esposti.

Si insegna che per decidere intorno alla validità della reversio presso il rappresentante occorre distinguere fra il caso in cui il furto sia avvenuto ad insaputa del dominus e quello in cui egli ne abbia avuta cognizione. Nel primo caso il ritorno al rappresentante sarà senz'altro efficace. Nel secondo sarà mestieri che il padrone, informato del furto, lo sia anche della avvenuta restituzione. Così rispondono, fra gli altri, **Pulvaeus** (1), **Donello** (2), **Cujacio** (3), **Pothier** (4), **Pagenstecher** (5), **Schirmer** (6), **Sintenis** (7), **Vangerow** (8), **Arndts-Serafini** (9), **Windscheid** (10). Ma, tale dottrina, sebbene munita dell'autorità di sì prestanti romanisti, non sembra accettabile, perchè non fondata sopra una retta intelligenza delle Fonti.

Dobbiamo provarlo.

(1) Ad legem Atiniam cap. XVI.

(2) Comm. vol. V, cap. XXVIII, §. 12.

(3) Comm. ad Tit. Dig. ad L. 4, §. 7 De usurp.

(4) Pandectae vol. III, lib. 1, tit. III, art. II, §. XXI.

(5) Lehre des Eigenthums II, pag. 269 e seg.

(6) Grundidee der Usucapion. pag. 158. ed Ediz. di **Unterholzner** pag. 225, not. 241.

(7) Archiv. für die civ. Pr. XXVIII, p. 299 e seg.

(8) Pandekten §. 317.

(9) Pandette §. 162.

(10) Pandekten §. 182.

Alcuni tra gli autori sunnominati mettono innanzi, ad appoggio della loro teoria la L. 41 D. h. t. Così il Vangerow scrive: « Ist die Sache nur in den Besitz eines Stellvertreters zurückgekehrt, so genügt dies an und für sich nicht, l. 41, de usurp. sondern es muss auch noch die Kunde des Eigenthümers und resp. des Tutors von jener Besitzergreifung hinzukommen, es müsste denn sein, dass dem Eigenthümer auch die Entwendung unbekannt geblieben war, in welchem Falle er auch von dem Wiedererwerb keine Kunde zu haben braucht. l. 4. §. 7 De usurp. ».

Del pari allo stesso fr. 41 fa ricorso L'Arndts-Serafini.

Ma questo frammento nulla conchiude a favore della dottrina che sopra di esso vorrebbe fondare. Esso difatti suona così: « Si rem subreptam mihi procurator meus apprehendit: quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos, jam fere conveniat: nihilo magis eam in potestatem meam rediisse, usuque capi posse existimandum est; quia contra statui captiosum erit ». Una cosa mi venne rubata, il mio procuratore ne acquista il possesso. Decide il giureconsulto che, sebbene sia omai ammesso che si possa acquistare il possesso per mezzo di un procuratore (1), tuttavia la cosa per divenir

(1) Il principio che noi possiamo acquistare il possesso per mezzo di un procuratore non si introdusse che relativamente tardi nella legislazione, perchè ad esso ostava l'altra massima fondamentale « per liberam personam adquiri non potest ». Ma non sembra però esatto quanto da molti si opina, che cioè il principio in discorso sia stato ammesso da Severo ed Antonino colla L. 1 C. De ad. vel am. poss. 7, 32, sulla base di quanto si legge alla L. 11, §. 6 D. de pign. act. 13, 7 « constitutum est ab Imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem adquiri » e nel §. 5 Inst. Per quas pers. 2, 9 « per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum scientibus sed et ignorantibus vobis adquiri possessionem, secundum divi Severi Constitutionem ». Invero il frammento riportato appartenente a Nerazio, giureconsulto vissuto ai tempi di Trajano, dimostra che il principio del potersi acquistare il possesso per mezzo di procuratore era riconosciuto sì che poté scrivere, non ostante non fosse ancora intervenuta la costituzione cui si riferiscono Ulpiano alla L. 11, §. 6 e Giustiniano al §. 5 precitati, « per procuratorem adipisci nos jam fere conveniat ». Aggiungiamo che il mandante acquista direttamente il possesso mediante la apprensione della cosa fatta dal suo procurator. Non ostano alcuni frammenti (L. 59 D. de adq. rer. dom. 41. 1; L. 2 C. De his quae a non dom. 7. 10 ed altri) nei quali il possesso dovrebbe sempre essere invece attribuito a chi apprende la cosa, anzichè al mandante nel cui interesse la apprensione venga fatta, il quale avrebbe mestieri di una nuova tradizione. In essi difatti si suppone che il procuratore abbia trattato con animo di ottenere prima per se il possesso e

usucapibile, dovrà rientrare nel mio effettivo potere, perchè capzioso sarebbe lo statuire diversamente.

Su questo frammento, nel quale il lettore troverà una prova della proposizione superiormente spesa, che cioè la *reversio in potestatem* non sempre coincide colla ripresa di possesso, dovremo più particolarmente intrattenerci quando studieremo in che cosa veramente essa consista. Intanto a questo punto ci basta di rilevare il come dalla semplice lettura si scorga esser la d. L. 41 affatto estranea al tema nostro.

Infatti Nerazio non finge la specie della sottrazione di una cosa stata fatta al procuratore, ovvero ad un rappresentante del dominus. Invece egli presuppone il caso normale di un furto patito direttamente dal proprietario. Lo si arguisce a tutta evidenza dal « si rem surreptam mihi ». Si tratta di cosa rubata a me « mihi » e non al procuratore. Questi figura solamente come colui che abbia appresa la cosa rubata, non già quale soggetto passivo del furto « si rem surreptam mihi procurator meus apprehendit ». Nè saprebbe violente il senso ovvio e naturale del testo col riferire il mihi allo apprehendit, anzichè al « si rem surreptam ». Da ciò niun giovamento prima di tutto potrebbe ritrarre la tesi contraria. Rimarrebbe il si rem surreptam. E questo da solo, senza alcuna aggiunta od indicazione che dimostri non parlarsi di una cosa sottratta al suo padrone, non autorizzerebbe a riferire il frammento ad un furto consumato presso il procuratore.

Il mettere poi il mihi in correlazione allo apprehendit dovrebbe dirsi errato. Quando si dice procurator meus apprehendit si intende di già che il rappresentante ha acquistato il possesso per me, in quanto procurator nelle Fonti ha il significato di uno che agisce in nome e per conto di altri (1). Riferito ad apprehendit, il mihi costituirebbe un vero pleonaso.

Se il furto effettivamente avesse avuto luogo presso il procu-

di trasferirlo poscia con una nuova tradizione al mandante: siasi comportato, giusta la formola di Ihering, come supplente.

Sulla conciliazione di queste apparenti discrepanze dei testi si possono consultare: Ihering (Jahrbuch. f. v. Dogmatik. I, p. 273 e seg.); Windscheid (Pandekt. §. 155), Hauser (Stellvertretung im Besitze), Schlossmann (Der Besitzerwerb durch Dritte) etc.

(1) Sul significato della parola « procurator » nelle Fonti romane consulta Schlossmann (op. cit. §. 10 seg.).

ratore, egli è evidente che nella specie più che di una apprensione della cosa, si sarebbe trattato di una ripresa di possesso da parte del procuratore. E questa posizione di fatto, così come si riscontra nei passi in cui si studiano ipotesi consimili, si sarebbe indubbiamente adombrata anche da **Nerazio** nella locuzione usata per proporre i termini della questione che si accingeva a risolvere (1).

Se pertanto la d. L. 41 h. t. non è preordinata a regolare la fattispecie di un furto accaduto presso il rappresentante, se, in altre parole, esorbita dall'ordine di idee pel quale la si volle invocare (2), torna ovvia e necessaria la conseguenza che niun profitto si possa da essa ritrarre per confutare la dottrina che siamo andati svolgendo in ordine al modo con cui si purga il vizio di una cosa rubata al rappresentante del padrone.

Più saldo appoggio alla loro dottrina venne dagli scrittori sopramenzionati trovato nel §. 7 della citata L. 4 h. t., il quale invece ci ha condotti in una sentenza decisamente contraria. Naturalmente la diversa conclusione dipende dalla diversa maniera di interpretarlo.

Si è d'accordo in ordine alla prima parte di esso, nella quale è richiamato l'avviso di **Labeone**. Le divergenze e le difficoltà cominciano e consistono nelle parole successive: « *Commodius dicitur, etiam si sciero, rediisse eam in meam potestatem* ». Diccimmo che **Paolo** con queste parole imprende a correggere la dottrina di **Labeone** nel senso da noi sopra indicato.

Vuolsi invece dagli autori di cui parliamo che **Paolo** faccia non già una correzione, ma bensì un'aggiunta, una esplicazione a quanto avea scritto **Labeone**.

(1) È a notarsi invero il come, a differenza di quanto accade per la L. 41 h. t., negli altri casi in cui si tratta di furto di una cosa che si trovava presso il rappresentante, sia il ritorno avvenuto presso il rappresentante medesimo denotato con espressioni, le quali lasciano chiaramente trapelare l'idea di una ripresa di possesso. Così alla L. 56, §. 2 De furtis è detto « *si res peculiaris subrepta in potestatem servi redierit* ». Non si dice semplicemente se apprenda la cosa, ma se ritorni in suo potere. Alla L. 4, §. 7 h. t.: « *si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit* ». Il *deinde nactus sit* collega e riferisce il nuovo possesso al precedente. V. pure il §. 10 eod.

(2) Ciò, vuolsi avvertirlo, venne espressamente ammesso dallo **Schirmer** (loc. cit. p. 154). Implicitamente però la niuna attinenza della d. L. 41 colla teoria che ci occupa deve dirsi riconosciuta dai molti tra i fautori della dottrina che combattiamo, dai quali il frammento medesimo all'appoggio della loro opinione non viene invocato.

E spiegano così: secondo **Labeone**, nel caso del padrone ignorante, il vizio della cosa si purga col ritorno in potere dello schiavo (1). **Paolo** aggiunge che lo stesso avverrà « *etiam si sciero* » e cioè qualora il padrone abbia saputo del furto e del ritorno che presso lo schiavo si sia verificato. Riportano il « *si sciero* » a tale doppia scienza. « In L. 4, §. 7 D. h. t. sind die Worte « *etiam si sciero* » dice il **Windsheid** (loc. cit.), von dem Wissen der zurückerlangten Gewalt und der Entwendung zu verstehen. » (2).

E così rimane spiegata coll'autorità del testo la teoria da essi professata. Ma la interpretazione, di cui tale teoria è figlia, non resiste ad ovvie censure.

Anzitutto, per ritenere che l'*etiam si sciero* abbia tratto alla doppia scienza del furto e del ritorno, è di necessità sforzare il senso logico e naturale del testo. Il *Commodius dicitur etiam si sciero*, siccome quello che si annoda immediatamente e necessariamente alla proposizione che precede, non può riferirsi che a quello che si presupponeva ignorato nella proposizione medesima. In questa la ignoranza riflette unicamente il fatto del furto « *si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante*. » Quindi il *si sciero*, giusta quanto superiormente dicemmo, non può essere correlativo che al semplice fatto del furto (3).

(1) Si deve sottintendere, benchè il testo chiaramente nol dica, « insciente il padrone. » Perocchè la ignoranza del furto trae seco necessariamente la ignoranza del ritorno. « *Nam*, diremo col **Cujacio**, *qui furtum ignorat, vix fit ut id etiam non ignoret rem in servi potestatem rediisse* (**Cujacio**, Commentarius ad Tit. Digestorum: tit. de usurp et usuc. in L. 4, § 7).

(2) E così **Cujacio** (loc. cit.) enuncia del pari nitidamente la stessa regola: « *Adicit Paulus, Commodius dicitur etiam si sciero, id est, si haec tota res gesta sit me sciente, si subrepta sit me sciente, ac si me sciente in potestatem servi redierit, rediisse eam in meam potestatem* ».

(3) Si vuol corroborare la interpretazione delle parole « *Commodius dicitur, etiam si sciero, rediisse eam in meam potestatem* » col rannodarle a quelle che seguono « *nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat*. La doppia scienza contenuta nel *si sciero*, sarebbe confermata in queste parole successive, le quali dimostrerebbero che, data la sola scienza del furto, non vi sarebbe reversio col ritorno presso lo schiavo. Il « *nec enim* » perciò si collegherebbe direttamente al « *si sciero* »: al *perdidit* dovrebbe sottintendersi aggiunto *me sciente*, così appunto come suggerisce **Pothier** (Pandectae lib. XLI, tit. III, §. 3 n. 21), seguendo quanto già aveva detto **Cujacio** (loc. cit) su questo punto « *nec enim sufficere si eam rem, quam sciente me ser-*

Inoltre la teoria che combattiamo è contraddetta dalla L. 56, §. 2 D. De furtis 47, 2 sopra citata, nella quale si afferma che « *si res peculiaris subrepta in potestatem servi redierit: solvitur furti vitium.* » Generico è il passo di **Giuliano**; non si preoccupa, secondo che sopra accennammo, come chesia della assoluta ignoranza o piena scienza del padrone in ordine al furto ed al ritorno della cosa presso lo schiavo. Basta semplicemente si tratti di cosa peculiare e che lo schiavo l'abbia riavuta. Pertanto, a meno che si voglia creare una antinomia fra **Giuliano** e **Paolo**, è di necessità il concludere che nel caso nostro sia la reversio allo schiavo semplicemente richiesta.

E finalmente giova riflettere che la interpretazione del § 7 da noi respinta trova ostacolo insormontabile nei principj sovra ricordati riguardanti la natura e gli effetti della gestione peculiare. Per essi, lo dimostrammo, il recupero della cosa per parte dello schiavo, comunque ottenutosi, sciente od ignorante il dominus, si reputa fatto dal padrone. Si ha quindi in ogni caso una vera *reversio in domini potestatem*. La interpretazione a noi contraria non risponde alla gravissima difficoltà che ad essa deriva dal creare una deroga a tali principj di diritto incotestabilmente ricevuti. Ed è canone di sana ermeneutica legale, quello di respingere nel difetto di una precisa e chiara lettera della legge quella interpretazione che meni a viziose conseguenze.

vus perdidit, me ignorante servus apprehendat » Ma l'aggiunta del *me sciente* non si presenta necessaria, spiegandosi benissimo il testo colla presupposizione della ignoranza del padrone. (vedi anche **Pagenstecher** (loc. cit.) il quale dichiara doversi invece sottintendere « *si ignoraverim* »). Il non essere poi la proposizione *nec enim sufficit* etc. preordinata esclusivamente a dimostrare la necessità della duplice scienza, ma bensì a confermare il senso della correzione fatta da **Paolo**, è dimostrato dalle parole che susseguono « *Si modo in peculio eam esse volui* » le quali fanno parte integrante della proposizione medesima. In verità, mentre queste danno un criterio nuovo e diverso, mal si adagierebbero in una proposizione avente lo scopo limitato di dimostrare il preciso senso del « *si sciero* » precedentemente adoperato.

Altri per eliminare la difficoltà, mettono innanzi la congettura che in questo luogo invece di *sufficit* debbasi leggere « *officit* » **Huschke** (Linde's Zeitschrift. Nuova serie II. 1846, pag. 137 e segg.) **Sell** (Leh. des Eigen pag. 170) **Böcking** (§. 146 not. 10) - Tale sostituzione non ha motivo di essere; ed è generalmente combattuta: **Pagenstecher** (loc. cit.) **Wangerow** (§. 317) **Windsheid** (loc. cit.) **Ruggieri** (§. 583 not. 1.)

§. 10.

Dobbiamo ancora occuparci del § 10 della L. 6 h. t. siccome quello che vien riportato al tema nostro, alla teorica cioè della purgazione per il furto commesso presso il rappresentante.

« *Item Labeo, si rem, quam apud te deposueram, lucrificandi causa vendideris, deinde ex poenitentia redemeris, et eodem statu habeas, sive ignorante me, sive sciente, ea gesta sint, videri in potestatem meam rediisse, secundum Proculi sententiam; quae et vera est.* »

Il depositario per avidità di guadagno vendè la cosa presso di lui depositata; poscia pentitosi la ricomprò e la riebbe nello stato primitivo. Decide **Labeone**, secondo l'avviso di **Proculo**, ed approva **Paolo**, che, sieno le dette cose operate si ignorante, o sciente, il padrone, si è verificata la *reversio in potestatem domini* (1).

Da taluni tra gli scrittori che abbiamo superiormente avvertati viene il detto §. 10 invocato a sostegno della loro teorica, della quale esso non sarebbe che una estensione. Infatti quello che nel §. 7 sarebbe stabilito perchè possa dirsi purgato il vizio della cosa sottratta al rappresentante, il §. 10 confermerebbe per la sottrazione commessa invece dallo stesso rappresentante, tale essendo a qualificarsi il depositario (2).

Ruggieri (loc. cit. §. 584) riporta questo passo alla teorica da noi accettata sulla purgazione del vizio in ordine alla cosa rubata al rappresentante del proprietario. Ammette quindi sanarsi la furtività della cosa sottratta dal depositario, quando questi l'abbia ri-

(1) Avvertasi colla Glossa su questo §. 10 che in esso si dà un esempio di ritorno in potestatem senza che siavi contemporaneamente la ripresa del possesso « *hic ergo non incipit dominus possidere* ». Infatti il possesso del padrone, perduto a seguito del furto commesso dal depositario, non verrà riacquistato colla ripresa che della cosa rubata dal depositario sia stata fatta, perchè egli non è un rappresentante, un mandatario del dominus.

(2) Così il **Vangerow** (loc. cit.), dice che questa distinzione deve aver luogo anche se il rappresentante stesso sia stato quegli che sottrasse la cosa che venne poi rimessa allo stato antico, poichè le parole della L. 4, §. 10 de usurp. « *sive ignorante me, sive sciente, ea gesta sint* » si devono intendere, conforme alla L. 4, §. 7 ed 8 eod. nel senso che se il deponente aveva notizia del furto, deve averla pure della restituzione, mentre in caso contrario l'ignoranza di questa non nuoce.

cuperata, rimanendo elemento indifferente la ignoranza, o la scienza del proprietario in ordine allo avvenuto.

Non possiamo acquietarci a niuna di queste due opinioni. Pensiamo che il §. 10 in discorso debba dirsi estraneo alla teorica, che ci occupa, concernente la purgazione del vizio della cosa rubata al rappresentante del dominus.

