900/I

UNIVERSITÀ DI NAPOLI

Corso Ufficiale di Diritto Romano anno 1906-1907

TEORIA DELLA PROPRIETÀ

I dcb 11.

LEZIONI RACCOLTE

DA

GIUSEPPE CUGUSI

Inv. Cls.: 91
Sign: 35

NAPOLI
LUIGI PIERRO, EDITORE
PIAZZA DANTE, 76
1907

PROPRIETÀ LETTERARIA

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY
STARÝ FOND
C. inv. 04224

TEORIA DELLA PROPRIETA

Terminologia.

Cominciamo con la *terminologia* la quale ci permetterà un esame serio e diligente delle fonti.

I termimi più usati per indicare la proprietà dagli autori dei tempi classici del diritto romano sono « *dominium* » e « *proprietas* ». *Dominium* è forse dei due il termine che risale ad un periodo anteriore. Lo si trova infatti negli autori più antichi, non solo, ma risponde anche meglio che il termine *proprietas* alle idee prevalenti nell'antico diritto.

Per quanto però *dominium* e *proprietas* abbiano nel diritto classico un significato sostanzialmente identico, tuttavia essi ci presentano questo significato da due punti di vista differenti.

Dominium accenna alla potestà che il proprietario ha sulla cosa, donde l'espressione: « *pater familias appellatur, qui in domo dominium habet* » (1). Nella quale *dominium* non rappresenta veramente la proprietà, ma indica piuttosto il concetto di potestà.

Nell'antico diritto il *pater familias* ha questo *domi-*

(1) *Dig.* 50.16.195.2 (ULPIANUS, 46 ad edictum).

nium in domo, ha cioè una potestà che non si limita alle sole cose, ma si estende alle persone tanto servili quanto di famiglia. È questa la *manus*, potere che abbraccia tutto ciò che appartiene al gruppo famigliare: beni e persone. *Manus*, *mancipium*, *mancipatio* sono tutti termini che si applicano tanto alle cose, quanto ai figli, e alla donna (1).

Dominium rappresenta appunto questa potestà che nell'antico diritto aveva espressione nella *manus*.

Proprietas rappresenta piuttosto la relazione tra la persona e la cosa, accenna al legame, al vincolo, al rapporto di pertinenza. Onde, ripetiamo, le due espressioni: *dominium*, *proprietas*, guardano da un lato diverso ad un identico concetto. *Dominium* è delle due la più rozza, la più antica; *proprietas* è più affinata, più moderna.

Fondandosi appunto su questo concetto di *proprietas*, come rapporto di connessione tra uomo e cosa, molti scrittori hanno tentato la definizione della proprietà. Il Böcking ad esempio, seguito dal Brinz, la definisce il vincolo della persona sulla cosa; e qualche altro autore giunge a definire la proprietà, come quel potere giuridico della persona che riempie il corpo della cosa (Pagenstecher). Ma delle varie teorie su questo punto ci occuperemo di proposito in seguito.

(1) I professori Fadda e Bensa nelle loro *Note* al libro II delle *Pandette* del Windscheid pag. 675 così si esprimono: « Il rapporto antichissimo romano di podestà (la *manus* in senso amplissimo), comprendendo in sè tanto il dominio sulle cose esteriori e sugli schiavi quanto i diritti sulle persone famigliari, aveva un carattere vago, certo tendente al concetto patrimoniale, quale noi l'intendiamo, ma indipendente da qualunque idea di patrimonio vero e proprio ».

§ 1.

Fermiamoci ora al *dominium*. È l'espressione usata normalmente dalle fonti; così anche il titolo primo del Libro 41 del Digesto vien denominato: « *de adquirendo rerum dominio* ».

Ma non sempre nelle fonti il termine *dominium* conserva il senso proprio a cui abbiamo accennato, il senso cioè di piena potestà dell'uomo sulla cosa. Talvolta *dominium*, come anche *proprietà* nelle nostre leggi positive, vengono usati in senso improprio.

Per raffigurarci esattamente questo che noi chiamiamo senso improprio, dobbiamo risalire anzitutto al concetto tecnico di *dominium* — proprietà. Tecnicamente *dominium* — proprietà, implica un concetto corporale, la signoria cioè dell'uomo sopra oggetti del mondo esterno.

Ora s'intende come a proposito di un diritto di credito non si possa parlare in senso proprio di diritto di proprietà, poichè in questo caso non si ha quel rapporto diretto sull'oggetto esterno cui abbiamo accennato. Eppure la nostra legge parla di proprietà del credito (1) come le fonti parlano di *dominium usus fructus* e in genere di *dominium* sopra diritti reali speciali; talvolta anzi troviamo un *dominium proprietatis* quasi in antitesi con questo *dominium* in senso improprio di carattere speciale sopra un diritto limitato.

§ 2.

Vediamo senz'altro le fonti:

D. 41. 1. 13. pr: Neratius *libro sexto regularum*. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique

(1) Articolo 1538 Cod. Civ.

sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti.

Se il procuratore abbia comprato per me la cosa e di questa gli si sia fatta tradizione nel mio nome, se ne acquista a me il *dominium*, cioè la *proprietas*, anche se io lo ignori.

Come si vede la fattispecie è molto semplice.

Il mandatario che agisce in nome e per conto del mandante, non è che uno strumento di acquisto, e quindi l'acquisto si fa al secondo. Chè se invece il mandatario abbia acquistato in nome proprio, la proprietà non passa nel mandante, ma nel mandatario stesso. Ed in tal caso il mandante, per ottenere la cosa, potrà agire contro di lui con l' *actio mandati directa.*

Il frammento 13 pr. afferma dunque l'identità di concetto tra *dominium* e *proprietas.*

È, a dir vero, opinione generale che la frase: « *id est proprietas* » sia una interpolazione (o aggiunzione) spiegativa dovuta ai compilatori giustinianei. È però probabile che non si tratti di interpolazione giustinianea, sibbene di un *glossema.* Una aggiunzione spiegativa per parte pei compilatori giustinianei non si confà al carattere del Digesto, opera destinata ai pratici, (giudici o interpreti), mentre sarebbe più concepibile nelle Istituzioni, compilate per i principianti e, alla stessa guisa dei Digesti, in base ad opere dei giureconsulti.

Riteniamo piuttosto che si tratti di *glossema* (aggiunta fatta nel manoscritto da colui che se ne serviva). Di glossemi ne furono fatti sui manoscritti originali dei giureconsulti, e quei glossemi rimasero quindi incorporati nell'opera giustinianea; ne furono fatti però, anche in seguito alla compilazione sui manoscritti del Corpus iuris, e anche questi occorre saper discernere.

Crediamo che l'*id est proprietas* sia un glossema anteriore alla compilazione perchè il frammento in questione appartiene alle « *Regulae* » di Nerazio, ossia ad un libro di nozioni rigorose e concise sul quale è probabile che il lettore abbia posto quella piccola aggiunta spiegativa alla parola *dominium.* Qualunque cosa si pensi in proposito, il frammento dice che sostanzialmente *dominium* e *proprietas* sono la stessa cosa.

§ 3.

D. 29. 5. 1. 1. Ulpianus *libro quinquagesimo ad edictum.*

Domini appellatione continetur qui habet proprietatem, etsi usus fructus alienus sit.

Nel nome di *dominus* si comprende anche colui che ha la proprietà, sebbene l'usufrutto appartenga ad altri. Dunque anche chi non ha l'usufrutto è *dominus*, quantunque non possa dirsi che egli ha una *plena proprietas*, una *plena in re potestas*; egli ha solo una *nuda proprietas.*

Anche questo frammento dimostra la corrispondenza tra *dominium* e *proprietas.*

Dig. 1. 5. 20. Ulpianus *libro trigensimo octavo ad Sabinum.*

Qui furere coepit, et statum et dignitatem in qua fuit et magistratum et potestatem videtur retinere, sicut rei suae dominium retinet.

Colui che diventa pazzo conserva e lo stato e la dignità e la magistratura e la potestà in cui si trovava da prima, allo stesso modo che conserva il *dominium* della propria cosa.

Ulpiano afferma che il furioso non perde la propria capacità di diritto (nè quella di diritto pubblico, nè quella di diritto privato) onde conserva anche il *dominium rei*

suae, la proprietà, il dominio in senso pieno. Ciò che vien meno in lui è l'esercizio, non la capacità dei diritti. « *Rei suae* » sono due parole pleonastiche, potremmo anche toglierle senza inconveniente; ma l'espressione *dominium rei suae* ha una importanza storica alla quale vogliamo accennare.

« *Res mea est, res alicuius est* » sono i termini tecnici più ricevuti nell'antico diritto e nell'antica procedura per affermare la proprietà. Parole e formule nelle antiche *legis actiones* e nella procedura formulare accennano a questo concetto semplice. Così nell'*actio sacramenti* l'attore dice: *Hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium;* così nella formula della rivendica: *Si paret rem Auli Agerii esse* (1). Quando sorge il concetto di *dominium* e viene foggiata la nuova parola, questa si fonde con l'antica espressione empirica e ne risulta un *dominium rei suae* che si conserva e si perpetua.

§ 4.

Dig. 7. 6. 3. IULIANUS *libro septimo digestorum.*

Qui usum fructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si legitime eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint.

Colui al quale per causa di fedecommesso è stato trasferito l'usufrutto e tralascia di usarne per tanto tempo per quanto sarebbe stato sufficiente a farglielo perdere se lo avesse avuto legittimamente, non deve avere azione

(1) Aulus Agerius è l'attore: Numerius Negidius il convenuto. Sono i nomi tipici, schematici delle formule.

per ottenerne la restituzione: infatti è assurdo che abbiano un diritto maggiore quelli che hanno conseguito solo il possesso dell'usufrutto e non anche il dominio.