Corretta non ci sembra la opinione del **Ruggieri**. Essa, prima di tutto, non è suffragata dalla lettera del testo. Per questo nella configurata fattispecie la reversio in potestatem ha luogo « *sive ignorante me, sive sciente, ea gesta sint* ». Il padrone deve aver ignorato o saputo quelle cose che « *gesta sint* ». Ora poichè le cose avvenute, secondochè è enunciato nella precedente proposizione, si sostanziano appunto nei due fatti della commessa sottrazione e del successivo ritorno, così è ovvia la conclusione che entrambi questi fatti, giusta la letterale interpretazione, devono essere stati dal dominus o conosciuti od ignorati perchè succeda l'effetto della purgazione.

Il §. 10, inteso nel modo voluto dal **Ruggieri**, importa, in tema di deposito, che il vizio di furtività si purghi col semplice ritorno al depositario. Infatti, secondo tal sistema, presupposto un dominus informato del furto, è a dirsi tolta ogni macchia col ritornar della cosa, anche insciente il padrone, presso il depositario. Con ciò verrebbe a crearsi una grave antinomia fra il detto §. 10 ed il §. 6 eod. Ivi: « *Igitur creditorum subrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet* ». Sottratta al commodatario, oppure dal commodatario (perocchè a nulla rileva se un terzo od il commodatario stesso sia l'autore del furto) la cosa, per essere immune dalla macchia furtiva, deve ritornare in potere del padrone. Adunque il semplice ritorno al depositario è inetto ad annullare il vizio di furtività. Nè importa che nel §. 6 si esemplifichi il commodatario e nel §. 10 il depositario. Perocchè la enunciazione contenuta nel §. 6 è meramente dimostrativa e fuor di dubbio comprende il deposito, sia per la stretta affinità che corre tra questo contratto ed il commodato, sia perchè per entrambi identica è la ragione di decidere.

Non sembra pertanto accettabile una interpretazione, la quale produce un tale contrasto col §. 6, contrasto tanto più grave ed inammissibile in quanto il §. 6 si è quello che racchiude i canoni fondamentali della materia.

La teorica che la interpretazione del d. §. 7 e della L. 56, §. 2 De furtis fornisce intorno alla purgazione del furto sfato commesso presso un rappresentante vedemmo essere al tutto consona ad altri

principi di diritto, i quali allo stesso risultato avrebbero condotto, astrazione anche fatta dal positivo disposto dei surricordati frammenti. Tutto ciò cesserebbe di essere vero per la estensione che della teorica si volesse fare al caso del furto consumato dal depositario. Infatti del depositario, stretto al deponente coi soli limitati rapporti che derivano dal contratto di deposito, preordinato alla sola custodia e restituzione della cosa, non può a simiglianza di quanto accade dello schiavo, riguardo al peculio, del procuratore, affermarsi che quanto egli faccia si intenda fatto per il deponente.

Pertanto una volta che, a seguito del furto da lui commesso, egli ha violata la fede del contratto, ed ha tolto al dominus il possesso della cosa, (1) il successivo riacquisto che della cosa stessa venga da lui operato non si intende, come per quello attuato dallo schiavo o dal procuratore, (2) fatto al dominus sebbene lo ignori. Manca quindi qualsiasi ragione per cui il ricupero avvenuto a prò del depositario possa equipararsi ad una ripresa di possesso da parte del dominus, ed elevarsi perciò a grado di una vera reversio in potestatem.

(1) Il perdersi in questo caso dal dominus il possesso della cosa depositata è indubitabile, ed al disopra delle dispute, attestate nella materia della perdita del possesso, dalla L. 47 D. De adq. vel am. poss. 41, 2. Suppone difatti il §. 10 la vera *contractatio*, dimostrata dal *vendideris* e dall'*eodem loco habeas* scritto dopo il « *deinde ex poenitentia redemeris*. Evvi quindi il vero spossessamento, come si verificherebbe nel caso di violenta spogliazione. « *Si depositarius* (scrive **Cujacio** in *Librum LIV Pauli ad edictum Commentarii seu Recitationes solemnes* in §. 18 L. 3 D. De adq. vel amitt. poss.) *eam rem furandi animo contractaverit, statim eam desino possidere, non minus quam si mihi vi erepta esset, quod etiam ostendit L. rem. quae nobis* (15) *et L. si rem mobilem* (47) *inf.* Lo che del resto è in modo non ambiguo statuito alla d. L. 3, §. 18 D. De adq. vel amitt. poss. 41, 2 « *si rem apud te depositam, furti faciendi causa contractaveris, desino possidere.* »

(2) Il procuratore generale difatti « *procurator omnium bonorum* » acquista, in forza del suo mandato, il possesso al mandante sebbene assolutamente inconscio. È questa la teorica omai quasi universalmente ristabilita, sugli insegnamenti degli antichi scrittori, dai moderni romanisti, sebbene essa abbia trovato contraddittori in **Savigny** (*Besitz* pag. 294 e seg.); **Goeschen** (*Vorlesungen* II §. 210), **Maynz** (§. 171 n. 11), **Ruggieri** (§. 260), **Schirmer** (*Linde's Zeitschrift*, Nuova Serie XVI, 3). Vedi nel nostro senso **Bremer** (*Linde's Zeitschrift*, Nuova Serie XI, 7 e XVII, 8), **Windscheid** (§. 155 n. 9), **Meischerder** (*Besitz* pag. 284); **Rudorff** (*App.* n. 93); **Randa** (*Besitz* §. 20 n. 12, 13), **Belavite** (*Archivio giuridico* IV, 595), **Exner** (*Acquisto dei diritti mediante tradizione* pag. 173), **Arndts-Serafini** (§. 140 n. 3) etc.

Consequentemente deve ritenersi come massima inconcussa che il ritorno della cosa in potere del depositario, ad inscienza del padrone, non sana per sè solo la incorsa furtività.

Tuttavia da questa nostra conclusione non saprebbe indurre che in questo §. 10 debba scorgersi, se non una conferma, almeno un argomento in favore della teorica da noi oppugnata sulla sanatoria del vizio inerente alla cosa rubata al rappresentante. Cessa ogni induzione col riflettere sui rapporti tra depositario e deponente.

L'errore degli autori succitati consiste nel voler tenere il depositario in conto di un rappresentante del deponente. Invece, come già accennammo, una tal veste giuridica non è lecito di assegnargli. Il depositario ha bensì contrattato con chi eseguì il deposito; egli detiene anche la cosa in nome del deponente. Ma tutto ciò non autorizza a qualificarlo un suo mandatario. Altrimenti il colono, il precarista, il commodatario; tutti coloro i quali per qualsiasi ragione sono entrati in rapporti col dominus rispetto alla sua cosa dovrebbero riputarsi altrettanti mandatari. Il che non è; perocchè, non quelli derivanti dal mandato, ma bensì quelli ben diversi, emergenti da un altro speciale titolo, sono i rapporti dai quali trovansi avvinti.

Le d. L. 4, §. 7 e 56, §. 2 trattano dello schiavo il quale rispetto al peculio, a somiglianza di un *procurator omnium bonorum*, è un vero rappresentante del padrone, in quanto agisce per lui relativamente alle cose peculiari ed ha facoltà di disporre. Tutto ciò non può dirsi del depositario. Quindi non è lecito lo estendere una regola scritta per chi è un vero rappresentante del dominus a colui il quale, come il custode a titolo di deposito, non ha una siffatta qualità. E viceversa quanto venne stabilito per il depositario non trova, per ciò solo, applicazione rispetto al vero rappresentante.

È quindi a concludere che i §. 7 e 10 regolano dei rapporti tra di loro diversi, che dall'uno non si può argomentare all'altro. Epperò quanto si dispone al §. 10 è del tutto indipendente da quello che è scritto nel §. 7; od, in altri termini, il §. 10 nulla aggiunge e nulla toglie alla teorica da noi sovra esposta relativamente al furto perpetrato appo il rappresentante.

Il §. 10, conformemente a quanto è stabilito dal §. 8, pone il principio che, sottratta la cosa da chi a nome del proprietario la deteneva, scompare ogni vizio, se essa venga restituita al pristino stato prima che il padrone abbia avuta notizia dell'avvenuta sottrazione. E ciò per il motivo già da noi accennato che in siffatta

evenienza il concorrere della ignoranza del dominus e della avvenuta riparazione persuade a ritenere il furto come non avvenuto. A tale uopo si finge nella riapposizione della cosa al primo luogo quella reversio ad dominum che sarebbe indispensabile secondo il precetto del §. 6. Come difatti nel §. 8 si legge: « *quasi in potestatem meam rediisse* », nel §. 10 è scritto: « *videri in potestatem meam rediisse* », espressioni queste che dimostrano, secondo che già rilevammo, trattarsi non tanto di una vera reversio, quanto di una reversio semplicemente presunta.

Se poi il dominus ebbe sentore del furto commesso dal depositario si richiederà, perchè il pentimento susseguito dal ricupero della cosa possa cancellare la macchia furtiva, ne abbia avuto notizia. Ma in tal caso, giova ben avvertirlo, non viensi a stabilire un gius singolare in favore del depositario. Perocchè, come vedremo a suo luogo, nel fatto dello esser la cosa, sciente il padrone, ritornata al depositario (1), ricorrono tutti gli estremi di una vera *reversio in potestatem domini*. Epperò, ponendo termine a questa trattazione, diremo che anche sotto un altro aspetto si ravvisa inesatta la teorica alla quale non abbiamo aderito. E consiste questo nell'essersi date le regole di cui si compone questa teoria, siccome regole speciali al furto commesso presso il rappresentante, mentre invece ciò non è. Non lo è la prima che il furto ed il successivo ricupero, accaduto ignorante il padrone, escludano il vizio; perchè essa ricorre anche nei casi dei §. 8, 10, i quali non si riferiscono a rappresentanti. Non la seconda che purgazione avvenga col ritorno, sciente il padrone, in potere del rappresentante. Perocchè il ritorno in potere di una terza persona, indipendentemente dalla sua qualità o meno di rappresentante del padrone, semprechè, come appunto presuppongono i fautori della oppugnata dottrina, sia accompagnato dalla scienza del dominus, costituisce in ogni caso una *reversio in domini potestatem* (2).

(1) Quello che nel nostro tema della purgazione del vizio di furtività diciamo a riguardo del contratto di deposito deve per identità di ragione venire esteso al commodato, al precario, il quale fu ammesso anche per le cose mobili, e simili.

(2) Infatti in simile evenienza il padrone ha la *rei vindicandae potestatem*, la quale, giusta quanto esporremo, è un equipollente del reale ritorno della cosa presso di lui.

§. 11.

Continuando lo svolgimento del nostro tema, dobbiamo passare ad altre applicazioni dei principii della legge Atinia.

Se una cosa venga rubata, non al proprietario, ma al possessore ad usucapionem, dovremo dire che essa riacquisterà la idoneità ad essere usucapita col semplice ritorno al possessore, ovvero si esigerà la reversio al proprietario? Secondo la lettera della antica legge Atinia sufficiente sarebbe il ritorno al possessore: non così secondo la interpretazione datavi dai prudenti. Per questa, la cosa « *in potestatem domini redire debet* »; ed il possessore, comunque ad usucapionem, non è il dominus.

Opiniamo tuttavia che il ricupero da parte del possessore induca la purgazione della furtività.

Anzi tutto tale opinione è confortata dalla autorità di alcuni frammenti: L. 6, §. 3. D. de precario 43, 26. Ulpianus (lib. 71 ad edictum).

« Iulianus ait, eum, qui vi alterum dejecit, et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere, et incipere precario; neque existimare, sibi ipsum causam possessionis mutare: cum voluntate ejus, quem dejecit, coeperit praecario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere ».

Giuliano dice che se colui che cacciò un altro violentemente da un fondo abbia ottenuto dal cacciato il fondo stesso a precario, darà fine al possesso viziato dalla violenza e ne comincerà un nuovo a titolo di precario, senza che possa stimarsi mutata la causa del suo possesso; avendo egli cominciato a possedere a titolo di precario per volontà di colui che avea scacciato: perocchè se avesse comprato, avrebbe anche potuto cominciare la usucapione pro emtore.

Raccogliamo le idee contenute in questo passo. Fuvvi una *dejectio*. Il fondo per conseguenza diventò inusucapibile. Ma il vizio dipendente dalla violenza fu purgato sia colla concessione a precario del fondo stesso ottenuta dall'autore della violenza, sia colla compra che lo stesso ne abbia fatto da colui che della violenza fu soggetto passivo (1).

(1) Questi fatti, a seconda delle regole che in seguito studieremo, implicano la *reversio in potestatem*, siccome quelli che dimostrano essere la cosa ritornata nella sfera d'azione del derubato o spogliato.

Decide **Giuliano**, ed approva **Ulpiano**, che nel primo caso si comincia un possesso a titolo di precario senza che possa dirsi violata la fondamentale massima che niuno può immutare la causa del suo possesso; e che nel secondo comincerà invece la usucapione *pro emtore*.

Ora egli è evidente che se colui che venne violentemente spossessato avesse avuto qualità di proprietario del fondo, lo spogliatore, col fatto della compra, sarebbe divenuto proprietario e non avrebbe avuto alcun bisogno di usucapire. Ciò significa che lo spogliato, avuto in mente da **Giuliano**, non era un proprietario, ma semplicemente un possessore. Di qui la conseguenza che, col ritorno al possessore che ne sia stato derubato, la cosa ridiviene usucapibile.

Ma a quale sorta di possessore dovrà applicarsi questo principio? È facile il riflettere che, quantunque il passo di **Giuliano** espressamente nol dica, deve riferirsi di necessità al possessore ad usucapionem. Perocchè se il derubato fosse un possessore meramente naturale, un possessore a nome altrui, come il depositario, il precarista, il commodatario e simili, non basterebbe, secondo che risulta da quanto abbiamo sopra discusso, il ritorno della cosa presso di lui, indipendentemente dalla scienza del dominus in ordine al ritorno medesimo. Lo stesso è a dirsi di chi detenga la cosa bensì con animo *rem sibi habendi*, ma senza i requisiti del giusto titolo e della buona fede (1). Questi non è il dominus e sa di non esserlo. Non può quindi a sensi della legge Atinia, il ritorno a lui valere ritorno al dominus, cui egli sa di fare offesa. E come inefficace è la reversio avvenuta presso chi detenga la cosa per diritto proprio, come il creditore pignoratizio, il quale sotto molti rapporti gli è equiparato, così dee correre la stessa sorte il ricupero fatto da tal possessore. Ed argomento positivo di ciò lo si può desumere dapprima dalla stessa L. 6, §. 3. la quale stabilisce il cominciare della usucapione nel compratore. Normalmente questo fatto implica il

(1) **Unterholzner** (Verjährungslehre, I, §. 68, p. 226, n. 3) ammette la purgazione anche col ritorno al possessore di mala fede. Lo stesso sembra ammesso da **Windscheid** (Pandekten §. 182, n. 3, not. 10) il quale dice, in modo generico, che la L. 6 non potrebbe aver altro senso che quello della capacità di usucapione, mediante il ritorno in suo potere, di una cosa sottratta al non proprietario « *welche Stelle nach Iustinianischem Rechte doch kaum einem andern Sinn haben kann als dass die einem Nichteigentümer entzogene Sache auch durch Rückkehr in dessen Gewalt ersitzungsfähig werde* ». Ma questa opinione è troppo arrischiata.

possesso ad usucapionem nel venditore: giacchè altrimenti la semplice compra non basterebbe a creare il diritto ad usucapire, essendo altresì necessario che la compra sia accompagnata dalla ignoranza del vizio che macchiava il possesso dell'autore (1). E, sebbene non fosse assolutamente necessario, è presumibile il credere che qualora lo spogliato non fosse stato un possessore di buona fede, ciò, a seconda di quanto venne fatto in altri passi (2), sarebbe stato indicato, tanto più in vista della anormalità del caso cui avrebbe provveduto il responso di **Giuliano**.

Ne fa difficoltà l'*incipere posse dominium capere*, quasi che cominciandosi solo dall'acquirente il tempo della usucapione si abbia ad inferirne un possesso vizioso nel venditore, siccome quello che non comporta l'*accessio temporis* col nuovo possesso del compratore. L'obbietto viene facilmente rimosso.

Nella specie la usucapione in corso dello spogliato venne interrotta a seguito della *dejectio* da esso patita. Con ciò gli effetti del suo possesso, precedente alla avvenuta *usurpatio*, furono, in quanto riguarda la usucapione, annullati, e si rese impossibile in ordine al possesso stesso la *accessio temporis*; giacchè il vizioso possesso dello spogliatore, susseguito a quello giusto del *dejectus*, ha impedito quello incontro, quella contiguità di due possessi ad usucapionem, senza della quale questo istituto giuridico non funziona (3).

Esattamente adunque dice **Giuliano** che il compratore dovrà cominciare la usucapione. Ma ciò non autorizza in alcuna guisa ad argomentare che il possesso di chi prima fu *dejectus*, e poscia venditore, sia stato un possesso ingiusto.

Più direttamente la restrizione al possessore di buona fede della facoltà di purgare il vizio della cosa furtiva appare dalla L. 5 D.

(1) Si abbia presente la limitazione apportata alla facoltà di usucapire dalla Nov. 119, c. 7, secondo la quale l'acquirente a titolo particolare che è in buona fede non può usucapire quando il proprietario non sappia d'esser tale ed ignori che la cosa sua fu acquistata da un *non domino* per parte dell'attuale possessore di buona fede. Tuttavia non evvi un divieto assoluto, perchè la portata della Novella si riduce a richiedere per lo acquisto del dominio la prescrizione di trent'anni.

(2) L. 37 D. de act. emt. et vend. 19. 1. — L. 4 C. de rei vind. 3, 32. — L. 5 D. de div. temp. praescript. 44, 3. — L. 2, §. 17 D. pro emtore 41, 4.

(3) Vedi L. 15, §. 1. D. de div. temp. praescript. 44, 3. — L. 13, §. 4. D. De adq. vel am. poss. 41, 2.

Pro emtore 41. 4. Questa, come fra breve vedremo, in modo non equivoco mette, per quanto ha tratto al tema nostro, il solo possessore di buona fede allo stesso livello in cui si trova il dominus (1).