Il caso è questo: il testatore lascia l'usufrutto a Tizio direttamente, il quale deve restituirlo a Sempronio. A rigore il titolare è Tizio, ma l'usufrutto appartiene a Sempronio sul quale esso viene commisurato anche per la durata sua. Ma Sempronio, dopo aver lasciato trascorrere tanto tempo, lo perde per non uso, così come in genere per non uso si perdono tutte le servitù.

Si dovrà dire lo stesso per Tizio che non è il vero titolare?

Senza dubbio, risponde il giureconsulto, perchè è assurdo che lo perda Sempronio, vero titolare, e non Tizio il quale in confronto ha un diritto minore; che quindi debba perdere l'usufrutto Sempronio che ne ha il *dominium*, e non Tizio che ne ha il semplice possesso.

In questo frammento rileviamo la parola *dominium* riferita ad *usus fructus*, appunto in quel senso improprio al quale abbiamo anteriormente accennato.

§ 5.

Dig. 7. 4. 17. IULIANUS *libro tricensimo quinto digestorum.*

Si tibi fundi usus fructus pure, proprietas autem sub condicione Titio legata fuerit, pendente condicione dominium proprietatis adquisieris, deinde condicio exstiterit, pleno iure fundum Titius habebit neque interest, quod detracto usu fructu proprietas legata sit: enim dum proprietatem adquiris, ius omne legati usus fructus amisisti.

Se a te fu legato puramente l'usufrutto di un fondo, e la proprietà ne fu legata sotto condizione a Tizio, e tu poi, mentre pende la condizione, acquisti la proprietà,

in seguito, al verificarsi della condizione, Tizio avrà il fondo di pieno diritto. Nè importa che la proprietà sia stata legata detratto l'usufrutto: infatti dal momento in cui tu acquisti la proprietà perdi tutto il diritto dell'usufrutto legato.

La specie del fatto è questa: un testatore ha un fondo, lega la proprietà sotto condizione a Primus, e puramente l' usufrutto a Secundus. Secundus diventa immediatamente usufruttuario alla morte del testatore. Intanto la proprietà del fondo, poichè ancora non si è verificata la condizione del legato a favore di Primus, appartiene all'erede, e Secundus (colui a cui fu lasciato il semplice usufrutto) la acquista in base ad un altro titolo qualunque. In questo momento Secundus perde l'usufrutto come diritto per sè stante, diventa proprietario pieno, ed ha ora il godimento del fondo in base alla proprietà. Verificandosi però in seguito la condizione, Primus, a cui era stata lasciata la proprietà, per l'effetto retroattivo della condizione stessa, diventa proprietario fin dal giorno della morte del testatore; e quindi cade l'alienazione fatta a Secundus.

Primus anche se gli fu lasciata la *nuda proprietas*, trova ora una proprietà libera, e siccome il diritto di proprietà è di tal natura che si estende sempre che non trovi ostacoli dinanzi a sè (1) così egli diventa ora pieno proprietario.

Il frammento è interessante per la terminologia: l'espressione *dominium proprietatis* rappresenta la congiunzione di due espressioni di cui ciascuna esprime il dominio intero; per maggior forza esse vengono unite, e *dominium* assume, nell'unione, il significato di appar-

(1) In ciò consiste la così detta « elasticità della proprietà » Confr. BONFANTE, *Istituzioni di dir. romano*, p. 217.

tenenza, mentre di per sè accenna al concetto vero e tecnico di proprietà.

Adunque il termine *dominium* nelle espressioni *dominium proprietatis, dominium usus fructus* ha un senso più generale, e sempre improprio, di appartenenza; e delle due espressioni si valgono i giuristi specialmente quando vogliono far risaltare l'antitesi tra i due rapporti di *proprietà* e di *usufrutto*.

Ripetiamo: è una terminologia impropria come è impropria quella del nostro codice civile quando parla di proprietà di un diritto di credito.

§ 6.

Non queste due soltanto sono le espressioni delle fonti in cui il termine *dominium* ha il più generale significato di appartenenza. Altre se ne riscontrano dovute, a dir vero, più al linguaggio pratico e non tecnico dei privati, che a quello reciso e conciso dei giuristi.

Così talvolta si riscontra un *dominium* o *dominus hereditatis*, per indicare l'appartenenza dell'eredità, la qualità ereditaria di una determinata persona. È una terminologia che troviamo negli atti dei privati, non nelle opere dei giureconsulti.

Quando comincia ad affievolirsi il rigore della antica formula sacramentale: « *Titius heres esto* » non è raro il caso che i testatori si servano dell'altra espressione: « *Titius hereditatis meae dominus esto* ». Si tratta di una formula equivalente che in tempi più antichi sarebbe stata addirittura inconcepibile. E poichè talvolta anche ai giuristi sfugge qualche men pura espressione analoga, da molti autori moderni si è su questa base costruito il concetto dell'eredità facendo capo a quello di proprietà.

Secondo questi autori l' *hereditas* non sarebbe altro

che un *dominium* sopra l'*universitas bonorum* costituita dal patrimonio ereditario. Il diritto ereditario non sarebbe se non la proprietà di questa universalità, o quanto meno un diritto reale analogo alla proprietà (1). Si ricorre in proposito al fr. Dig. 28. 5, 48 pr. in cui Marciano (*lib. IV instit.*) riferisce questa istituzione di erede: « *Filius hereditatis meae dominus esto* » (2). È un'opinione questa che risale alla Glossa, ma che non risponde affatto al concetto romano.

La Glossa partiva dal principio generale che ad ogni *actio in rem* risponde uno *ius in re*, e poichè all'erede spetta la *petitio hereditatis*, che è un'*actio in rem universalis*, se ne traeva la conseguenza che a base di tale azione stesse pure un *ius in re* di carattere universale.

Ad onta, però, di tutto ciò, è certo che la *hereditas* romana non può essere considerata facendo capo al concetto di proprietà. Come abbiamo visto, quelle espressioni delle fonti sono tecnicamente improprie, nè può esistere un diritto di proprietà sopra l'eredità, perchè la proprietà suppone una cosa corporale.

§ 7.

Dominium hereditatis accenna puramente e semplicemente al rapporto di pertinenza, e vien usato in un senso improprio nè più nè meno che quando la parola *dominium* vien riferita ad altri diritti in genere.

Non manca però nelle fonti romane l'espressione propria ad indicare questo rapporto di pertinenza, che non è il diritto di proprietà, ma un diritto ad esso equivalente. Si dice *res ad me — ad aliquem pertinet*, nel senso di *meum est, alicuius est.*

(1) Pfaff e Hofmann. *Comm. al codice civile austriaco*, II, p. 6 sg.
(2) V. in proposito: Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano.* Napoli Pierro, 1900. Vol. I, p. 6 e pag. 18.

I giuristi romani sono generalmente cauti nell'usare di questa espressione. Se si eccettui qualche raro caso, essi non l'adoperano quando si tratta di dominio vero e proprio, ma quando si trovano di fronte ad un rapporto di piena appartenenza su cose che non possono formare oggetto di proprietà.

Così è sempre quando si parla dell'appartenenza di *res religiosae*, le quali formano una categoria delle *res divini iuris* (1) e come tali sono « *nullius in bonis* » o, in altri termini, fuori commercio.

La *res religiosa*, praticamente il sepolcro, è dedicata agli dei Mani o Inferi, e perciò non può essere proprietà dell'uomo. Ma ciò non implica che il sepolcro debba essere lasciato senza tutela come una *res nullius*; chè anzi la religione e i costumi esigono questa tutela, ed essa si manifesta energicamente.

Così il diritto di sepolcro viene ad assumere un carattere umano, oltre che sacro (2); lo *ius sepulchri* sta-

(1) Come è noto le *res divini iuris* si distinguono in *res sacrae* (consacrate agli dei Superi), *res religiosae* (consacrate agli dei Inferi), *res sanctae*, poste, per cagione della loro importanza, sotto la protezione speciale degli dei (V. Girard, *Manuel*, 4ª ediz. Paris. Rousseau, 1906 p. 239). Le *res sacrae* sono pubbliche o private. Se pubbliche sono in un rapporto di appartenenza con lo Stato, se private sono nello stesso rapporto con il privato, non però nel suo dominio

(2) Il Fadda, *Sul diritto di sepolcro*, Estr. dal *Foro italiano*, anno XIII, fasc. VII p. 7 afferma che « il diniego teorico del commercio aveva poche applicazioni pratiche sostanziali, e tanto la realtà delle cose s'imponeva, che spessissimo nelle nostre fonti si accenna alla analogia del rapporto sulla *res religiosa* colla proprietà, anzi si adoperano talora espressioni che solo a vero dominio si addicono ». E, più oltre: « in conclusione, tenuta ferma la qualità di *res divini iuris* e la estracommercialità, in concreto ed in sostanza, non si disconosce un vero rapporto giuridico umano (Windscheid,

bilisce un rapporto tra la persona e il luogo di sepoltura, e assoggetta la cosa all'uomo entro la cerchia dei rapporti a cui è destinata.

Il titolare del diritto di sepolcro ha il diritto di servirsene in conformità della destinazione, ed entro questo àmbito il suo potere di disposizione non incontra limiti. Le fonti, appunto, considerano questo come « *rapporto di pertinenza* » e riferendosi al titolare dello *ius sepulchri*, lo dicono: « *is ad quem sepulchrum pertinet* ». Chè anzi questa è l'espressione tecnica poichè l'adopera l'Editto perpetuo a proposito dell'*a. sepulchri violati* (1).

Pertinere ad aliquem non indica adunque il dominio, ma un rapporto equivalente di piena padronanza sulla cosa e nella sfera della sua destinazione, ogniqualvolta il diritto di dominio non è possibile.

Pand. I, 6. ediz. § 147 nota 3) » Le *res religiosae* non potevano formare oggetto di rivendica per ciò che non erano in proprietà di alcuno; la vendita del sepolcro è vietata, ed è pur vietato disporne per legato, come non è possibile usucapirlo. Tutte conseguenze logiche, poichè non essendo possibile proprietà, non è immaginabile un modo diretto ad acquistarla. Ma nondimeno la tutela del sepolcro non mancava, e si esplicava, in ordine a quel rapporto giuridico privato di pertinenza che le fonti qualificano *ius sepulchri*, in modo completo a mezzo di *interdicta*, e di *actiones utiles* e *in factum* (V. FADDA, op. e l. cit.).