§. 12.

La purgazione del vizio di furtività col ritorno in potere del possessore di buona fede non è cosa incontrovertibile. La contestarono alcuni antichi romanisti, quali **Amaya** (2), **Mella** (3), **De Retes** (4) ed altri: a questi accede fra i moderni il **Vangerow** (5). Essi si fondano sulla restrizione che al senso della antica legge Atinia venne apportata dall'autorità dei giureconsulti e dall'*usus fori*. Per effetto di questa si richiede il ritorno al vero padrone; quindi non può ammettersi come sufficiente il ritorno al possessore di buona fede. Aggiungono che per lavare il vizio reale che affetta tutta la cosa e la rende inusucapibile è d'uopo che quasi rinasca, ed esca dal potere di colui che abbia facoltà di alienare. E perciò non basta l'essere pervenuta al possessore di buona fede, il quale dell'anzidetta facoltà non può efficacemente servirsi. (6).

A questi ragionamenti fa difficoltà la ricordata L. 6, §. 3 De precario. Ma l'ostacolo viene eliminato collo spiegare il frammento

(1) Lo **Schirmer** (op. cit. pag. 151), secondando la sua idea che le cose furtive sono come sottratte al comune commercio, fonda la inefficacia del ritorno al possessore di mala fede su che non si deve permettere che la cosa rubata si trovi presso il *malae fidei possessor* in uno stato corrispondente alle leggi del commercio. Se quindi gli oggetti del furto e della rapina ritornano in suo potere, non entrano affatto in un commercio legale ed ordinato.

(2) *Observationes* lib. 2, cap. 8, n. 8.

(3) De usucapione parte I, cap. 5, n. 13.

(4) Ad legem Atiniam, Iuliam et Plautiam (nel *Novus thesaurus juris civ.* et can. di **Meerman**, vol 6°, pag. 478) parte III, n. 34.

(5) *Pandekten* §. 317.

(6) Così il **De Retes**, loc. cit. « Verba Legis Atiniae, quae comprehendebant ex se bonae fidei possessorem, sive erant apta comprehendere, restricta fuerunt auctoritate prudentum, et usu fori ad verum dominum; ergo committitium est dicere, sufficere, ut redeat res ad bonae fidei possessorem. Deinde, quia vitium reale afficit totam ipsam rem, eamque inusucapibilem reddit; sed ut eluatur hoc vitium, opus est, ut quasi denuo renascatur, et exeat ex potestate ejus, qui possit alienare. Ergo non est satis, si perveniat ad potestatem bonae fidei possessoris, cum hic non habeat ius alienandi ».

di **Giuliano** in modo diverso da quello che abbiamo noi adottato, e non inconciliabile però colla loro dottrina.

L' **Amaya** ed il **Mella** negano non trattarsi nella d. L. 6, §. 3 di un vero padrone. Le parole « *incipere etiam pro emptore posse dominium capere* » non indicano la necessità di usucapire in cui si trova il compratore per acquistare il dominio. Esse denotano semplicemente che il compratore ex voluntate del padrone venditore, acquistò un dominio *pro emptore*, cioè che il titolo della sua proprietà è la compra del fondo fatta da colui che aveva subito lo spoglio.

Ma siffatta spiegazione è assolutamente inaccettabile siccome quella che contraddice al contesto della proposizione di **Giuliano** ed alla costantissima terminologia romana. Il *capere dominium pro emptore* già per se stesso accenna alla usucapione *pro emptore*: perocchè con una locuzione siffattamente impropria ed inesatta non si sarebbe, e specialmente da **Giuliano**, accennato all'acquisto del dominio. Ciò poi è in modo da escludere ogni dubbio ribadito dal *posse* e dallo *incipere*. Perchè l'*incipere posse dominium capere* se il venditore fosse stato il proprietario della cosa venduta? In tal caso il compratore non si sarebbe trovato in condizione di cominciare a poter acquistare il dominio: lo avrebbe invece, senz'altro, acquistato. Riportate quindi alla ipotesi che il *dejectus* fosse il padrone le parole della L. 6, §. 3 riescirebbero inesplicabili. Aggiungasi che l'*incipere* accenna un modo di acquisto che non si perfeziona in un solo atto, ma importa una serie di atti ed un considerevole decorso di tempo. Requisiti questi che proprio si attagliano alla usucapione. E difatti l'*incipere posse dominium capere* è la locuzione che si trova sempre usata nelle Fonti quando vuolsi significare un nuovo possesso ad usucapionem. Del resto piace di ricordare che una tale interpretazione trovasi ripudiata dallo stesso **De Retes** il quale riconosce che le dette parole « *de dominio accipiendo per usucapionem accipienda sunt* ».

Più ingegnosa è la interpretazione che della d. L. 6, §. 3 propone il **De Retes**. Secondo questo scrittore l' avere il compratore mestieri della usucapione per acquistare la proprietà della cosa comprata non dipenderebbe dal non essere stato il *dejectus* proprietario della cosa alienata, ma invece dal difetto dell'atto di vendita. Lo spossessato non avrebbe mancipato la cosa, ma ne avrebbe semplicemente fatta la tradizione. Lo spogliatore perciò, avendo acquistato il semplice *in bonis habere*, avea bisogno di usucapire per diven-

tare vero proprietario. Così lo *incipere posse dominium capere*, che si legge nel testo, non è la conseguenza di una presupposta mancanza di dominio nello spogliato e venditore. Esso non implica la idoneità ad essere usucapita riavuta dalla cosa coll'essere ritornata in potere del possessore di buona fede; e non offre quindi argomento alcuno a chi voglia sostenere in ordine al possessore ad usucapionem la teoria da noi sovra propugnata.

Questa interpretazione viene riferita ed accettata dal **Vangerow**, il quale la chiama l'idea giusta.

Anche siffatto modo di liberarsi dalla difficoltà che presenta la d. L. 6, §. 3 non sapremmo giudicar corretto, siccome quello che si risolve in una spiegazione omninamente arbitraria. Il supposto che si tratti di una vendita inefficace non può dirsi confortato dal testo. La espressione che in esso si legge « *nam si ab eodem emisset* » non permette di asserire esservi stata vendita senza trapasso di dominio, non ostante la proprietà nel venditore. Perocchè l'*emere*, senz'altra aggiunta, è adoperato per significare lo acquisto che si fa, a questo titolo, della proprietà di una cosa; per indicare con una sola parola quel complesso di fatti giuridici pei quali la proprietà trapassa da chi vende a colui che compra. E di ciò sono abbondantissimi gli esempi nelle Fonti. Così nella L. 13, §. 1. D. de adq. rer. dom. 41. 1:

« Et tutor pupilli, pupillae, similiter ut procurator, emendo nomine pupilli, pupillae, proprietatem illis adquiret ».

Ed alla L. 59 eod.:

« Res mandatu meo emta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit. »

Alla L. 43 pr. D. De adq. vel. am. poss. 41, 2, è riferito da **Marciano** il seguente passo dello stesso **Giuliano**:

« Si quis fundum emerit, cuius particulam sciebat esse alienam: Iulianus ait, si pro diviso sciat alienam esse, posse eum reliquas partes longa possessione capere. »

In tutti questi esempi, e nei moltissimi altri che assai facilmente si potrebbero addurre, l'*emere*, come non occorre dimostrare, ha appunto quel significato che sopra gli abbiamo attribuito. Quindi dato, come presuppongono gli autori succitati, che il venditore fosse proprietario, manca, stando alle espressioni usate nella L. 6, §. 3 di cui è caso, qualsiasi ragione per ritenere che non lo sia divenuto il compratore.

E contro la accettabilità della proposta ipotesi possono appor-

tarsi altre riflessioni. Il testo in discorso appartenente a **Salvio Giuliano**, vissuto come è noto ai tempi di Adriano, venne dettato in contemplazione di un fondo suscettivo di proprietà quiritaria, secondo che appare dal parlarsi in esso della usucapione. Ciò rende poco presumibile abbia **Giuliano** risposto intorno ad un caso di vendita di un fondo seguita colla sola tradizione; giacchè sappiamo che in quei tempi l'uso della *mancipatio* era ancora in fiore (1). Una derogà all'uso comune avrebbe per avventura al giureconsulto consigliata una qualche espressa indicazione.

Cujacio, il quale del resto in più luoghi ammette la purgazione del vizio di furtività col ritorno al possessore di buona fede, nega che la L. 6, §. 3 in discorso abbia quale indispensabile substrato la qualità di possessore di buona fede nel *dejectus*. Dice essere cosa aborrente dai principii di diritto che si purghi il vizio dipendente dalla furtività o dalla violenza col ritorno in potere del non padrone, e doversi perciò ritenere inverosimile che **Giuliano** abbia scritto cominciarci dal compratore la usucapione *pro emptore*. Siccome però il testo non si presta a tali scrupoli, così egli supera l'ostacolo col proporre al testo stesso una correzione. Invece di « *incipere etiam pro emptore posse dominium capere* » locuzione chiamata dura ed inelegante, perchè composta di tre infiniti « *incipere, posse e capere* », egli legge « *inciperet etiam pro emptore possidere*. » Il possesso *pro emptore* sarebbe in correlazione al possesso a titolo di precario cui si allude nella parte precedente del frammento.

Come nel caso di concessione a precario il predone comincia, a tale titolo, un nuovo possesso, così in quello di vendita egli co-

(1) Lo attesta **Gaio** (11, 25), il quale pure visse in quel periodo di tempo, « *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur.* » Avvertiamo però, affinché non si fraintenda la portata di queste parole, che esse sono scritte a proposito del confronto fra la *mancipatio* e la *in jure cessio*, come appare da quel che segue « *Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis, agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud praetorem aut praesidem provinciae quaerere.* » Tuttavia dell'uso della *mancipatio* fanno fede. D'altronde in quei tempi ancora non era sopravvenuta la costituzione di Caracalla la quale, per aver concesso la cittadinanza romana a tutti i sudditi dell'impero, e per aver così creata, nei terreni provinciali, una larga proprietà di cives romani non suscettiva di *mancipatio*, rese ben più comune la *traditio* e contribuì a far porre in desuetudine le antiche forme solenni.

mincerebbe un nuovo possesso *pro suo, non pro alieno*: ma non mai un possesso ad usucapionem (1).

Quanto scrive **Cujacio** conferma la nostra interpretazione: riconosce infatti il prestantissimo giureconsulto che il testo, come sta scritto, forza a concludere pel proscioglimento del vizio col ritorno al non domino. Il rimedio da esso suggerito di correggerlo non sembra accettabile, non solo per la regola che occorre di essere quanto mai guardinghi contro siffatti modi di sciogliere le difficoltà che possono presentare le Fonti del diritto; ma ben anco perchè colla proposta correzione si eliminano e si sostituiscono ad un tempo parole, si trasforma l'intero periodo, si arreca al testo una troppo grave alterazione. È inconcepibile che per puro errore materiale si sia fatto dire a **Giuliano** quello che si legge nella L. 6, §. 3, quando egli avesse invece scritto nel modo da **Cujacio** escogitato. È nostro avviso che il giureconsulto di Tolosa abbia indietreggiato di fronte alla troppo generica conseguenza che egli vide nella d. L. 6, §. 3, alla conseguenza cioè che a purgare il vizio di furtività o di violenza sia, in modo generale, sufficiente il ritorno in potere del non dominus, che sia stato derubato o spossessato.

Ove non gli fosse sfuggito che, a seconda di quanto superiormente venne dimostrato, il frammento in esame ed il principio da esso derivante non hanno di mira che il possessore di buona fede, non avrebbe egli certamente fatto ricorso per appianare quello che di esorbitante sembravagli racchiuso nel testo, al troppo grave e radicale mezzo di riformarlo (2).

(1) In librum LIV Pauli ad Edictum Commentarii seu Recitationes solennes ad §. si tu me (22) L. 4 D. De usurp.

(2) Ci piace di ricordare il come questa L. 6, §. 3 abbia dato luogo presso gli antichi giureconsulti ad una distinzione, in ordine al riacquisto della usucapibilità, fra le cose furtive e le *vi possessae*. Si ammise che per le cose furtive purgazione non avesse luogo tranne che col ritorno in potere del dominus. Invece per le cose *vi possessae* si insegnò non esigersi la *reversio in potestatem domini*: ma bastare il ritorno presso colui che era stato violentemente spossessato, quantunque non fosse il padrone. E ciò sul fondamento, come si è detto, di questa L. 6, §. 3, la quale, agli occhi di questi giuristi, avrebbe stabilito un gius singolare in ordine alla purgazione del vizio inerente alle *res vi possessae* (V. **Accursio** su detta L. 6, §. 3; **Bartolo** eod.; **Donello**, Comm. Lib. V, C. XXVIII, §. 4.) Ma questa distinzione non istà, perchè la d. L. 6, §. 3 non ha per sè carattere di disposizione eccezionale per le *res vi possessae*; perchè in-

Possiamo pertanto concludere che la d. L. 6, §. 3 secondo il diritto giustiniano non potrebbe avere altro senso che quello della capacità di usucapione, mediante il ritorno in suo potere, di una cosa sottratta al possessore ad usucapionem (1).

§. 13.

Del principio scritto nella L. 6, §. 3. De precario un pieno riscontro si ritrova nella L. 5 D. Pro emptore 41, 4.

« Si rem, quam tibi pignoravi subripuero, eamque distraxero: de usucapione dubitatum est: Et verius est, utiliter cedere tempora usucapionis. »

Il creditore sottrasse al suo debitore la cosa data a pegno e la alienò. Dichiarò **Modestino** essersi dubitato intorno alla usucapibilità di siffatta cosa, ma che è più vera sentenza quella di ammetterla *utiliter*.

Il frammento di **Modestino** tratta indubbiamente di una *res aliena*, data in pegno da un possessore di buona fede (2). A prova di ciò potrebbe invocarsi il riflesso che ove non si trattasse di possessore di buona fede il compratore sarebbe divenuto proprietario senza necessità di usucapione. Ma tale riflesso non sarebbe sicuro.

Questo passo non riferisce, come la L. 6, §. 3 sopra esaminata, specificamente la usucapione allo immediato acquirente, ma dice semplicemente « *de usucapione dubitatum est* » ed « *utiliter cedere tempora usucapionis*. » Generiche espressioni sono queste che

vece ha riscontro in altri frammenti che trattano delle furtive, e perchè poi dimostrammo essere la sua comprensione ristretta al *b. f. possessor*, e non a qualunque detentore.

(1) Questo principio, nel quale **Unterholzner** e **Windscheid** succitati vengono per argomento a fortiori, è consentito anche da **Schmid Handb.** §. 14, not. 29. **Arndts-Serafini** §. 162, nota 3, b. **Ruggieri** (loc. cit. §. 586). **Schirmer** (loc. cit. pag. 145 segg.).

(2) Il pegno della cosa altrui, concesso da un possessore di buona fede, sebbene inefficace di fronte al proprietario, è però valido tra i contraenti e rispetto ai terzi, eccezione fatta pel dominus. Infatti il creditore colla Serviana è protetto a simiglianza del giusto possessore colla Publiciana « *Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.* » (L. 18 D. De pign. 20, 1).

lascerebbero aperto l'adito a supporre siasi inteso parlare della riacquistata usucapibilità in genere, della quale possa valersi quel possessore di buona fede che sia per incontrarsi nelle successive alienazioni della cosa.

La incertezza scompare quando si rifletta al « *cedere tempora usucapionis*. » Il *tempora cedere* (1) dimostra che più tempi concorrono, si uniscono insieme per l'usucapione: questi non possono essere che quello del pignorante venditore e l'altro del compratore. E la cosa procede regolarmente. Il pignorante, dal quale non ostante la costituzione del pegno erasi conservato il possesso quanto alla usucapione, commise bensì furto a danno del creditore. Ma ove si ammetta la regola che efficace per purgare le conseguenze della furtività sia il ritorno della cosa al *b. f. possessor*, che cioè questi sia, quanto al proscioglimento della macchia furtiva, equiparato al dominus, ne segue che la vendita da lui fatta si presenta in condizioni tali da non aver insito alcun motivo per cui non si faccia luogo all'*accessio temporis*, perchè si congiungono due possessi giusti e non interrotti. Infatti, come vedremo, il furto del dominus sulla cosa propria, non è di ostacolo alla usucapione della cosa rubata.

La d. L. 5 adunque col negare il sorgere della macchia nel furto del *b. f. possessor*, e col permettere che questi, non ostante il furto commesso, continui nella usucapione, prova che il *b. f. possessor* è messo sulla stessa linea del dominus. Epperò come il ritorno a questo sana la furtività, così deve sanarla il ritorno al possessore di buona fede.

E che effettivamente ad un semplice *b. f. possessor* pignorante si riferisca la L. 5 rimane corroborato dal porre mente che essa venne posta sotto il titolo della usucapione *pro emptore*. Ciò induce la convinzione che effettivamente il testo trattasse della usucapione a compiersi da colui che avea comprato dal debitore pignorante, perchè, riferito alla riacquistata usucapibilità in genere, impropriamente gli si sarebbe assegnata una tal sede.

Arroge l'*utiliter* che si legge nel passo medesimo, il quale attesta la estensione di una regola giuridica ad un rapporto, che, secondo il rigoroso diritto, non l'avrebbe comportata. Nel nostro fram-

(1) In modo consimile viene in altri passi delle Fonti indicata la congiunzione dei possessi: ad es.: nelle L. 13, §. 7 D. De adq. vel. am. poss. 41, 2; L. 15, §. 6 D. De div. temp. praescript. 44, 3.

mento l'*utiliter* si spiega in quanto al furto commesso dal possessore di buona fede si riconobbero, in ordine alla purgazione della furtività, effetti identici a quello che fosse stato consumato dal dominus. Altrimenti, dato cioè che la L. 5 si riferisse al dominus, e, conseguentemente, alla riacquistata abilità ad essere usucapita contemplata genericamente e non in rapporto allo acquirente dal pignorante, l'*utiliter* non avrebbe significato, nè scopo. Infatti nella L. 4 §. 22 De usurp., la quale, rispetto al dominus, esamina la fattispecie identica a quella della L. 5 pro emtore, non si legge l'*utiliter*; ma si dice puramente « *usucapi eam posse.* »

§. 14.