(1) V. LENEL. *Edit perpétuel*, Paris. Larose 1901, Vol. I, pag. 263. L'editto perpetuo su questo punto si divideva in due parti (v. frag. *Dig.* 47. 12. 3): 1ª) se sia stato violato il sepolcro spetta l'azione *ei ad quem pertinet sepulchrum*; 2ª) *Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet*, chiunque potrà agire; si ha cioè un'azione popolare. Nel primo caso (quello dell'azione privata) è lasciata al giudice la stima del danno materiale e morale. Nel secondo caso (azione popolare) si ha una stima *a priori* in 100.000 sesterzi.

§ 8.

Anche per diritto moderno non è possibile dominio sulle *res publico usui destinatae*, perchè esse sono fuori commercio (1). Se ciò è vero, occorre però distinguere anche qua due aspetti diversi.

Lo Stato ha sul Demanio pubblico una potestà determinata dallo scopo; non può cioè servirsene se non entro i limiti che comporta l'uso pubblico della cosa (2): i terzi non possono acquistare alcun diritto sulla cosa stessa, sempre che non vi sia alcuna ragione che permetta la concessione del diritto. Chè se invece un rapporto di diritto è compatibile con l'uso pubblico, il rapporto stesso può essere validamente costituito.

Ad esempio, per le strade pubbliche, il diritto dei frontisti è una forma speciale del godimento che ad essi spetta come cittadini. Ora, ad onta di ciò, la costruzione di un cavalcavia, che viene a costituire una vera servitù, può benissimo concedersi se ciò non ostacoli l'uso pubblico.

E così pei fiumi pubblici: quanto frequenti non sono le concessioni di derivazione di acque? Anche qui l'esclusione dal commercio è limitata in ragione dello scopo,

(1) L'art. 426 e l'art. 432 Cod. Civ. it. distinguono i beni dello Stato, delle Province e dei Comuni, in beni del Demanio pubblico o di uso pubblico, e beni patrimoniali. Appartengono alla prima categoria certi beni destinati all'uso pubblico, e sono per loro natura inalienabili (art. 430 e 432 capov.); qualsiasi altra specie di beni forma parte del patrimonio dello Stato, della Provincia e del Comune (art. 428) e tali beni sono alienabili in conformità alle leggi (articoli 430 e 432 capov.). V. FADDA e BENSA: *Note* al WINDSCHEID cit. pag. 676.

(2) In proposito si disputa se trattisi di proprietà o di un dominio eminente, o di un dominio di diritto pubblico di carattere speciale.

e, se questo non è leso, il rapporto giuridico può costituirsi.

S' intende come in simili casi sia sempre implicita la clausola risolutiva. Tali concessioni hanno, cioè, carattere precario appunto in quanto vengono meno non appena ostacolino l' uso pubblico. Ciò per altro non importa l' esclusione del risarcimento al privato che ha subìto un danno nel pubblico interesse.

§ 9.

Torniamo ora alla terminologia.

Nelle fonti s' incontrano, per indicare la proprietà, espressioni di diritto civile e di diritto pretorio. Espressione tipica del diritto pretorio è l' *in bonis habere*, sul quale dovremo trattenerci più diffusamente in seguito. Notiamo solo fin d'ora che è meno esatto dirlo *dominio bonitario*, poichè qui non si può parlare di dominio, ma semplicemente di concessione rispondente al dominio.

L' *in bonis habere* finisce col trionfare sulla rigida proprietà quiritaria, così come la *bonorum possessio* trionfa della *hereditas*.

Altra figura di dominio è quello sui terreni provinciali.

I terreni provinciali, secondo il concetto rigoroso romano, sono assoluta proprietà dello Stato: i Romani non concepiscono vera proprietà privata quiritaria se non sul *solum italicum*, e quindi solo la concessione dello *ius italicum* può rendere i terreni provinciali oggetto di proprietà privata quiritaria (1).

Gaio (*Inst.* II. 7) parlando di questo rapporto di padronanza dei cittadini o dei provinciali stessi sul suolo

(1) Confr. GIRARD, *Manuel él.* cit. pag. 261.

provinciale dice che il dominio è del Popolo romano, che i cittadini o provinciali hanno *possessionem tantum vel usum fructum*.

Come si nota, egli si serve di due espressioni che non hanno tra loro alcun legame di parentela. Quel che solo si rileva di primo aspetto dalle parole di Gaio è che all'uno, al Popolo romano, spetta il rapporto di diritto (*dominium*); agli altri, i possessori, il rapporto di fatto o il godimento (*possessionem tantum vel usum fructum*).

Per chiarire la ragione per cui Gaio usa le due espressioni: *possessio* e *usus fructus* notiamo che, per diritto romano, l' usufruttuario non ha la *possessio rei*, ma solo la *possessio iuris*; in altri termini, egli non ha che la detenzione materiale della cosa e possiede il solo diritto. Gaio dice: *possessionem vel usum fructum* per far rilevare che per i fondi provinciali, si tratta di un rapporto corrispondente alla *possessio rei* delle cose sottoposte allo *ius italicum*, oltre alla *iuris possessio* come nell' usufrutto.

Evoluzione storica della proprietà

Per intendere bene il concetto romano della *proprietà* è necessario che noi ci occupiamo brevemente della sua evoluzione storica a traverso il diritto antico, quello classico, e quello giustinianeo.

Con troppa insistenza noi sentiamo parlare di un dominio di diritto romano inspirato al più rigido individualismo, noncurante degli interessi sociali, volto solo a padroneggiare la cosa ed a servirsene senza preoccupazione del pubblico interesse.

È questo il motivo ritornante in quasi tutti gli autori poco rispettosi della storia e troppo ligi alla falsa riga altrui.

Noi chiediamo anzitutto: è possibile che questo concetto possa essere egualmente esatto per tutti i periodi della storia di Roma? Sarebbe quasi una stranezza che il diritto di un popolo prima nomade, poi agricoltore, poi conquistatore, poi commerciante e finalmente imbevuto di idee cristiane e bizantine si fosse mantenuto sempre uguale, immutato.

È quindi miglior procedimento, e scientificamente esatto, esaminare tutta intera la vita dell'istituto giuridico che si studia. Solo così si ottengono buoni risultati, e si guadagnano concetti certi. E così, quantunque brevemente, faremo per la proprietà.

Anche il dominio, come ogni diritto presso ogni popolo, è un prodotto dell'ambiente storico ed è in stretto rapporto con tutti gli altri fattori sociali; varia quindi col variare degli altri fattori.

Imaginare la proprietà individuale come modellata in ogni tempo sulla odierna proprietà, e maledire la siepe come eterna separatrice del proprio dall'altrui, vuol dire non intendere il problema della proprietà, e quindi non saperlo risolvere.

Le forme in cui si estrinseca il godimento dell'uomo sulla cosa sono svariatissime nei tempi e nei popoli.

L'economista, il filosofo del diritto, il giurista, discuteranno sempre vanamente se non approfondiranno, in via preliminare, le ricerche sulle condizioni generali del popolo che studiano e sullo stato delle sue cognizioni giuridiche. Osservare e studiare è necessario; voler frenare o porre argini senza conoscere è guastare

Inteso senza troppa esagerazione sta sempre fermo il principio che il fattore economico è in stretta relazione col movimento sociale e ne determina i mutamenti. Tra questi mutamenti è necessariamente compreso quello del concetto di proprietà. Tant'è che anche per il dominio si

pretende fondata una serie di corsi e di ricorsi, a imagine di quelli pensati dal Vico.

Dalla proprietà collettiva dei popoli antichi, per una scala sempre più restringentesi. si giungerebbe alla proprietà individuale. la quale a sua volta, si sarebbe di nuovo allargata o dovrà allargarsi fino alla proprietà collettiva.

§ 10.

Una serie numerosa di scrittori, paragonando le condizioni della proprietà, come si osservano anche oggidì presso alcuni popoli meno progrediti, con quella di altri popoli antichissimi e molto remoti da noi, è pervenuta alla conclusione che la comunione delle terre abbia preceduto dappertutto la proprietà individuale. Il *mir* russo, le *Gehoeferschaften* dei dintorni di Trier, le *Haubergge-nossenschaften* del paese di Siegen, lo *Zadruga* serbo, proverebbero al pari di altre forme consimili esistenti in Scozia, in Irlanda e nell'Afghanistan, quel carattere collettivo della proprietà primitiva. Uno dei rappresentanti più in vista di questi studi di diritto comparato intorno alla proprietà è il Laveleye (1), il quale ha avuto due tenaci oppositori in due scrittori francesi, il Belot (2), ed il Blondel (3). Il Blondel in un suo scritto pubblicato nel volume di onoranze per l'Appleton, sostiene che la proprietà collettiva, il comunismo primitivo, non è mai esistito. Egli afferma, ed in ciò segue

(1) E. DE LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives*, 4 éd. 1891.

(2) BELOT, *Annuaire de la Faculté de Lettres de Lyon*, 1884 in un suo studio su Nantucket.

(3) BLONDEL, *Notes sur les origines de la propriété* in *Mélanges Appleton*, Annales de l'Université de Lyon. Nouvelle série II, fas. 13, p. 39. Paris. Rousseau, Lyon. Rey. 1903.

l'opinione di parecchi altri, che anche nei primordi dei popoli antichissimi, si hanno tracce di proprietà individuale. Le figure moderne addotte come esempio di proprietà collettiva non sarebbero che figure di carattere eccezionale.