La purgazione della furtività col ritorno della cosa in potere del possessore di buona fede, che si desume dai testi sovra studiati, si appalesa consigliata dai principii del giure adottati in rapporto al giusto possessore. Questi possedeva la cosa a guisa del proprietario: patisce un furto; ma poscia gli accade di essere ripristinato nel suo possesso. Perchè se egli aveva cominciato un possesso abile a trasformarsi in proprietà, non potrà, dopo il furto e la riparazione, ricominciare la sua usucapione? Effettivamente il *b. f. possessor* si trova nelle identiche condizioni in cui versava prima che il furto venisse consumato: nè saprebbe ravvisare ragione sufficiente per cui un furto, fatto in ispreto del solo possessore e probabilmente dal dominus ignorato, debba dare al padrone l'importantissimo vantaggio di veder impedita la usucapione di quella cosa che pure prima del furto era già in via di essere usucapita (1). È quindi logico che il possessore il quale riprende il possesso colla coscienza di non far

(1) Non varrebbe obiettarci che il vizio di furtività nuoce anche al possessore di buona fede, essendo stato appunto introdotto per impedire le usucapioni. Perocchè ciò vale quando si tratti di un possesso dal possessore di buona fede la prima volta iniziato quando era già avvenuto il furto: così si protegge il dominus dagli effetti di una usucapione che egli non avrebbe saputo impedire. Nel caso nostro invece il possesso ad usucapionem preesisteva al furto; il dominus, indipendentemente dalla sottrazione, avea già permesso il cominciarci della usucapione: manca quindi il motivo di protezione, estrinsecato nel vizio della furtività. Per vero il furto, accompagnato dal ritorno al possessore, lo ha riposto in quella identica posizione di rivendicare in cui era prima che il furto avvenisse; per nulla la sua condizione rimane peggiorata.

torto al proprietario, e cioè con tutte le preesistenti attitudini ad usucapire, debba, a suo tempo, veder riconosciuti gli effetti dalla legge assegnati al suo giusto possedere.

Per le cose mobili il furto, tanto più ove si abbia presente il largo significato che a questo concetto deve attribuirsi secondo la legislazione romana, rappresenta il caso più comune di *usurpatio*. « *Rem quae nobis subrepta est, scrive Gaio, perinde intelligimur desinere possidere, atque eam quae vi nobis erepta est* » (1). Ove si ammettesse che il ritorno al possessore della cosa furtiva o vi possessa non lo abilitasse a rinnovare la usucapione, dovrebbe dirsi che effetto della *usurpatio* sarebbe, nella massima parte dei casi, non solo quello di interrompere la usucapione, ma bensì quello di renderla per lo avvenire al possessore impossibile (2). Ora ciò non dicono le Fonti, nelle quali la *usurpatio* è semplicemente definita alla L. 2 h. t. « *usucapionis interruptio* » senza che sia accennato in questo od in altri passi la detta gravissima conseguenza che da essa deriverebbe. Ed un tale silenzio sarebbe poco presumibile.

Il possessore di buona fede, pel disposto di molti frammenti, è espressamente assimilato al proprietario nello esercizio delle azioni nascenti dal furto (3). Perchè non lo sarebbe anche per quanto ha tratto alla purgazione del vizio di furtività, che pur è cosa col furto strettamente connessa?

Una fortissima ragione di analogia, anche nel loro silenzio, imporrebbe la osservanza di quelle regole che sono dai testi, con precisa disposizione, proclamate.

(1) L. 15 D. De adq. vel am. poss. 41, 2. E lo stesso Gaio alla L. 5 h. t. « *Naturaliter interruptitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur.* »

(2) Se la cosa dovesse ritornare in tal caso al dominus per poter essere riusucapita dal possessore di buona fede, ben si vede come il riprendersi della interrotta usucapione rappresenterebbe una ipotesi inconcepibile; giacchè dopo un tale ritorno la cosa non potrebbe riaversi dal primo possessore se non in forza di un titolo diverso da quello per il quale aveva cominciato ad usucapire.

(3) Vedi: §. 15. Inst. De obl. ex del. 4, 1; L. 12, §. 1; L. 52, §. 10; L. 74 D. De furtis 47, 2.

§. 15.

Fino a questo punto della nostra trattazione noi avemmo dinanzi la specie più naturale e comune del furto, quella cioè in cui il ladro non abbia la proprietà della cosa rubata. Ma furto può commettersi anche dal dominus rispetto alla cosa propria « *Aliquando autem etiam suae rei furtum quis committit.* » È questa cosa incontrovertibile nel sistema del Diritto Romano (1).

Anche in siffatta evenienza un furto è adunque avvenuto. La cosa rubata in conseguenza dovè restar macchiata di furtività. In qual modo la macchia sarà cancellata? Ecco una indagine intorno alla quale gravi furono i dispareri.

La difficoltà si intuisce a colpo d'occhio. Se a seguito del furto evvi vizio di furtività, la purgazione, secondo la interpretazione dai prudenti data alla legge Atinia, non potrebbe aver luogo altrimenti che col ritorno al proprietario. Ma come ciò avverrà se proprietario è il ladro istesso? Per ammettere la purgazione a seconda della regola generale, farebbe mestieri di riconoscere che il medesimo atto che fa nascere il vizio, vale a dire il furto, è pure quello che nel momento stesso lo estingue. In difetto bisognerebbe affermare che allorquando autore della sottrazione sia il proprietario, la furtività si prosciogla col ritorno in potere di una persona diversa dal dominus.

Vediamo in qual modo si debbano risolvere i dubbi che presenta la proposita ipotesi del furto dal dominus consumato sulla cosa propria.

Per procedere in questo punto con sicuro criterio occorre a nostro giudizio risalire alle cause che hanno determinato lo istituto giuridico della inusucapibilità delle cose furtive, e quello correlativo della purgazione del vizio di furtività.

Sullo esordire del nostro lavoro dimostrammo essere stato il divieto di usucapire le cose furtive introdotto, non quale una mi-

(1) Vedi §. 10 Inst. De obl. quae ex del. 4, 1. Lo stesso è a dirsi in altre ipotesi diverse da quelle esemplificate nelle Istituzioni: così ad es. quando la cosa venga dal proprietario sottratta all'usufruttuario, al possessore di buona fede, etc. V. §. 14 Inst. eod.; L. 16 D. De pign. act. 13, 7; L. 19, §. 5; L. 20. pr., §. 1; L. 53, §. 4; L. 66 pr. D. De furtis 47. 2.

sura di repressione contro i ladri, ma bensì quale un mezzo per difendere il dominus dalle conseguenze del furto, per premunirlo cioè contro quelle usucapioni che la sua diligenza non sarebbe stata in grado di prevenire. Dicemmo che, venuta meno, col ritorno della cosa rubata in potere del padrone, la ragione del divieto, subentra immediatamente la regola generale della usucapibilità.

Ed ora colla scorta di questi principj ritorniamo al caso del dominus reo pel furto della cosa propria. Egli è certo che quando abbia avuto luogo una cotale specie di furto il padrone, per effetto appunto del suo mal fatto, possiede la cosa rubata. Ciò stante ne consegue che per riavere la cosa sua egli non ha bisogno di quella speciale tutela che è rappresentata dalla inusucapibilità delle cose furtive. Il colpire pertanto in siffatta evenienza la cosa rubata di inabilità ad essere usucapita non avrebbe scopo alcuno.

È quindi da inferirne che nel furto commesso dal dominus, vizio di furtività, ovverosia incapacità della cosa rubata alla usucapione, non può sorgere.

Per ridurre il concetto ad una formola più esatta e concreta ci giova richiamare la già altrove accennata tripartizione del furto fatta dai Romani, in furto della cosa, dell'uso e del possesso « *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve* » (1). Ora allorchè il dominus ruba la cosa propria, non si ha un *furtum rei*; perchè, diremo col **Pagenstecher**, non vi è una proprietà rubata: si verifica invece un *furtum possessionis*. Epperò, riducendo a regola quanto abbiamo sopra esposto, diciamo che il vizio di furtività, si verifica solo allora che sia avvenuto un *furtum rei* (2).

(1) V. sopra §. 5.

(2) Tale massima troviamo nitidamente esposta dal **Windsheid** (Pandekten §. 182, not. 6). La cosa, egli dice, è resa incapace di usucapione, solo da quel *furtum* che la toglie al proprietario. Quindi tale incapacità non ha luogo a seguito di un *furtum usus o possessionis*. » Anche il **Pagenstecher** (loc. cit.) riporta a questa regola il principio che il furto del dominus non produce la inusucapibilità. Così pure sembra pensino **Huschke** (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft vol XIV, p. 258, 259); **Schirmer** (loc. cit. pag. 173) e **Goesehen** (Vorlesungen vol. II, §. 263). Ci piace di ricordare che la massima secondo la quale non vi è bisogno di purgazione riguardo al furto consumato dal dominus, perchè con esso non poté sorgere macchia di furtività, stata annebbiata e fraintesa dai romanisti posteriori, limpidamente è insegnata

Il *furtum possessionis* fa sorgere, è vero, l'azione penale a carico del proprietario; ma siccome manca in esso il fatto della proprietà rubata, così non genera il vizio di furtività. E poichè la cosa di siffatto vizio non fu macchiata, essa non ha bisogno di esserne purgata. La teorica quindi della purgazione del vizio di furtività, tace per quanto riflette il furto commesso dal dominus sulla cosa propria (1).

§. 16.

Ed ora ci incombe di esaminare se le Fonti confermino un tale risultato.

Parecchi sono i frammenti che trattano del furto di cui sia reo il dominus. L. 4, §. 22 h. t.:

« Si rem pignori datam debitor subriperit, et vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit: quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dedit; quamvis cum eo furti agi potest; quod puto rectius dici. »

L. 20, §. 1 D. De furtis 47, 2 Paulus (lib. 9 ad Sabinum).

da antichi giureconsulti. Così su questo punto scrisse il **Pichardus** (In Institutiones Iustiniani Imperatoris Commentaria vol. II, pag. 23 sul §. 10 lib. IV tit. 1) « Aliquando committitur furtum, et res efficitur furtiva, et competit actio furti; id regulare est, dum quis rem alienam, in qua nullum omnino jus habet, subtrahit. Aliquando committitur furtum, et res efficitur furtiva, et tamen non competit actio furti. Aliquando committitur furtum, et res non efficitur furtiva, quamvis actio furti competat, ut in specie hujus §. aliquando (10) cum similibus, veluti si dominus rem, quam pignori dedit, vel hypothecae supposuit, et creditor tradidit, postea subtraxerit, hoc enim in casu, etsi furtum committatur, et furti actio competat, ideo tamen res non efficitur furtiva, quoniam dominium debitor ob pignorationem non amisit, nec in creditorem transmitti potuit: indeque nullo vitio res fuit affecta, ob quod inusucapibilis efficeretur: « La stessa dottrina, prima che dal **Pichardus**, è insegnata da **Accursio** nella Glossa alla parola » subtraxerit » §. 10 Inst. E così dal **Castro** in L. 4, §. 21 h. t.; dal **Robertus**, Notae Merc. 29.

(1) A chi abbia il concetto di ciò che dai Romani si intendeva per « *furtum usus* » non occorre dimostrare che per tale sorta di furto non è a parlare di inusucapibilità della *res* che ne ha formato l'oggetto. Infatti finchè l'azione delittuosa rimane circoscritta al *furtum usus* senza trascendere al *furtum rei*, al dominus non manca il modo di recuperare la cosa sua.

« Si bona fide rem meam emeris, eamque ego subriperero; vel etiam tuus ususfructus sit, et eam contrectaverero: tenebor tibi furti actione, et si dominus rei sum; sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impediatur: quoniam et si alius subripiat, et in mea potestate reversa res fuerit, usucapiebatur. »

L. 5 D. Pro emtore 41, 4 Modestinus (lib. 10 Pandectarum).

« Si rem, quam tibi pignoravi, subriperero, eamque distraxero: de usucapione dubitatum est: Et verius est, utiliter cedere tempora usucapionis. »

Nei surriferiti passi si esemplificano ipotesi fra di loro consimili. Nel primo e nel terzo si configura un pignorante che abbia sottratto il pegno, colla differenza, la quale però non ha alcun effetto nello attuale tema, che il primo frammento presuppone la sottrazione fatta dal dominus, l'ultimo, come già vedemmo, dal possessore di buona fede. Nel secondo si contempla il furto commesso dal padrone a carico del possessore di buona fede o dell'usufruttuario. In tutti si decide che la cosa rubata potrà, ciò nondimeno, essere suscettiva di usucapione.

Giusta è la decisione. Ma in modo perspicuo non sembra essersene dato il motivo. E non è cosa insolita; perchè giureconsulti romani, spinti da quello che, diremo anche noi col **Bruno** (1), mirabile talento di una pressochè inconscia produzione, quasi sempre dettano pei singoli rapporti la vera regola di diritto senza che essa possa dirsi il corollario di un determinato sistema prestabilito. Così avvenne nel tema nostro.

La ragione per cui il furto della cosa propria non deve produrre la inusucapibilità, non si attinge da una disquisizione, d'indole diremmo esclusivamente scientifica, sulle cause del divieto di usucapire le cose furtive. Invece, pur emettendo la giusta soluzione, si rasenta di più il testo della legge. Secondo questo cessa la inusucapibilità tostochè la cosa sia tornata in potere del dominus. Nel caso del furto commesso dal padrone si intravede realizzata questa condizione di fatto che rende possibile la usucapione. Il furto coesiste col trovarsi la cosa in potere del dominus. Da un lato evvi la ragione del divieto, dall'altro quella della sanatoria. Sono due forze contrarie che si elidono a vicenda; e dalla elisione esce il diritto comune, la capacità della cosa ad essere usucapita.

(1) In Holtendorffs Encyclop. 4.^a ed., 137.

Tale si rivela il sistema dei giureconsulti romani. Egli è vero che chi volesse sottilizzare potrebbe opporre che il concetto della *reversio ad dominum* non fu esclusivamente quello che indusse alla usucapibilità delle cose rubate dal dominus, argomentando dal non leggersi una tale idea nel frammento di **Modestino** e dall'essere nella d. L. 4, §. 22 scritto solamente « *quia in potestatem domini videtur pervenisse* », lo che lascierebbe credere che la *reversio* si sia addotta più che, come ragione determinante, quale una semplice analogia. Si potrebbe rispondere che nulla prova il silenzio di **Modestino**. Il *videtur* usato nel d. §. 22 non accenna ad una semplice superflua analogia, perchè il « *quia* » ed il contesto del frammento dimostrano che il concetto della implicita *reversio ad dominum* fu quello che in favore della usucapibilità determinò **Cassio** e la sua scuola. Ed anzi le dispute cui alludono **Paolo** col « *puto rectius dici* » e **Modestino** col « *de usucapione dubitatum est* » attestano che la supposta furtività era per alcuni giureconsulti di ostacolo ad ammettere la usucapione e che solamente la allegata concorrenza, nel furto del dominus, della implicita *reversio in potestatem*, ha fatto seguire la opposta sentenza. Il che poi trova precisa conferma, nella d. L. 20, §. 1 in cui per lo appunto **Paolo** ripete che la usucapione non è impedita « *quoniam et si alius subripiat, et in mea potestate reversa res fuerit, usucapiebatur* ».

La frase di **Cassio** e di **Paolo** che la *reversio ad dominum* sia la causa per cui la cosa rubata dal dominus non subisce la inusucapibilità fece fortuna. Noi troviamo che, salvo poche eccezioni, essa venne, in forza di una specie di tradizionale convenzionalismo, ripetuta dagli scrittori di Diritto Romano (1) sì antichi che moderni.

(1) Così, per dare un qualche esempio, il **Cujacio** (loc. cit.) più volte richiama tale ragione della usucapibilità « *Ergo et si dominus ipse eam subriperit, usucapi potest, quia per furtum in ejus potestatem et possessionem rediit* » Del pari il **De Retes** (loc. cit. §. 36) dice che la regola procede « *quia in ipsa actione, ex qua furtum resultat, redit res in domini potestatem*. E conformemente: il **Pulvaeus** (Ad legem Atiniam cap. XV;) **Amaya** (loc. cit. cap. 8, n. 23); **Balduinus** (De pignor. cap. 15); **Castro** (in L. 4, §. 21 h. t, n. 4); **Bronchorstius** (lib. 4 Enant. assert. 9); **Pacius** (Enant. cent. VI, conc. 98) ed altri autori da questi citati. Fra i moderni il **Vangerow** scrive che « dal ritornare la cosa rubata capace di usucapione, se in *potestatem domini revertitur*, si spiega perfettamente che se il proprietario commette un furto sulla cosa propria, sottraendola al *b. f. possessor*, all'usu-

Eppure è forza confessare che questa non è, e non dovè essere, la ragione per cui il furto del dominus non imprime sulla cosa rubata il segno della inusucapibilità. Se effettivamente un siffatto furto avesse, come il *furtum rei*, fatalmente connessa la labe della furtività, non potrebbe questa dirsi ipso facto lavata col possesso della cosa che al padrone deriva dal suo delitto. E per fermo, perchè il recuperato possesso valga a costituire una vera *reversio in potestatem domini*, occorre, com'è dichiarato al §. 12 della stessa L. 4 h. t., sia tale da non poter esserci tolto « *Tunc in potestatem domini rediisse dicendum est, cum possessionem ejus nactus sit juste, ut avelli non possit* » Ora tale non è il possesso che sulla cosa sua ha riacquistato il dominus a seguito del furto o della violenza: (1) giacchè il derubato o spogliato può ritorglielo (2). Il vizio perciò contratto dalla cosa che il dominus ha rubata, non ostante che egli materialmente la detenga, perdura. **Paolo** sarebbe in contraddizione con se stesso in quanto alle dette L. 4, §. 21 e 20 §. 1 avrebbe posta una massima cozzante con quello che egli stesso ebbe a sentenziare nel §. 12 (3).

fruttuario, al creditore con pegno, non si ha ostacolo alcuno all'usucapione (V. §. 317 e gli autori ivi da esso citati). **Ruggieri** (loc. cit. §. 588) dichiara esattamente logica la ragione della usucapibilità consistente in ciò che il furto accade e nello stesso tempo si emenda. Anche il **Pagenstecher** (loc. cit.), sebbene riponga, come dicemmo, la ragione della usucapibilità della cosa rubata nella mancanza di una lesione della proprietà, aggiunge ancora che « quando si volesse ammettere l'impedimento ex re alla usucapione sarebbe tolto contemporaneamente (*purgatum*) poichè la cosa torna in potere del padrone. »

(1) Questo punto verrà più specialmente svolto in seguito V. infr. §. 29.

(2) Ciò è fuori di controversia. V. al riguardo quanto al creditore pignoratizio: L. 12, §. 2 D. De conduct. furtiva 13, 1; L. 22 pr. De pign. act. 13, 7; ed in generale: L. 2 D. De conduct. triticaria 13, 3; L. 25. §. 1 De furtis 47, 2; L. 19, §. 2 D. De precario 43, 26; L. 15, §. 1 D. De conduct. indebiti 12, 6; L. 7 C. Unde vi 8, 4.

(3) Abbiamo trovato che il **Pulvaeus** (Ad legem Atiniam cap. XV in Ottonis Thes. vol. IV, p. 339 e seg.) affronta la presente questione « *Nam certi juris est, egli scrive, eum debitorem et furti, et conditione creditorum teneri.* » Ma egli crede di superarla riflettendo che veramente non si può affermare che giustamente possa dal creditore essere tolto al pignorante che lo ha rubato il possesso del pegno. E ciò per la ragione che, anche restituito il pegno, il possesso ad usucapionem rimarrà presso il debitore, non avendo il creditore che un semplice possesso a nome del debitore « *Verum meminisse debemus, non prop-*

La cosa dunque non incontra, quando sia il dominus che l'abbia carpita, alcuna incapacità alla usucapione, non perchè il vizio del furto rimanga purgato dal possesso del padrone; ma bensì perchè in siffatta contingenza, non essendosi fatto torto al padrone, non essendosi lesa la proprietà, la macchia furtiva non si è mai manifestata. Egli è così che deve essere intesa la causa addotta a prova della usucapibilità: la proposizione il vizio nasce, ma nel momento stesso della sua nascita rimane purgato, da **Cassio** e da **Paolo** adoperata per rendere più evidente, per materializzare di più la ragione della loro dottrina, vuole essere convertita nell'altra, equipollente, « il vizio non è nato (1). »

Quanto siam venuti finora esponendo inesattamente si direbbe risolversi in una mera discussione di parole, perchè nella sostanza della cosa si è d'accordo. La precisione delle formule giuridiche, a simiglianza di quanto avviene per le formule matematiche, ha un grande valore. E che la nostra discussione non sia vana lo provano i gravi disguidi nella giurisprudenza stati prodotti dalla inesattezza che in questo punto si trova nelle Fonti.

terea juste possessionem ab eo avelli, cum creditor ipse pignori tantum incumbat, non autem possideat. Pro alieno enim possidet, id est, debitoris nomine, et ideo non usucapit rem pignori acceptam. Quinimo si pignore utatur furti tenetur. » È ovvia la debolezza di questo argomento. Il pignorante era il dominus. Egli quindi, pendente il pegno, avea conservato più che il possesso ad usucapionem, la proprietà. Col furto non può aver ripreso nè l'uno, nè l'altra, ma semplicemente ciò che non aveva, vale a dire il possesso del creditore pignoratizio. Quello che questi può riprendergli si è ciò che venngli rubato, ossia il suo precedente possesso e non più. Quindi indubbia la conseguenza che nel d. §. 12 non si ha di mira il possesso ad usucapionem; ma il semplice possesso della cosa, in quanto costituisce il materiale ritorno di essa in suo potere, possesso che dal creditore può essere recuperato. (V. inoltre quanto diremo infra §. 29).

(1) Di ciò sembra un argomento potersi ritrarre dai Basilici, nei quali, ai luoghi corrispondenti, è scritta la regola della usucapibilità, senza che sia ripetuta la ragione datane dalle Fonti romane. « Ο' ἐνεχόρασα, κλέψας ἐπώλησα· διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεῖπρόζεται, καὶν ὡς κλεπτης ἐνάγωμαι » « Quod oppignoravi, subripui ac vendidi: usucapitur, etsi ut fur conveniar. » Basil. lib. LX, Ediz. di **Heimbach**. Lipsia 1850 vol. V. lib. L, tit. III, §. 21). Analoghe espressioni sono nel §. 4 del tit. successivo, corrispondente alla L. 5 Pro empt.

§. 17.

Ne è un esempio quanto a proposito del furto commesso dal dominus insegna il **Cujacio**, seguito poscia dal **De Retes**. Entrambi, come superiormente accennammo, partono dalla idea che il furtum del dominus generi la furtività, ma che questa trovi nel furto medesimo il suo correttivo, attesa la coeva reversio in potestatem. Ma agli occhi di quei giureconsulti preclari si affacciò tosto lo ostacolo che suscita il d. §. 12. Per evitarlo, essi modificarono la teorica stabilendo che la cosa sottratta dal dominus sia inusucapibile finchè essa rimanga a di lui mani (1); e cominci invece a perdere la incapacità dal momento in cui il padrone l'abbia venduta, donata od in qualsiasi modo trasferita in altri. E ragionano così: col solo furto o colla violenza non può ammettersi siasi verificata reversio in potestatem, perchè il dominus può essere spossessato. Ma una volta da lui alienata, la cosa si reputerà aver fatto ritorno in suo potere, perchè non potrà essere tenuto alla restituzione del pegno nè coll'azione ipotecaria, nè colla *condictio*, siccome quelle che al creditore competono contro il possessore del pegno e reclamano soltanto il nudo possesso (2). Trovano appoggio nella lettera dei testi, perchè nella d. L. 4, §. 21 è detto « si rem subripuerit, et vendiderit »; e nella d. L. 5 « si rem subripuero, eamque distraxero », locuzioni queste che dimostrano non bastare alla purgazione del vizio il solo fatto del furto, ma esser mestieri che il padrone abbia successivamente alienata la cosa.

La teoria, frutto di uno sforzo d'ingegno, al quale fu spinto l'eru-

(1) Si alii rem non vendiderit, sed retinuerit, quam subripuit creditor, sane tunc non videtur in ejus potestatem pervenisse, quia creditor eam ei avellere potest. Et interim igitur, dum eam non avellit creditor, ea res usucapi non potest, quod maxime notandum est. » (**Cujacius**, loc. cit. Pauli. ad Edictum, §. si rem).

(2) « Quamobrem, si debitor creditori abstulerit rem pignori datam, quamdiu in sua potestate eam detinet, avelli ei potest, nec in ipsius potestatem censetur pervenisse. Tunc autem in ipsius potestatem perfecte pervenisse censebitur, cum rem surreptam vendidit, vel donavit, vel alitercunque in alium transtulit; quia non tenebitur hypothecaria, nec conditione, quae competunt creditori contra possessorem rei pignorate, et nudam tantum possessionem avocant, cum possessor non sit. » (**De Retes** loc. cit. §. 36).

ditissimo suo inventore dalla necessità di sciogliere i dubbi che in questa materia gli suscitavano le Fonti, non regge alla critica.

A prescindere dal peccato originale, da cui è affetta, di presupporre che il furto del dominus induca, come il *furtum rei*, la macula furtiva, la teoria del **Cujacio** si distrugge da per se stessa.

Se infatti la cosa, dopo il furto, era, presso il proprietario, incapace di usucapione, non è ammissibile che il semplice fatto della alienazione le faccia perdere la incapacità acquisita al momento del furto. Ciò sarebbe contrario ai principii del giure. Colui che acquista una cosa la acquista con tutte le qualità, con tutti i vizi che aveva presso il suo autore. « *Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos mansisset: idque toto Jure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum* » (1). Dato quindi che furtiva fosse la cosa presso il dominus, furtiva sarà presso lo acquirente. D'altronde è repugnante lo asserire che la cosa rientri in potere del padrone precisamente nel momento in cui egli ne abbandona il possesso. E tanto più repugnante in quanto la alienazione che il dominus faccia del pegno rubato sarà rivolta ad assicurarsi il lucro del delitto, costituendone un quasi necessario complemento; sarà un nuovo furto (2).

L'argomento dedotto dal *vendiderit* e dal *distraxero*, che si leggono nelle d. L. 4, §. 21 e L. 5, prima di tutto per se non è decisivo. Dall'essersi **Cassio, Paolo e Modestino** soffermati sulla ipotesi la più naturale, quella in cui il ladro alieni il pegno rubato, non segue che la regola della usucapibilità non proceda quando la alienazione non sia intervenuta. Ma, astrazione fatta da ciò, esso è condannato dalla surriferita L. 20, §. 1 De furtis. In questa si dice solamente « *eamque ego subripuero* »; e, cionondimeno, si conclude egualmente per la usucapibilità (3).

(1) L. 67 D. De contrah. empt. 18, 1. Conformemente a quanto dice **Pomponio** in questo frammento, **Ulpiano** alla L. 20 D. De adq. rerum dom. 41, 1: « *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit.* » Vedi pure: L. 175, §. 1; L. 177; L. 54; L. 59; L. 143 D. De regulis juris 50, 17.

(2) L. 66 pr. D. De furtis 47, 2.

(3) Non è accettabile la interpretazione che di questa L. 20, §. 1 dà il **De Retes** (loc. cit.) per conciliarla colla sua teoria della necessità dell'alienazione da parte del dominus per rendere usucapibile la cosa da lui rubata. Nella

§. 18.

Dalla stessa causa rimase fuorviato il **Donello** (loc. cit. §. III) e con esso l'**Oswaldo** che l'approva. Premette che il furto commesso dal padrone dà alla cosa il carattere di furtiva. Ed il vizio non viene purgato, perchè con esso non vien la cosa in suo potere « *quia nec venit in ejus potestatem. Non enim videtur venisse, quae ei avelli a creditore hypothecaria actione potest.* » Ne conchiude che purgazione avverrà quando la cosa sia ritornata al creditore. Ciò contraddice a quanto venne costantemente ricevuto dai prudenti interpretando la legge Atinia. Ma **Donello** giustifica la sua proposizione col rilevare che non propriamente la cosa può usucapirsi solo perchè ha fatto ritorno in potere del creditore, ma perchè soltanto da questo momento si deve intendere sia ritornata in potere del padrone. Prima il padrone possedeva, ma era soggetto ad essere spossessato. Restituita la cosa al creditore, più non gli si può torre il possesso, che è in lui nel modo più efficace (*maxime*) confermato per mezzo del creditore. « *Quo fit, conchiude, ut tunc primum maxime intelligatur res in domini potestatem venisse. Ideo species*

d. L. 20, §. 1, egli dice, si finge il furto perpetrato dal padrone a carico di chi in buona fede avea dal non domino comprato la cosa od il semplice usufrutto. In tal caso la usucapibilità della cosa sottratta daterebbe dal momento del furto, perchè il dominus non potrebbe venire in alcuna guisa spossessato. L'*actio furti* non tende alla recuperazione della cosa, ma è una semplice azione penale diretta alla riparazione del danno. La *condictio furtiva* non competerebbe al derubato, perchè spetta al solo proprietario. La Publiciana, che il derubato potrebbe esercitare, non è esperibile contro il proprietario. Rispondiamo che anzitutto non è esatto che in questo frammento si contempra l'usufrutto costituito dal non domino: *Si bona fide rem meam emeris, eamque ego subripuero*. E qui si suppone il furto fatto al *b. f. possessor*. Prosegue « *vel etiam tuus ususfructus sit* ». Si passa al caso dell'usufruttuario, distinto dal precedente come lo dimostra il *vel*. Non si dice che l'usufrutto abbia causa da chi non avea diritto sulla cosa: ciò d'altronde è escluso dal *tuus*, che denota il vero diritto all'usufrutto. Cade quindi il ragionamento del **De Retes**. Il quale ha poi l'altro difetto di non completare la serie dei mezzi, che lo spossessato non dominus può adoperare per riavere il possesso della cosa carpitagli, quali risultano dai passi superiormente citati, alla nota 2 p. 51, fra i quali l'*utrubi* nel diritto classico, e nel giustiniano l'*uti possidetis*; giacchè chi possiede *clam* perde, *inferior est*.

etiam ad priorem definitionem pertinet », cioè si rientra, anche per questo caso, nella regola generale che purgazione avviene col solo ritorno al padrone.

La teorica di **Donello** prova come il deviamiento dai principii trascini di inconseguenza in inconseguenza. Certamente, dato che il furto del dominus renda la cosa furtiva, anche quello di **Donello** si presenta quale un mezzo ingegnoso per liberare la cosa da una eterna inusucapibilità, senza urtare, apparentemente, contro i principii. Ma non è accettabile. Ripetiamo che anche qui è sbagliata la base del sistema. Indipendentemente da ciò, egli è facile il rilevare che quanto sostiene **Donello** contraddice col principio fondamentale scritto al §. 6 h. l., secondo il quale il ritorno al creditore non è valido mezzo di sanare la furtività. Nè può giovare l'addotto ripiego che veramente il possesso del creditore non sia che un riverbero di quello del debitore proprietario, presso il quale sempre rimane il vero possesso. Perocchè, accolta questa idea, verrebbe a svanire la regola del d. §. 6, dovendosi il possesso del creditore ritenere sufficiente semprechè egli non voglia intervertirlo e commettere così a sua volta un altro furto; giacchè, allo infuori di questa ipotesi, si intende che egli possiede a nome del suo debitore. Si adatta inoltre a questa interpretazione quanto dicemmo per quella suggerita da **Cujacio** e da **De Retes**. A mani del dominus la cosa si conserva furtiva. Se egli la trasferisce in altra persona si manterrà sempre il vizio. In forza di quale principio dovrebbe invece dirsi scomparso se questa persona, invece di un terzo, sia il creditore?

§. 19.

Il principio che nel caso di furto commesso dal dominus non appare sulla cosa rubata macchia furtiva ha mestieri di essere liberato dalla difficoltà che contro di esso fa insorgere un frammento tratto da **Paolo**, che pur del principio stesso è il propugnatore. L. 49 h. t. (Labeo lib. 5 Pithanon a Paulo Epitomatorum).

« Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus; Imo forsitan, et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, subriperis: erit ea res furtiva facta, sed, simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit. »

Riferisce **Paolo**, togliendola da **Labeone**, la massima di incontestabile verità che se alcuna cosa sia sottratta non potrà usucapirsi prima che abbia fatto ritorno in potere del padrone. Ma egli

riprende **Labeone** « *Imo forsitan, et contra;* » e dice che se il dominus abbia carpito il pegno, questo diverrà furtivo e si usucapirà solamente allorchè sia ritornato al creditore.

Secondo questo frammento quando il furto sia avvenuto per opera del dominus si inizierebbe per la cosa rubata un periodo di inusucapibilità. Il quale non cesserebbe nel momento stesso del suo cominciamento, ma perdurerebbe fino al tempo in cui la cosa non fosse pervenuta al creditore. **Paolo** contraddirebbe manifestamente se stesso; la d. L. 49 urterebbe colle citate L. 4, §. 21 h. t. L. 5 Pro empt. e L. 20, §. 1 De furtis.

È reale ovvero soltanto apparente una tale contraddizione?

La antinomia venne quasi sempre dagli scrittori esclusa. Però la conciliazione dei detti frammenti diede luogo ad opinioni tra di loro disparatissime: noi entriamo in una vera *quaestio vexata*.

Prima di esporre il nostro sistema avvisiamo conveniente di passare in rapida rassegna i principali fra i vari modi di conciliazione che si andarono nella scuola escogitando: sarà questo un processo di eliminazione che gioverà ad assodare quanto saremo per dire.

§. 20.

Il **De Retes** (loc. cit. §. 36) ritrae dal suo sistema un modo abbastanza soddisfacente di mettere in armonia i detti testi. Nella d. L. 4, §. 21 **Paolo** dice purgato il vizio perchè la cosa sarebbe stata sottratta non solo, ma anche alienata « *subriperit et vendiderit* ». Nella L. 49 invece egli suppone la cosa soltanto carpita « *subriperis*. » Quindi giustamente in tal caso venne deciso non esservi purgazione, perchè il semplice fatto dello aver il padrone sottratto non basta ad escludere la furtività. Epperò manca fra i due frammenti di **Paolo** qualsiasi contraddizione.

Una identica soluzione della antinomia che presentano i frammenti in esame adotta il **Donello** (loc. cit. §. 10).

Non occorre ci soffermiamo a confutare una tale conciliazione. Essa ha per presupposto necessario la verità di quanto abbiamo testè dimostrato erroneo. Soprattutto la L. 20, §. 1 De furtis, nella quale, pur contenendosi come in questa L. 49 soltanto il « *subriperio*, » si arriva alla conclusione opposta della usucapibilità, mette nel nulla questo sistema.

§. 21.

Una spiegazione affatto diversa vien presentata dal **Cujacio**. Egli premette essere fuori di controversia che può essere usucapito il pegno una volta entrato in potere del creditore « *Illud jam quidem est fuitque semper extra omnem controversiam, pignus usucapi posse, quod in creditoris potestatem redisset.* » Il dubbio, al quale accennano **Paolo** e **Modestino**, fu relativo al solo caso in cui il pegno fosse ritornato, non al creditore, ma al pignorante. In questo frammento **Paolo**, correggendo **Labeone**, intende solamente di dire non essere in tutto il suo rigorismo vera la regola ricordata da **Labeone**, in quanto il ritorno del pegno al creditore lo rendeva del pari usucapibile. Però egli non esclude che il ritorno al dominus, giusta quanto altrove da lui stesso viene insegnato, valga a purgare la furtività (1). In conseguenza non evvi alcun motivo per accusare **Paolo** di incostanza nelle sue teorie.

Avrebbe peso la conciliazione di **Cujacio** se non le ostasse il difetto della petizione di principio, se fosse vero cioè il presupposto da cui essa prende le mosse. La affermazione così recisa che il ritorno al creditore cancelli la macchia furtiva non avrebbe, al postutto, altro fondamento che la L. 49 in esame: essa sarebbe invece contraddetta dagli altri frammenti suindicati coi quali vuolsi far concordare.

Occorrerebbe quindi di provare quello che **Cujacio** si limita a dichiarare essere ed essere stato sempre *extra omnem controversiam*. Ed anzi precisamente in questa prova consisterebbe la tentata conciliazione. D'altro canto di purgazione non può esser parola laddove vizio non esista. E noi mostrammo che non sorge il concetto di furtività quando il dominus è colui che sottrae la cosa.