Egli afferma che la storia non prova assolutamente che la comunione delle terre abbia preceduto dappertutto la proprietà individuale. Per spiegare l' esistenza delle terre comuni non è necessario ricorrere ad un collettivismo agrario primitivo. Basta comprender bene certe necessità economiche, che in parecchie regioni della Germania, in Scozia, in Irlanda e nell'Afghanistan, come presso i popoli primitivi hanno avuto molto verosimilmente il sopravvento su ogni altra considerazione.

Non tocca a noi addentrarci in questa discussione. Osserviamo, però, che, per quanto in questi ultimi tempi si sia esagerato sulla importanza degli studi di legislazione comparata, la loro utilità non può disconoscersi a condizione che si tenga sempre presente un assioma in tema di comparazioni. Bisogna cioè confrontare elementi simili, non disparati, per aver probabilità di giungere a buoni risultati.

E questo uno studio delicato, e per argomentare con una relativa sicurezza da un popolo noto ad un altro meno noto, occorre almeno che tra i due intercedano affinità di stirpe e di condizioni sociali.

Per non citare che un esempio: il Blondel ricorda a sostegno della sua tesi che le leggi di Hammurabi, le quali risalgono a duemila e trecento anni avanti Cristo (1), ed hanno sconvolto con la loro apparizione molti principî

(1) Codice di Hammurabi in *Mémoires de la délégation en Perse— publiées sous la direction de* M. DE MORGAN. Vol. IV. Textes élamites et sémitiques publiés par le P. SCHEIL — Leroux, 1902.

che la storia biblica faceva ritener fermi, escludono la proprietà collettiva.

Ora è un grave errore ricorrere a questo confronto: le leggi di Hammurabi sono documento di una civiltà progredita, e in certi passi raggiungono quasi la precisione e la perfezione di un codice moderno; sono l'espressione e la disciplina giuridica di uno stato di cose evoluto.

E ciò basta a spiegare perchè in esse non vi sia traccia di proprietà collettiva.

§ 11.

Ora, fatti storici accertati e indiscutibili ci mostrano, non solo presso antichi popoli primitivi, ma anche presso popoli del nostro tempo formanti lo strato di civiltà meno evoluto, alcune conformazioni caratteristiche di proprietà collettiva.

Nè ci sarà più lecito considerarli come fatti eccezionali e come fenomeni isolati se essi si sono ripetuti con tanta frequenza e si possono constatare ancora oggi quasi sotto i nostri occhi. Gli è piuttosto che tali fatti rispondono ad una legge storica inderogabile: sono come tante facce per le quali si manifesta all'osservatore diretto dell'umanità primitiva un diritto universale comune.

Non però noi dobbiamo illuderci di poter sottoporre tutti questi fatti e tutti questi fenomeni ad una norma unica ed immutabile per tutti i popoli. Se così fosse, la scienza del diritto comparato sarebbe quasi l'ancella che dovrebbe aiutarci a negare le caratteristiche particolari, l'individualità, di popoli di gruppi etnici diversi.

Occorre, invece, discernere con cautela ciò che può costituire la sostanza di tali fatti, da ciò che è semplicemente l'accessorio o l'estrinsecazione pratica peculiare ad un dato popolo.

§ 12.

Così, se anche per il diritto antichissimo di Roma le testimonianze storiche e le indagini di diritto comparato ci persuadono ad ammettere una originaria proprietà della collettività, occorre però, a sua volta, istituire una nuova indagine speciale per stabilire i caratteri di tale collettività, vederne l'essenza, la natura, e i segni distintivi da altre collettività consimili. Solo in tale modo possono essere tolti di mezzo molti pregiudizi che hanno finora ostacolato la visione precisa della antica proprietà collettiva in Roma.

È noto come i vari scrittori di diritto comparato adottino diverse classificazioni delle primitive forme di organizzazione sociale. Secondo il Post, si avrebbero organizzazioni gentilizie, per consorzi territoriali, signorili e corporative, suddivise, rispettivamente, in varie sottospecie, a seconda del prevalere di tali o tali altri caratteri.

Orbene, per la collettività primitiva romana che appartiene alle organizzazioni gentilizie, bisogna anzitutto stabilire nettamente se trattisi di collettività famigliare o politica. Come pure bisogna tener sempre presente che per istituire una ricerca seria sulle prime forme di manifestazione della proprietà individuale romana non si deve perder d'occhio, come termine di confronto, la proprietà del gruppo politico o famigliare. Nè, a questo proposito, bisogna contentarsi della distinzione tra proprietà pubblica e privata, distinzione che in questi periodi della storia è spesso fallace in quanto induce facilmente a considerare come pubblica la proprietà che pure essendo collettiva, è talvolta non di meno privata.

§ 13.

Di fronte a collettività, come la romana, che non hanno carattere puramente famigliare, gli studiosi si sono sentiti costretti ad indagarne l'indole e la costituzione con maggior profondità di quel che abbian fatto a riguardo di altre organizzazioni di carattere quasi *a priori* ben definito.

Non si può parlare e discutere di proprietà gentilizia in Roma, se prima non si è fissato il carattere della *gens*, se non si conoscono a fondo le sue successive modificazioni.