Se non che la massima esser in ogni caso sufficiente la reversio al creditore perchè debba dirsi purgato il vizio di furtività, con tanta sicurezza ed in modo sì generale da **Cujacio** in questo punto

(1) Fuit enim ea mens Paulo, ut non sublatis principiis sectae Labeonis, ostenderet interdum accidere, ut furtiva res usucapi posset, etiamsi in potestatem domini non redisset. Verum non dixit pignus creditoris subreptum usucapi aliter non posse, quam si in potestatem creditoris redisset (**Cujacio** loc. cit. ad tit. De usurp. et usuc. in L. 4, §. 21).

enunciata, deve invece giudicarsi erronea. Ciò risulta da quanto abbiamo finora detto sulla interpretazione data dai giureconsulti romani alla legge Atinia: così vuole, in modo che non ammette replica, la L. 4, §. 6 h. t. già da noi esaminata « *Igitur creditoris surrepta et ei cum commodata est, in potestatem domini redire debet* (1). »

§. 22.

Dai precedenti differisce il sistema del tutto speciale col quale il **Voet** ha a sua volta tentato di far cessare le divergenze che presentano i frammenti in esame (2).

(1) La massima, incontrovertita secondo **Cujacio**, ammessa da **Donello** (loc. cit.) e da alcuni altri, sebbene modernamente rimessa in campo da **Ruggieri** (loc. cit. §. 587), non trova attualmente più seguito. Essa è contraddetta da **Pulvaeus** (loc. cit. XIV), il quale dichiara che la d. L. 4, §. 6 « *eorum sententiam confutat, qui illud semper extra omnem controversiam fuisse asserunt; pignus usucapi posse, quod in creditoris potestatem redisset.* » Il **Van-gerow**, che l'aveva adottata nelle prime edizioni del suo trattato, dichiara di dover rettificare la proposizione al riguardo scritta, perchè ad essa contraddice assolutamente la d. L. 4, §. 6 h. t., e perchè l'eccezione che si suppone sia in questo frammento, che cessi il rapporto prima intercedente fra il derubato e la cosa rubata, è manifestamente arbitraria. V. anche **Puchta**, Pand. §. 158 nota i ed 1; **Schmid**, Handb. pag. 204 e seg., **Pothier**, loc. cit. §. XVIII; **Arndts-Serafini**, §. 162 nota 3 lett. b.

A far fede delle discrepanze cui diè luogo questa materia della reversio in potestatem è in questo punto a dire che alcuni antichi giureconsulti, all'appoggio della d. L. 49 vogliono che la cosa debba ritornare in potere del creditore solamente in quanto possa essere usucapita contro il debitore relativamente al suo diritto di pegno o d'ipoteca; non già perchè possa diventare usucapibile contro il dominus rispetto al suo diritto di proprietà. Così: **Castro** nella d. L. 4, §. 21 h. t.; dopo di avere posto esattamente il principio « *Quando dans surripuit rem suam, et ei qui habebat justam causam detinendi, et jus in re, non efficitur res furtiva, et sic est usucapibilis, licet furtum committatur.* » **Bartolo**, **Caepolla** eod.; **Bronchorstius** (loc. cit.); **Robertus**, Animadversiones 2, 29; il quale poi recede (Not. Merc. 2, 29). V. anche **Pichardus** (loc. cit. n. 4).

Non si può aderire alla distinzione proposta da questi giureconsulti per l'ovvio riflesso che in tutti i frammenti della nostra materia si parla sempre ed esclusivamente della usucapibilità o meno della cosa e mai è cenno della usucapione riflettente il solo diritto di pegno o di ipoteca.

(2) Comm. ad Pandectas lib. XII, tit. III, n. V. Questa conciliazione del **Voet**, sebbene in modo assai dogmatico, è adottata anche dal **Perezius** (Praelectiones in duodecim libros Cod. Justin. lib. VII, tit. XXVI, n. 5).

Sull' autorità della L. 49 h. t. egli ritiene che il pegno sottratto dal debitore proprietario diventa furtivo e riacquisti la potenza di essere usucapito, tosto ritornato presso il creditore. Al che, egli prosegue, non è contrario ciò che da **Paolo** venne scritto alla L. 4, §. 21 h. t. e da **Modestino** alla L. 5 Pro emptore. Questi frammenti trattano della cosa altrui che il possessore ad usucapionem, dopo d'averla data in pegno, abbia al creditore carpita e ad altri venduta. Si decide in essi che la sottrazione fatta dal possessore non è di ostacolo al continuare della usucapione a favore di colui che la cosa sottratta abbia dal debitore acquistata. E ciò perchè nè colla costituzione del pegno, nè col successivo furto della cosa oppignorata, il debitore perdè quel giusto possesso che è poscia passato nell'acquisitore.

I frammenti in discorso si riferiscono ad un ordine di rapporti diversi da quelli regolati nella L. 49: perciò non è possibile un urto tra di loro.

Anche la soluzione del **Voet** deve essere, siccome erronea, proscritta.

Neghiamo anzitutto che nei frammenti di cui si ragiona contemplinsi, come vuolsi dal **Voet**, fattispecie diverse. Abbiamo già altrove ammesso che la L. 5 Pro emptore tratta veramente del *b. f. possessor*. Altrettanto non può dirsi della L. 4, §. 21. Nulla difatti autorizza a riferirla al *b. f. possessor*, piuttostochè al dominus. Ed anzi l'essere in questo frammento richiamato l'avviso di **Cassio**, ed accennata la disputa cui diè luogo quel punto di diritto, persuade siasi in esso risoluto il caso più ovvio di un pegno costituito dal dominus anzichè quello più raro ed anomalo in cui il pegno sia stato dato dal semplice possessore. Nè il *videtur* pervenisse in potestatem domini che nel d. §. 21 si legge persuade, come il **Voet** vorrebbe, mirarsi in esso più che al vero dominus, ad un *b. f. possessor*, perchè già vedemmo altro poter essere lo scopo di questa locuzione.

Lo assunto del **Voet** è poi combattuto dalla L. 20, §. 1 De furtis, da lui affatto pretermessa. È incontrovertibile che in essa **Paolo** parli del dominus che abbia tolta la cosa al *b. f. possessor*. Ivi: « *si bona fide rem meam emeris, eamque ego subripiero* ». Ho sottratto la cosa mia: ne son dunque il padrone. Il concetto è confermato dalla parte finale del frammento « *quoniam et si alius subripiat, et in mea potestate reversa res fuerit, usucapiebatur* ». Si accenna al ritorno *in mea potestate*, appunto perchè io sono il dominus.

Questo frammento adunque tratta del furto sulla cosa sua consumata dal padrone, e dà tuttavia una soluzione identica a quella scritta nelle d. L. 4, §. 21 h. t. e 5 Pro emptore. Non sembra dunque accoglibile che la regola scritta in questi frammenti costituisca, come da **Voet** si asserisce, un gius singolare pel *b. f. possessor*. Dovrebbe almeno dimostrarsi il come questa proposizione possa conciliarsi colla d. L. 20, §. 1.

La teorica del **Voet**, oltre a ciò, non evita gravissime incongruenze. Infatti, rimanendo in essa, il dominus ha dato a pegno una cosa: poscia l'ha rubata e venduta. La cosa arriverà al compratore macchiata di furtività. Invece chi dà a pegno, ruba e vende è il *b. f. possessor*. Il compratore acquisterà la cosa monda da ogni vizio furtivo. Quale la ragione della differenza? Se il furto del dominus rende la cosa furtiva, per eguale, se non per maggior ragione, dovrà renderla il furto del *b. f. possessor*. Si ammetta che questi debba aver diritti pari a quelli del dominus; ma non ch'egli ne abbia dei maggiori.

§. 23.

Secondo il **Pulvaeus** (1) dovrebbe, sostanzialmente, ammettersi che **Paolo** colla L. 49 pugni con se stesso. Ma ciò avrebbe fatto non tanto per mettere in forse quello che risulta dagli altri frammenti, quanto per secondare un tal quale spirito di contraddizione, (*dubitanter contradicendique studio*) dal quale vizio, egli dice, non vanno immuni i giureconsulti. Contro alla regola di **Labeone**, **Paolo** avrebbe opposto il caso da lui esemplificato nel quale la cosa può essere usucapita, quantunque non sia in potere del dominus, ma in quello del creditore. Si sarebbe da **Paolo** fatto un giuoco di parole: peccchè gli è vero che la cosa è usucapibile presso il creditore, ma lo è in quanto lui pervenne, dopo il furto, dal dominus suo debitore. E come si sarebbe usucapita presso qualsiasi altro cui l'avesse trasmessa il debitore, così lo è, se giunta nuovamente al creditore « *nihil enim refert a debitore alii postea distrahatur, aut ad creditorem perveniat* ».

È difficile il poter consentire a siffatta opinione. L'autorità e la profondità di **Paolo** rende impresumibile ch'egli siasi servito

(1) Loc. cit. §. XIV.

di un mezzo tanto superficiale per combattere **Labeone**. Perchè poi fosse vero quanto il **Pulvaeus** asserisce occorrerebbe che la cosa rubata fosse dichiarata usucapibile anche prima del ritorno al creditore, o che, almeno questo punto si fosse lasciato nell'ombra. Invece dice **Paolo** che « *simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit* ». Ciò significa che la usucapibilità non comincia che nel momento in cui la cosa giunge al creditore e mai prima, ed esclude, contrariamente a quanto dice il sullodato autore, che sia indifferente l'essere la cosa dopo il furto, per opera del debitore, passata nelle mani di un terzo, anzichè in quelle del creditore (1).

§. 24.

Una opinione seguita da pochi fra gli antichi e molto accreditata invece presso i moderni scrittori mette in armonia la L. 49 colle altre sovra citate col riferirla al caso in cui un non proprietario abbia sottratta al creditore con pegno la cosa da lui pigno-

(1) La tesi della contraddizione si sarebbe potuta sostenere in modo più deciso e con argomenti migliori.

La L. 49 è tolta dall'Epitome che **Paolo** fece dei *Pithana* di **Labeone**. Ora uno degli scopi che si propose **Paolo** nella sua Epitome fu quello di temperare ciò che di troppo apriorico ed assoluto, di fronte ai casi della vita pratica, eravi nelle massime formanti l'opera di **Labeone**. Si è perciò che talora troppo irriverente è il linguaggio da **Paolo** usato verso il grande antecessore. Aggiungasi che mentre **Labeone** fu il primo fondatore della scuola Proculiana, Paolo invece fu più ligio alla scuola Sabiniana. Tutti questi motivi di dissensione possono effettivamente aver determinato **Paolo**, mentre lo annotava, a riprendere **Labeone** nel punto in cui, in modo assoluto, insegnava essere sempre necessario alla purgazione della furtività il ritorno al dominus, ed a mettere innanzi la proposizione che questa necessità non esistesse nel caso del furto fatto dal dominus al creditore pignoratizio. Nè potrebbe dirsi anomala la incostanza di **Paolo**; perchè la opinione contraria sarebbe stata manifestata in opere di data e d'indole diversa. Infatti la L. 20, §. 1 De furtis appartiene ai Libri di **Paolo** ad Sabinum, e la L. 4, §. 21 ai Libri ad Edictum. Sotto un altro ordine di idee la reale antinomia potrebbe spiegarsi con una alterazione fatta dai compilatori del Digesto nel testo dell'Epitome a **Labeone**. Si ripeterebbe in questo punto il fatto che, come è noto, avvenne pei frammenti relativi alla proprietà della *insula in flumine nata*.

rata (1). Sotto tale ipotesi il responso del giureconsulto s'accorderrebbe pienamente colle altre sue decisioni, nelle quali verrebbe sentenziato su di un caso al tutto diverso, quello cioè in cui chi dà a pegno sia il proprietario.

Benchè difeso da prestanti giureconsulti, sembraci non debba esservi esitazione nello scostarsi da un cosiffatto modo di porre l'accordo nei frammenti controversi. E ciò per due ragioni, decisive entrambe.

Il supporre che la L. 49 tratti del pignorante non proprietario non può altrimenti qualificarsi che un'arbitraria presunzione dello interprete per vincere e togliere le difficoltà che su questo punto presentano i testi. Nulla in essa si contiene che la giustifichi. È vero che **Vangerow** tenta di corroborarla col rilevare che « in questo frammento è accuratamente evitata ogni allusione ad un diritto di proprietà del pignorante ». Si risponde prima di tutto che il silenzio da solo non basterebbe per rimuovere il frammento dalla ipotesi più ovvia, quella in cui chi dà in pegno, sia il proprietario della cosa pignorata, per riferirlo all'altra, meno probabile, di un pignorante non proprietario. E poi nemmeno corretto si ravvisa il fatto rilievo. Nella prima parte del frammento si parla espressamente del dominus « *antequam in domini potestatem* ». È logico quindi e naturale che nella susseguente, pur volendosi restringere la regola stabilita da **Labeone**, siasi da **Paolo** presupposto che dominus fosse quel pignorante e ladro, a riguardo del quale il ritorno in suo potere non sanerebbe la furtività. Così si mantengono esatti i termini dell'antitesi che da **Paolo** si volle far risaltare: altrimenti sarebbe scosso il senso ed il contesto del passo.

La conciliazione che combattemmo è, oltre a ciò, annichilata dai principii ammessi da coloro stessi che la difendono. Si riconosce che, nella fatta ipotesi, il ritorno al debitore non sana la furtività in quanto egli non è il proprietario. Perchè invece la cosa

(1) La difendono: **Viviano**, Ad L. 6 C. De usuc. pro emptore; **Pacius**, Enantioph. cent. VI, conc. 98; **Amaya**, loc. cit. n. 23; **Unterholzner**, loc. cit. 1 §. 71; **Puchta**, l. c. §. 158; **Schmid**, Handbuch. p. 203 e seg. not. 28; **Sell**, l. c. p. 169; **Boecking**, l. c. p. 78 not. 8 l. a.; **Vangerow**, Pandekt. §. 317; **Windscheid**, Pandekt. §. 182 not. 6; **Arndts-Serafini**, §. 162 not 3 l. b.

ridiverrà usucapibile colla reversio al creditore? Nemmeno egli è il proprietario. Ed è poi inconcusso che l'essere semplicemente ritornata in potere del creditore, non restituisce alla cosa la impossibilità di essere usucapita, tolta dal furto (1).

§. 25.

Semplice è il sistema che, per eliminare i dissensi, ha proposto **Huschke** (2). **Paolo** nella sua aggiunta si sarebbe finto uno fra i giureconsulti romani, pei quali il furto del dominus era un ostacolo alla usucapione. Il senso del passo sarebbe il seguente: si può invece affermare il contrario (della massima di **Labeone**) perchè, seguendo una dottrina non isconosciuta, se il debitore viene a possedere arbitrariamente la cosa data in pegno al suo creditore, essa diventa furtiva; quando questi la riacquisti può cominciare la usucapione.

Non isfugge tale interpretazione a serie obiezioni. In primo luogo il contesto del passo non la favorisce: nulla havvi in esso che persuada essere stata la correzione posta nello scopo di accennare ad una controversia meramente scolastica, la quale avrebbe potuto condurre ad una diversa sentenza. **Paolo**, nella ipotesi di cui in questo punto si occupa, invece si esprime in termini tali da manifestare un avviso decisamente contrario a quello di **Labeone**, « *Imo forsitan et contra* » Anzi secondo i casi il contrario. Fin qui la locuzione è dubitativa, perchè egli non aveva certo in animo di dichiarar sempre erronea la regola di **Labeone**, bensì soltanto di limitarla. Ma quando viene al caso specifico, dopo il *nam*, evvi il senso di una precisa affermazione. Nè d'altronde l'ultima proposizione potrebbe assumere un significato ipotetico in virtù del *for-*

(1) Consulta: **Schirmer** (loc. cit. pag. 194) e **Pagenstecher** (loc. cit.). Quest'ultimo dopo di aver respinto la ipotesi che **Paolo** in questa L. 49 finga un pegno, passato al creditore in forza di *mancipatio fiduciae causa*, e combattuta la interpretazione di **Böcking** e di **Arndts**, ossia quella da noi nel testo oppugnata, sembra limitarsi a rilevare l'antinomia e ad accettare l'avviso opposto a quello apparente dalla L. 49. E ciò, com'egli stesso dice, per logica giuridica; perchè il pignorante non può mai rubare la proprietà al creditore pignoratizio.

(2) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XIV, p. 258, 259.

sitan; perchè la funzione dubitativa di esso già da **Paolo** era stata esaurita quando lo avea adoperato per denotare che la sentenza di **Labeone** potea essere suscettiva di restrizioni.

A prescindere da ciò sembra del tutto inverosimile che siasi da **Paolo** voluto riprendere **Labeone**, col sostituire alla sua una opinione che pur esso **Paolo** disapprovava. Ed è poi supponibile che i compilatori del Digesto abbiano voluto inserire nella loro opera legislativa una simile correzione, fatta in omaggio ad una teorica così da essi respinta come dall'autore della correzione stessa? (1).

§. 26.

Dopo di avere esplorati i vari sentieri che vennero infruttuosamente battuti per raggiungere il punto nel quale si concordassero i dissenzienti testi, ci incombe ora di indicare quale veramente debba essere seguito.

Noi avvisiamo lo intento con facilità raggiunto ove si abbia in vista che la L. 49 tende a regolare lo identico rapporto di diritto per il quale provvede l'Imperatore Filippo colla Costituzione riferita alla L. 6 C. De Usuc. pro emptore 7, 26; che essa è di questa Costituzione nelle Fonti giustinianee quale il complemento, la integrazione. (2)

Così dispone la cennata L. 6:

« Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam: palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi. »

È opinione comune che con siffatta Costituzione siasi sancito il principio che quando il proprietario di una cosa mobile da lui gravata di ipoteca, la alieni, e commetta così un furto a riguardo della cosa stessa, questa diventi inabile alla usucapione. E che ve-

(1) Vedi **Schirmer** (op. cit. pag. 193).

(2) I Basilici non arrecano alcun contributo alla interpretazione del nostro frammento, perchè non fanno che riprodurlo. « Τὸ κλαπέν, εἰ μὴ πάλιν εἰς τὸν δεσπότην ἔλθῃ, οὐ διὰ τὸ κρᾶσθαι δεσπόζεται. εἰ δὲ ὁ ηνεχύρασέ τις, κλέψῃ κλεψιμαῖου μὲν ἐστίν, ὑποστρέφον δὲ εἰς τὸν δανειστὴν διὰ τῆς χρονίας νομῆς δεσπόζεται. » Res furtiva, nisi rursus ad dominum pervenerit, usu non capitur. Sed si quis subriperit, quod oppigneravit, furtivum quidem est, sed ad creditorem revertens usucapitur. (Basilic. Libri LX Ediz. di **Heimbach**, l. c. §. 47).

ramente nella specie si tratti della distrazione di un pegno rimasto a mani del debitore è cosa messa fuori di contestazione dal « *rem pignori fuisse obligatam* » formola questa che nella terminologia romana designa la costituzione di una ipoteca (1). Così che la cosa alienata sia dichiarata inusucapibile è accertato dal « *palam est, non potuisse eam quasi furtivam usucapi* ».

Ora niuna difficoltà si frappone a che la d. L. 49 si intenda scritta per la identica fattispecie « *Si id, quod mihi pignori dederis, in essa si legge, subriperis, erit ea res furtiva facta, sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit* ». Se hai sottratta la cosa oppignoratami, diverrà furtiva, ma potrà usucapirsi non appena sia tornata in mio potere. È precisamente l'istesso caso cui dettò regola Filippo.

Nè ostano il *pignori dederis*, ed il *subriperis*, i quali, potrebbe obbiettarsi, escludono la idea di una cosa semplicemente ipotecata, e presuppongono la dazione di un vero pegno. Il *pignori dare* è adoperato nelle Fonti per significare tanto la ipoteca, il pegno ipotecario, quanto il pegno propriamente detto. E prova convincentissima ne abbiamo nella L. 29, §. 2 D. De pign. 20, 1, in cui lo stesso **Paolo** per designare la ipoteca consentita sopra una casa dice « *domus pignori data* » (2). La quale promiscuità di linguaggio trova il suo riscontro e la sua ragione nella promiscuità di regole che nel sistema del diritto romano era riconosciuta così per il pegno che per la ipoteca. Similmente il *subriperis* non è impropriamente usato per denotare la indebita alienazione della cosa ipotecata, la quale pur costituisce furto. Troviamo difatto nello stesso senso usato l'*aufferre* alla L. 19, §. 6 D. De furtis « *Furtum autem rei pignoratae dominus non tan-*

(1) Evvi qualcuno il quale contesta questa interpretazione della d. L. 6 ammettendo invece che nel caso risolto dal rescritto imperiale il pegno fosse appartenuto ad un terzo diverso dal pignorante. (Così: **Vivanius** l. c. — **Pichardus** l. c. — **Amaya** l. c. — **Baldwinus** l. c. — **Puchta**, Pand. §. 158, not. 4 — **Arndts**, Pand. §. 162, not. 3 — **Windscheid**, Pand. §. 182 not. 6). Si fonde anche da tali scrittori questa L. 6 colla L. 49 nel senso appunto che in entrambe si tratti di un pegno dato da un non proprietario. Vale qui quanto dicemmo sopra al §. 24. Infatti nella Costituzione di Filippo non vi è indicazione alcuna che permetta di desumere essersi deciso sul pegno dato dal non domino.

(2) **Adde**: L. 1, pr.; L. 3, §. 1 D. De pign. 20, 1; L. 15 D. Qui pot. in pign. 20, 4.

tum tunc facere videtur, cum possidenti, sive tenenti creditor aufert: verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat: utputa si rem pignoratam vendidit: » È poi naturale che **Paolo**, volendo dire in correlazione a quanto avea riferito di **Labeone**, siasi servito del verbo corrispondente al *subreptum*, da questo adoperato.

Ed allora ogni antinomia è tolta. Nella L. 49, come nella Costituzione di Filippo, si esemplifica un debitore che sottrasse il pegno, lasciato dal creditore presso di lui. Nelle L. 4, §. 21; 5 Pro emptore e 20, §. 1 De furtis invece si sentenzia in contemplazione di un pignorante che abbia carpito il pegno stato da lui in precedenza consegnato al creditore.

La L. 49 adunque è rivolta a dar norma per un rapporto di natura diversa da quello regolato dai frammenti ai quali sembra contraddire: epperò la diversa disposizione non esibisce alcun argomento per inferirne un contrasto. E come, senza difficoltà, è accettato il disposto della Costituzione di Filippo, così, per identità di ragione, deve essere accettato quanto sancisce la L. 49.

La quale non senza ragione ebbe ad essere inserita nelle Pandette in quanto, come dicemmo, costituisce la integrazione della d. L. 6. Questa infatti si limita a dichiarare inusucapibile la cosa ipotecata che abbia distratto il debitore. Ma tace circa al modo in cui la idoneità alla usucapione potrà essere recuperata. Gli è vero che i principii adottati dalla giurisprudenza avrebbero facilmente supplito a tale silenzio. Ma un testo che formalmente dichiarasse per questo caso la norma della purgazione del vizio furtivo non era certo una superfluità, tanto più tenendo conto che diverse erano le disposizioni al riguardo sancite pel furto del vero pegno. A ragione quindi i compilatori si soffermarono sopra questo frammento di **Paolo**.

§. 27.

Il principio che si deduce dalla citata L. 6 ed, aggiungiamo noi, anche dalla d. L. 49, venne tacciato di sottigliezza (1), in quanto il motivo della diversa soluzione adottata pel furto rispettivamente del pegno o della ipoteca si ripone dagli scrittori in ciò che nel primo caso si ha una reversio ad dominum, della quale

(1) **Arndts** (loc. cit.).

non puossi parlare nel secondo, perchè col furto la cosa non ritorna, ma si allontana dal padrone.

Certo l'accusa, in quanto è rivolta al principio, non è immeritata: perocchè anche in questa specie, come in quella della sottrazione per parte del dominus di un vero pegno, manca la ragione della inusucapibilità. Ma non devesi dimenticare che noi studiamo il diritto romano positivo, e che lo interprete deve accettarlo quale esso è. Ora che le Fonti, nel caso della distrazione di una cosa ipotecata dispongono la inusucapibilità è dimostrato dalla interpretazione letterale dei passi succitati.

Questo risultato poi è tanto più sicuro in quanto in esso concorrono altre ovvie riflessioni. Egli è certo, nel sistema romano, che l'alienazione della cosa ipotecata, la quale sotto altri aspetti può assumere il carattere di stellionato (1), vale furto « *Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditor, sive speciali pactione tantum obligaverat.* » (2). Sappiamo che, secondo una determinata classe di giureconsulti, probabilmente i Proculiani (L. 4, §. 21 h. t.; L. 5, D. Pro emptore), quello del proprietario, come ogni altro furto, generava il vizio della furtività. La usucapibilità da **Cassio** e da' suoi seguaci non altrimenti si ottenne se non in forza della già discussa implicita *reversio in potestatem domini*. Gli è vero che questa non fu precisamente la traduzione dell'intima ragione per cui la inusucapibilità veniva diniegata, ma piuttosto una formola dai giureconsulti adoperata, siccome più facilmente persuasiva, in quanto moveva dalla forma esterna ed apparente dei fatti. Ma essa venne gettata nel campo giuridico; e dovè produrre i suoi frutti: non è nuovo nella nostra scienza che formule impropriamente redatte sien passate per l'autorità dei loro inventori di bocca in bocca ed abbian dato luogo a sistematiche costruzioni scientifiche, che solo una successiva ed illuminata critica ebbe a demolire.

Il fatto sembra confermato nel tema nostro. **Paolo**, il quale, come lo dimostra lo sviluppo che ne diè alla L. 20, §. 1 De furtis, si era profondamente assimilata la idea della implicita reversio; i consiglieri di Filippo, ebbero a riflettere che la specie da essi risolta non rientrava nei termini della formola data da **Cassio** e dalla sua scuola, perchè in essa la cosa, anzichè ritornarvi, esciva dal

(1) L. 3, §. 1 D. Stellionatus 47, 20.

(2) L. 66 pr. D. De furtis 47, 2.

potere del proprietario. Epperò, venendo meno la giustificazione del dissentire da quelli che ogni qualvolta si trattasse di furto commesso dal dominus esigevano il ritorno al creditore, accettarono per questo caso un avviso che non era senza fautori (1).

Dopo di avere così, esaurendo la prima parte del nostro programma, studiato in potere di chi debba tornare la cosa perchè venga purgato il vizio di furtività, dobbiamo ora passare alla seconda trattazione che ci siamo prefissi, dire cioè in che cosa veramente consista questo ritorno.

(1) Lo **Schirmer** (loc. cit. pag. 177 e seg.), il quale, come noi, fa procedere parallele le d. L. 49 h. t. e 6 C. De us. pro emptore, e spiega entrambe nel senso che esse presuppongano la distrazione fatta dal debitore della cosa da lui ipotecata, e richieggano per la purgazione della furtività il ritorno al creditore, difende in altro modo la data interpretazione dal rimprovero di sottigliezza fatto dall'**Arndts**, che pure egli rileva. L'inammissibilità della usucapione, secondo **Schirmer**, è conseguenza necessaria del fatto che il debitore ipotecario commette coll'alienazione della cosa ipotecata un furto completo rispetto al diritto del creditore, che poteva cambiarsi in proprietà. Epperò essa non urta colla regola che il *furtum possessionis* non imprime furtività, perchè quello del debitore ipotecario è un *furtum rei ipsius*, non essendo stata la cosa ipotecata presso il creditore. Non crediamo esatti, e tanto meno propri dei giureconsulti romani, questi concetti coi quali vuolsi, non già spiegare, ma giustificare una incoerenza che in questo punto è innegabile. È troppo azzardato lo affermare che il diritto del creditore ipotecario potrà cambiarsi in proprietà: ostano le norme regolatrici della realizzazione dei diritti del creditore. D'altronde finchè dura la ipoteca la proprietà è del debitore, e ciò rende impossibile per sua parte il *furtum rei*. Contraddicono la tesi dello **Schirmer** i testi, già esaminati, i quali consentono la usucapione del pegno dal dominus rubato e poi venduto. Nè sembrano sufficienti a rimuovere la contraddizione le riflessioni da lui fatte che il pignorante colla vendita posteriore del pegno carpito non toglie al creditore la libertà di far valere i diritti accordatigli dalla legge e dal contratto, perchè già li aveva perduti; e che il creditore colla successiva alienazione non commette un nuovo furto, perchè niuno può ripetere un furto sulla stessa cosa e contro la stessa persona, se nel frattempo questa non l'ha riavuta.

Pothier (loc. cit. §. XVIII) riporta le d. L. 6 e 49 al caso del debitore cui a nome del creditore, ad es. a titolo di locazione, era stata concessa la detenzione della cosa oppignorata. Tale conciliazione della L. 49 si avvicina assai alla nostra. Ma non pare debbansi aggiungere complicazioni, alle quali i testi non danno alcun argomento, quando si ha la ipotesi facile e dalle Fonti espressamente indicata, quella del debitore rimasto al possesso per aver concesso, invece di un vero pegno, una semplice ipoteca.

III.

Purgazione del vizio nella cosa furtiva in rapporto al modo di riacquisto.

§. 28.

Si presenta semplice la ricerca alla quale ci accingiamo, perchè sembra intuitivo il conoscere quando una cosa sia in potere di alcuno, quando cioè dipenda esclusivamente dalla sua volontà. Tuttavia nel tema nostro anche questo concetto della *reversio in potestatem* ha bisogno di essere fissato con esattezza, giacchè la nozione comune, non passata alla stregua dell'intero sistema di principii che regola la inusucapibilità delle cose furtive, riesce troppo materiale ed insufficiente, e può di leggieri trarre in inganno.

Per cogliere la idea giusta occorre ancora attingere alla sicura sorgente dei principii. Perchè il legislatore si determinò a dichiarare inusucapibili le cose furtive? Già ci occorre di dirlo più volte; per salvare il dominus dal danno di una usucapione, che la più oculata prudenza, atteso il sopravvenuto furto, non avrebbe potuto sfuggire. Conseguo da ciò essere logico il ritenere che la furtività è cessata, ovvero, ciò che si equivale, che la cosa è ritornata in potere del dominus, ogni qualvolta sia venuta meno pel derubato una siffatta impossibilità di opporsi alla usucapione. Infatti, data tale evenienza, non sussisterebbe più ragione alcuna per mantenere il divieto di usucapire. La *reversio in potestatem* pertanto consiste in quel cambiamento avvenuto nello stato di fatto della cosa rubata, pel quale il proprietario è messo in condizione di impedirne la usucapione.

È questo il criterio che abbraccia e spiega tutte le decisioni delle Fonti (1).

(1) Comunemente, da coloro che si soffermano a definire il ritorno *in potestatem*, viene insegnato che esso è la ripresa del possesso. Così **Donello** (loc. cit. §. V) « Potestatis verbum hic possessionem significat; habendi, tenendique potestatem, qualem dominus, seu prior possessor prius habuit, ut redire in potestatem sit redire in hanc ipsam possessionem ». Del pari **Cujacio** (loc. cit. §. Tunc, Pauli ad Edict.); **Pulvaeus** (op. cit. cap. XV). **Vangerow** pure dice che una cosa si reputa ritornata come nella potestas del proprietario o del derubato

§. 29.

Il caso normale, e certo il più saliente, del *reverti in potestatem* si è quello in cui il dominus riprenda il possesso della cosa rubata. Infatti, se a tanto sia riuscito, egli è certo che, in conseguenza del furto, niuno potrà usucapire la cosa rubata.

Ciò è attestato in molti luoghi delle nostre Fonti. Alla L. 10. C. de furtis 6, 2, già citata, è stabilita la inusucapibilità « *antequam ad dominum possessio revertatur* ». Ed alla L. 12 eod. « *priusquam a domino possideantur* ». Del pari alla L. 7 C. de usuc. pro emptore 7, 26 « *priusquam ad dominum ejus revertatur possessio* ». Così alla L. 4, §. 12 h. t. si dichiara essere ritornata la cosa al padrone, allorchè questi « *possessionem ejus nactus sit* ».

Evidentemente in tutti questi passi è affermato il principio che col riprendersi il possesso della cosa rubata si pone in atto il ritorno *in potestatem*.

Lo stesso è confermato da **Teofilo** (Paraph. Inst. §. 8 h. t.).

Οἷον κλέφας σὺ τὸν οὐκ ἐτήνη Τιτίου, ἢ βία λαβὼν τὸν αὐτοῦ ἀγρὸν ἐπωλησάς μοι ἐπέιχετο τὰ τῆς οὐσουκαπίουος· συνέβη ἐν τῷ μεταξύ ἀπ' ἐμοῦ ἐπὶ Τίτιον τὸν δεσπότην μετατεθῆναι τὴν νομὴν εὐδῶς παύεται τοῦ εἶναι φούρτιβα ἢ βί πρόσσεσσα τὰ πράγματα διο γενόμενα μετὰ ταῦτα ὑπο τὴν ἐμὴν κατοχὴν ἀκωλύτως οὐσουκαπιευθήσεται.

Ma il riacquisto del possesso per se non basta a costituire la *reversio in potestatem*. Perchè esso possa assumere una siffatta qualifica deve soddisfare a determinate condizioni. Può quindi, come già ci occorre di avvertire, verificarsi la ripresa del possesso senza che contemporaneamente succeda la purgazione della furtività.

Deve in primo luogo la restituzione aver luogo in modo irrip-

« wenn dieselbe wirklich in den Besitz desselben gelangt ist, und zwar in der Art *ut avelli non possit* ». **Schirmer** (loc. cit. pag. 152) segue pure l'idea che la *reversio* sia la restituzione del possesso. « In dieser Hinsicht ist nun die Wiedererlangung des entrissenen Besitzes gewiss, hinreichend ». Lo stesso è dell' **Arndts** (loc. cit. l. a.) il quale ripete il principio che la *reversio in potestatem* sia il recupero del possesso. Certamente da questi scrittori venne riconosciuta la insufficienza di tale proposizione, e rimediano collo enumerare altri casi, come aggiuntivi od eccezionali, in cui si ha la *reversio* benchè manchi la ripresa del possesso. Ma non si sono elevati fino alla concezione della regola o formula che dia di tutti ragione, che tutti li comprenda.

vevole; ossia il possesso deve essere acquistato in modo regolare e legittimo (*juste*) sì che al dominus non possa essere tolto. Ove ciò non sia accaduto, ove cioè il derubato sia bensì nel materiale possesso della cosa carpitagli; ma, in causa del difettoso modo di ricupero, sia esposto a doverlo lasciare, non saravvi reversio. Ed a ragione; perchè non può dirsi esservi ritorno in potere, per mezzo del riacquistato possesso, se questo è tale da poter essere, anche di fronte all'offensore, legittimamente perduto. Infatti in tal caso non fuvi vero acquisto di possesso « *non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit* ».

La regola è enunciata da **Paolo** in due distinti passi. L. 4, §. 12 D. h. t.

« Tunc in potestatem domini rediisse dicendum est, quum possessionem ejus nactus sit juste, ut avelli non possit ».

L. 4, §. 26 eod.

« Si dominus fundi possessorem vi dejecerit, Cassius ait, non videri in potestatem ejus rediisse, quando interdicto unde vi restitutus sit possessionem ».

In quest'ultimo frammento **Paolo** nomina espressamente l'*interdictum unde vi*. Nel primo mira solo alla forma antica dell'*interdictum utrubi* (1). In entrambi si ha perciò in vista l'interdetto possessorio. Si richiede, perchè siavi ritorno *in potestatem*, che il possesso sia stato semplicemente riacquistato *juste*, che si abbia cioè una *justa possessio*. Non ci soffermiamo ulteriormente su ciò, perchè il senso della frase *justa possessio* è noto (2). Solo ci incombe di porre in rilievo il come dall'esame del contenuto in questi passi non rimanga menomamente affievolito quanto abbiamo sostenuto in ordine alla purgazione della furtività col riacquisto fatto dal possessore ad usucapionem. Questi è bensì esposto a dover rilasciare il possesso al dominus che rivendichi; ma il suo possesso è, cionondimeno, giusto. E non importa che colui che riebbe la cosa rubatagli possa essere soggetto a vedersela togliere in modo legittimo, semprechè la restituzione alla quale sia obbligato non dipenda dal vizioso modo di riacquisto, dallo avere avuto una *injusta possessio*.

(1) Consulta in ordine a questo punto: **Savigny** (Besitz. p. 379); **Unterholzner** (loc. cit. p. 233); **Schirmer** (loc. cit. p. 163).

(2) Sul significato della locuzione *justa possessio* vedi: **Savigny** (loc. cit. p. 102 e 103); **Arndts** (loc. cit. §. 136); **Maynz** (loc. cit. §. 83, II); **Ruggeri** (loc. cit. §. 86, 87).

Perchè, per mezzo del possesso, la purgazione della furtività sia realizzata non richiedesi soltanto il recupero della cosa sottratta, e che questo siasi ottenuto in modo legittimo: occorre ancora che la restituzione siasi attuata con scienza dell'avente diritto.

Con ciò non intendiamo riferirci alla determinata coscienza dello avvenuto acquisto che il dominus deve avere perchè il fatto del recupero non rimanga una semplice possibilità, una mera forma esterna, ma costituisca invece il vero possesso, cioè un diritto patrimoniale. Vogliamo invece significare che il dominus deve sapere ch'egli riacquista la cosa rubata ed a lui spettante.

La necessità che questo requisito ricorra nello acquisto del possesso è riconosciuta nelle Fonti. **Paolo** al d. §. 12, dopo le parole sopra riferite, soggiunge:

« Sed et tamquam suae rei; nam si ignorans rem mihi surreptam, emam, non videri in potestatem meam reversam.

Lo stesso attestano: la L. 7, §. 7, D. pro emt. 41, 4 Iulianus (lib. 44 Digestorum).

« Furtiva res non intelligitur rediisse in domini potestatem, quamvis possideret eam, si modo ignoraverit, surreptam sibi esse; si igitur servum, qui tibi surreptus erat, ignoranti tibi tuum esse, pignori dederò et soluta pecunia eum Titio vendiderò, Titius usucapere non poterit ».

L. 86 D. de furtis 47, 2. Tryphoninus (lib. IX Disp.)

« Si ad dominum ignorantem pervenerit res furtiva, vel vi possessa, non videtur in potestatem domini reversa; ideoque nec si post talem domini possessionem bona fide ementi venierit, usucapio sequitur (1) ».

Il requisito stesso è ancora indicato dalla già da noi discussa (2) L. 41 D. de usurp., la quale deve essere riportata a questo punto della scienza del dominus.

Come già vedemmo, questo frammento tratta del *procurator* che apprenda il possesso di una cosa stata precedentemente rubata al dominus. Si decide che con questa apprensione « *quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos, jam fere conveniat* » la cosa non si intenderà ritornata in potere del padrone « *quia contra*

(1) Aggiungasi il §. 9 della L. 4 h. t., già superiormente accennato, ove della cosa furtiva è detto che « *non videri in potestatem meam reversam, nisi ita habere coeperimus, quemadmodum habuimus, antequam subriperetur* ».

(2) Vedi sopra §. 9.

statui captiosum erit ». Naturalmente in tale passo si presuppone nel riacquisto della cosa rubata la mancanza del requisito in esame, come è dimostrato, sia dalla già rilevata contraddizione che altrimenti, giusta quanto avverte lo stesso **Nerazio**, si incontrerebbe coi principii relativi allo acquisto del possesso per mezzo di terzi; sia dal « *contra statui captiosum erit* » il quale, all' infuori di tale presupposizione, non avrebbe significato (1). Ed è logico lo insegnamento di **Nerazio**: perocchè se il recupero fatto dal dominus senza la scienza del furto non induce la purgazione della furtività, nemmeno deve indurla il recupero che, nelle stesse condizioni, venga operato dal procuratore.

Nella d. L. 41 è inoltre data la vera ragione per cui il possesso deve essere accompagnato dalla scienza del furto. *Contra statui*, dice **Nerazio**, « *captiosum erit* ». E veramente la è così: pretermesso questo requisito, sarebbe aperta facile la via alle frodi. Il ladro ad es. dà la cosa rubata in pegno al proprietario, il quale verrebbe così ad ottenere una *justa possessio*, producente, secondo quanto sopra si è studiato, ritorno in suo potere. Poscia paga il debito, riprende il pegno e lo vende. La cosa dovrebbe dirsi usucapibile, perchè il vizio venne sanato col ritorno al dominus. Lo stesso dicasi se il ladro venda la cosa al dominus e la ricompri; ed in altre ipotesi consimili. Ecco che mentre il padrone, perchè ignaro del furto, si trova nella impossibilità di tutelare il suo diritto sulla cosa rubata, questa verrebbe usucapita da un terzo possessore: lo scopo che si volle raggiungere coll' ascrivere, fra le inusucapibili, le cose furtive verrebbe ad essere frustrato.

§. 30.

Il riacquisto del possesso, lo dicemmo, non costituisce che uno dei modi con cui dal vizio di furtività le cose rubate vengono proscioltte. Ciò emana direttamente dalla nozione che abbiamo superiormente stabilita della *reversio in potestatem*. Se questa consiste nel cambiamento nello stato di fatto subito dalla cosa rubata in forza del quale il proprietario è messo in grado di opporsi alla usucapione, ne segue che, all' infuori della materiale riapprensione

(1) Come attinente al requisito in discorso viene la L. 41 addotta anche del **Windscheid** (loc. cit. not. 10) e dal **Ruggieri** (loc. cit. §. 580).

della cosa, debba essa trovar altri modi di realizzarsi. Infatti non è solo col recuperarla che al proprietario vien porto il mezzo di poter efficacemente impedire l' usucapirsi della cosa rubatagli.

Scioglie questo punto la L. 215 D. De verb. sign. 50, 16 Paulus (Lib. sing. ad Legem Fusiam Caniniam).

« In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si ejus vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius ajunt ».

Secondo la legge Atinia la cosa si reputa ritornata in potere del dominus se questi abbia avuto possibilità di proporre la *rei vindicatio*.

Con questa massima, la quale dovè essere ben ferma nella giurisprudenza romana, perchè, come appare dalla d. L. 215, non solo da **Paolo** che l' adottò, ma altresì da **Sabino** e da **Cassio** era stata propugnata, si assegna alla *reversio in potestatem* una sfera di sviluppo assai più lata di quella che comporterebbe il significato comune della parola che la esprime, ed al tutto corrispondente alla funzione che essa è chiamata ad esercitare.

La impossibilità di mettere argine all' usucapione, la quale abbiamo veduto essere ragione e fondamento del vizio che il Diritto impresse sulle cose furtive, è la risultante di un complesso di circostanze oggettive e soggettive ad un tempo che hanno la loro causa efficiente nel furto. Il cessare di questa impossibilità, che deve altresì segnare il momento a partire dal quale il vizio rimane estinto, non può a sua volta non essere il portato di un complesso di condizioni dipendenti così dallo stato in cui per sè si trova la cosa, come da quello in cui, rispetto alla cosa stessa, versa il dominus.

I giureconsulti romani, guidati dal criterio che presiede allo istituto giuridico del vizio di furtività, intuirono questi concetti, riconobbero che la *reversio in potestatem* non potea rimaner rinchiusa entro alle strettoie del nudo fatto materiale della ripresa di possesso, ed, idealizzandola, dettarono la regola che essa avesse luogo ogni qualvolta il dominus, rispetto alla cosa sottrattagli, « *ejus vindicandae potestatem habuerit* ». Regola sapientissima che costituisce l' ultima proposizione e la massima riprova di tutto il sistema rigorosamente logico che abbiamo finora studiato. E per fermo se la macchia furtiva venne indotta per premunire il proprietario dalla eventuale perdita della cosa sua in conseguenza di un possesso, dinanzi al quale egli era disarmato, è naturale che

essa debba scomparire quando le mutate circostanze, permettendogli di esercitare la *rei vindicatio*, abbiano messa nel nulla la preesistente impossibilità di opporsi alla usucapione.

Il contenuto della d. L. 215 mal si adagia nella comune dottrina, la quale per avere, come già accennammo, pretermesso di formulare il concetto della reversio col sussidio del principio che ha ispirato la inusucapibilità nelle *res furtivae*, ripone la essenza del *reverti in potestatem* nel recupero del possesso. Invero la mancanza di questo costituisce appunto il presupposto necessario della *vindicandi potestas*. Quindi è che la regola della nostra L. 215 è generalmente enunciata in modo sforzato e senza adeguata spiegazione.

Trascinato da quest'ordine di riflessioni fu chi giunse a negare alla L. 215 il suo naturale significato. **Donello** scrive che il dominus non perdè mai il diritto di rivendicare, e che perciò la L. 215 ha un senso traslato, parla della potestà « *rei vindicandae, et sibi asserendae manu, non iudicio* ». Secondo **Pulvaeus**, sarebbe **Paolo**, dopo di aver accettata la opinione di **Cassio** e di **Sabino** nel libro sing. ad legem. Fusiam Caniniam, riceduto nel libro LIV ad Edictum, come sarebbe dimostrato dalla citata L. 4, §. 12 h. t., per la quale solamente colla ripresa del possesso si pone in essere la *reversio in potestatem*.

Entrambe queste interpretazioni sono a dirsi fallaci. Nella prima si confonde la *potestas vindicandi* coll' *jus vindicandi*. Non intesero **Sabino**, **Cassio** e **Paolo** alludere al diritto di rivendicare. Questo non fu mai perduto. Essi statuirono che fosse luogo alla reversio quando si avesse la *potestas vindicandi*, quando cioè sorgesse la possibilità del pratico esercizio del diritto alla rivendica. Quindi essendosi quei giureconsulti riferiti ad un mero stato di fatto, ben diverso dall' *jus vindicandi*, non fa mestieri di ricorrere allo espediente del **Donello** per non dover attribuir loro il grave errore di aver supposto che col furto la *rei vindicatio* potesse essere perduta. Inoltre al supposto di **Donello** contrasta la spassionata analisi del passo in discorso. È detto in esso che la reversio succede anche se il padrone abbia avuta possibilità di rivendicare « *et si ejus vindicandi potestatem habuerit* ». Come lo prova l' *et*, si volle adunque indicare una maniera di reversio, che non è la esclusiva. Come si concilia ciò collo insegnamento di **Donello** che la reversio soltanto ravvisa nel recuperato possesso?

La seconda poi, colla quale però non si distruggerebbe la dot-

trina di **Sabino** e di **Cassio**, ha il difetto di voler vedere una antinomia fra i due passi di **Paolo**, che punto sussiste. Per vero l'aver **Paolo** dichiarato che l'essersi riottenuto il possesso equivalga reversio, l'aver stabilito le modalità necessarie perchè il nuovo possesso produca un simigliante effetto, non gli precludeva la via ad insegnare che il ritorno *in potestatem* possa avverarsi mediante altri fatti.

Schirmer, il quale pure identifica reversio e ripresa di possesso, difende la sua teoria col far rilevare che, ove il dominus abbia la *vindicandi potestas* e non se ne giovi, si deve ritenere che il possedere del ladro sia conforme alla sua volontà, che cioè il padrone in certa guisa possegga per mezzo del ladro. « Se il leso ricusa di riavere il suo, così lo **Schirmer**, nessuno ve lo costringerà. Egli dice chiaramente che il possesso del ladro è conforme al suo volere, e non occorre altro. Se il diritto gli dà occasione di riacquistare la sua proprietà, ed egli la trascura volontariamente o per indifferenza, si intende che la sua volontà per lo meno non sia opposta a che l'attuale detentore continui a ritenere la cosa rubata. Si può quindi giustamente affermare che l'antica relazione patrimoniale si è risolta col consenso del proprietario, e se ne è stretta un'altra (1) ».

Secondo tale insegnamento adunque la purgazione della furtività, riconosciuta dalla d. L. 215, dipenderebbe non solo dal fatto della *vindicandi potestas*, ma altresì, e principalmente, dal fatto di essersene trascurato lo esercizio. Il riacquisto della idoneità alla usucapione sarebbe una pena inflitta alla negligenza del derubato. Ma ove bene si rifletta sulle argomentazioni dello **Schirmer** si scorgerà che esse sono preordinate alla giustificazione dell'usucapirsi

(1) « Weigert sich daher der Verletzte, das Seinige zuruckzuempfangen, so wird es ihm freilich Niemand aufdrängen. Er spricht es ja damit unverkennbar aus, dass der Besitz des Diebes seinem Willen gemäss sei, und eines Weiteren bedarf es nicht. — Hier wird ihm nun durch das Recht die Gelegenheit geboten, sein Eigenthum wieder an sich zu ziehen; macht er davon absichtlich oder aus Gleichgültigkeit keinen Gebrauch, so ist das eben auch nur dahin zu verstehen, sein Wille sei mindestens dem nicht entgegen, dass der jetzige Inhaber die entwendete Sache ferner behalte. Mit Fug und Recht kann man demnach immer noch behaupten, die alte Vermögensbeziehung sei mit Uebereinstimmung des Herrn gelöst, und eine andere an deren Stelle geknüpft. » **Schirmer** (op. cit. pag. 161, 162).

in danno del proprietario, piuttostochè alla prova della ottenuta abilità nella cosa ad essere usucapita. Occorre invece tener ben distinti i due concetti di usucapione e di mera capacità in una cosa alla usucapione stessa. Questa non abbisogna di atti continuati, ma sorge non appena il proprietario abbia la *vindicandi potestas*, quando così non gli si può ancora muovere alcun rimprovero. Quindi la vera ragione per cui il vizio si annulla non può consistere che nella potestà di rivendicare e non nelle incerte supposizioni su cui lo **Schirmer** si fonda.

E difatti la L. 215 dispone esser luogo alla *reversio* semprechè il padrone abbia avuto possibilità di rivendicare. Essa non esige di più. Si ha in vista lo incontro di due momenti contigui, quello in cui il dominus si trovava nella impossibilità di agire e l'altro in cui tale impossibilità è cessata. Perdurando il primo si ha lo stato di inusucapibilità; ma appena spunti il secondo, indipendentemente da ogni altra indagine, sia o no stato il dominus inerte, la cosa furtiva si purga e diventa degna di essere usucapita. E ciò perchè il proscioglimento dal vizio furtivo non è una pena per il pubblico bene decretata ad un proprietario indolente, ma bensì il riacquisto della natural capacità inerente alla cosa, il ritorno al diritto comune, i quali devono essere affrettati tostochè sia venuta meno la causa di singolari disposizioni (1).

(1) Si intende facilmente come la *vindicandi potestas*, in riguardo dei mobili rubati, sia resa impossibile, e come viceversa essa possa essere sopravvenuta quando, dopo il furto, venga ad essere noto al padrone ed a tutti il dove la cosa rubata si trovi. Merita un rilievo la regola per quanto concerne le cose immobili *vi possessae*. Queste non possono essere trafugate, il padrone sa sempre dove si trovano: egli quindi è sempre in grado di poterle rivendicare. Il divieto di usucapirle verrebbe in sostanza, in virtù del principio della L. 215, ad essere illusorio. Pensiamo debba su questo punto seguirsi quanto insegna **Unterholzner** (loc. cit. pag. 250). Egli dice doversi escludere la usucapione sino a tanto che duri la violenza ed impedisca l'azione giuridica, affinché la proprietà non ne venga ingiustamente posta in pericolo. Ma appena la violenza ha cessato di operare, e non vi sono altri ostacoli, che impediscano di far valere il diritto, non deve dimenticarsi qual sia la ragione dell'ostacolo del possesso.

§. 31.

Studiato il principio scritto nella d. L. 215, rimangono, senz'altro, spiegate alcune decisioni delle Fonti, nelle quali si indicano particolari fattispecie, che danno luogo alla *reversio in potestatem*.

L. 32 pr. h. t. Pomponius (lib. 32 ad Sabinum),

« Si rem furtivam a domino emerit, et pro tradita habuerit: desinet eam pro furtiva possidere, et incipiet pro suo possidere ».
L. 4. §. 13 h. t.

« Sed etsi vindicavero rem mihi subreptam, et litis aestimationem accepero: licet corporaliter ejus non sim nactus possessionem, usucapietur ».

L. 4, §. 14 eod.

« Idem dicendum est, etiamsi voluntate mea alii tradita sit ».
L. 84 D. De furtis 47, 2 Paulus (Lib. 2 ad Neratium).

« Quamvis res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit: tamen si eo nomine lis aestimata fuerit, vel furi dominus eam vendiderit; non interpellari jam usucapionis jus, dicendum est ».

Evidentemente, se il ladro compri la cosa dal padrone, ovvero, lo che è al tutto simile (1), se egli paghi la *litis aestimatio*, come pure se per ordine del dominus venga dallo stesso la cosa consegnata ad un terzo, dovrà ammettersi che, quantunque il dominus, come dice **Paolo**, *corporaliter ejus non sit nactus possessionem*, sia la cosa ritornata in potere di lui, perchè è fuori di dubbio che in tutti questi casi si ebbe la *vindicandi potestas*.

§. 32.

Chiudiamo con un ultimo riflesso. Noi abbiamo, quasi sempre, riferito la nostra trattazione alle cose rubate. E ciò perchè il caso del furto, siccome il più importante, fu quello che diede luogo allo sviluppo della teoria relativa alla *reversio ad dominum*. Questa però ha una piena sfera d'azione altresì sulle *res vi possessae*, come pure su quelle donate a scopo di corruzione: perocchè

(1) *Litis aestimatio similis est emptioni* (L. 3 D. Pro emptore 41, 4).

siffatte cose hanno colle furtive comune non solo la incapacità ad essere usucapite, ma altresì il modo di venirne prosciolte (1).

Studiando la L. 6, §. 3 D. De precario 43, 26, già dimostrammo erronea la distinzione che, a tale riguardo, si volle, sull' autorità della Glossa, proporre da alcuni scrittori fra le cose furtive e le *vi possessae* (2).

Genova, Settembre 1885.

ENRICO GANDOLFO.

(1) Quanto alle prime ciò attestano: §. 8 Inst. De usuc. 2, 6; L. 33, §. 2 D. h. t.; L. 86 D. De furtis 47, 2; L. 6 D. Vi bon. rapt. 47, 8; L. 5 C. De usuc. pro emt. 7. 26. Quanto alle seconde: L. 8, §. 1 D. De lege Iul. rep. 48, 11.

(2) Vedi sopra §. 12.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04400