Due opinioni su questo punto tengono il campo. L'una, fino a pochi anni prevalente, fa capo al Summer-Maine. Secondo questo autore i gruppi gentilizi avrebbero avuto carattere puramente famigliare o parentale, non politico. In tutti i suoi studi, può dirsi, il Summer-Maine contrappone la società gentilizia a quella politica, e in tutti i suoi studi sulle primitive forme di organizzazione egli non sa vedere più in là di semplici raggruppamenti tenuti saldi dal solo legame di famiglia.

Con maggior fondamento e con miglior fortuna il nostro Bonfante si è recisamente pronunciato contro tale opinione. Egli accentua, invece, nelle sue opere l'essenza politica, sebbene ancora in forma rudimentale, della famiglia e della *gens*.

Per il Bonfante i gruppi famigliari avevano funzione esclusivamente politica. In essi la parentela aveva un regolamento che esorbitava dai legami del sangue (essa è la primitiva cittadinanza), per cui la potestà del capo gruppo ha così ampia e solida costituzione (essa è sovranità), per cui la proprietà è collettiva (essa è territorio sovrano e patrimonio pubblico), per cui infine i

rapporti tra gruppi si fondano sul principio di solidarietà (essi sono i rapporti internazionali (1).

In una parola, nella famiglia e nella *gens* noi abbiamo degli organismi politici, non semplicemente famigliari, i quali differiscono dalla società moderna solo per questo che in essi la attività politica è diffusa, mentre è concentrata nella moderna società.

Famiglie e *gentes* sono aggruppamenti di persone soggette e coordinate ad una autorità la quale non dipende da altri, o solo per certi riguardi è assoggettata al capo di una società più vasta; famiglia e *gens* hanno già in sè gli organi della società politica.

§ 14.

Questi aggruppamenti, come presso altri popoli, così in Roma hanno avuto beni di loro appartenenza. Ciò è particolarmente certo in rapporto con la famiglia.

A noi pare sufficientemente provata e fondata su salde basi storiche l' opinione del Mommsen che anche per Roma la origine della proprietà sia stata collettiva.

Una prima notizia, tramandataci dalla tradizione (2) e confermata da fatti storici, ci mostra l'attribuzione dell'*heredium* come fatta dal fondatore di Roma ai singoli capi di famiglia *viritim*. *Heredium* è un pezzo di terreno della superficie di circa mezzo ettaro —, difficilmente può quindi concepirsi come questa ben modesta striscia di terra potesse bastare a nutrire con i suoi prodotti il capo e la sua famiglia. Da calcoli fatti (3) basan-

(1) Cfr. Bonfante e Longo, *Prefazione alla Traduzione italiana del* Post, *Giurisprudenza etnologica* pag. XVI.

(2) Varro, De. l. l. 10. 2 Plinius, *Historia natur.* 13. 2. 7.

(3) V. Mommsen, *Storia di Roma*, vol. 1 pag. 172 sg. della Traduz. ital. e Girard, *Manuel el.*, 4. ed. pag. 259, nota 1.

dosi sul consumo annuo medio di uno schiavo, risulterebbe che per il nutrimento di una famiglia di sole quattro persone sarebbe stata appena sufficiente una estensione di terreno quaranta volte più grande.

In fatti il consumo annuale di uno schiavo è di 51 moggi, e il mezzo ettaro dell'*heredium* non avrebbe potuto dare più di 20 moggi di grano per anno; cinque per persona, e quindi 10 volte meno di quel che occorreva ad uno schiavo.

Non v' è dubbio, dunque, che l'*heredium* non bastava alla famiglia; questa deve aver avuto altri beni da cui trarre il proprio sostentamento. Ma quali, se dalle fonti nulla ci viene detto al riguardo?

§ 15.

La congettura del Mommsen è che accanto all'*heredium* si avessero dei terreni arabili comuni ad un gruppo più largo che la famiglia, alla *gens* (1). Queste terre arabili, con una determinata rotazione, servivano al godimento di tutte le famiglie comprese nella *gens*. Ogni singola famiglia godeva anzi tutto dell'*heredium* strettamente necessario, e poi per rotazione e gradatamente sfruttava una parte dell'*ager pubblicus*.

Il terreno dunque non può essere appartenuto che alla città in generale.

Noi non possiamo imaginare il popolo romano durante questo antichissimo periodo come un popolo nomade, che vive della caccia e della pastorizia, non coltiva terre, e quindi gode del terreno sul quale momentaneamente si trova in una forma quasi precaria.

(1) Mommsen pensava da prima che queste terre fossero comuni a tutto il popolo, in seguito si manifestò per la comunione della *gens* (*Dir. pubblico rom.* 5. 1 p. 26 nel *Man. antiquités rom.* di Marquardt)

All' epoca della fondazione della città, Roma aveva una popolazione prevalentemente agricola, e quindi la congettura di questo comunismo economico si presenta verosimile anche pel confronto con altre organizzazioni primitive di popoli già stabiliti sul territorio, quali quelle della marca germanica o del *mir* russo.

D'altra parte se questo fenomeno si trae solo per induzione a riguardo dei terreni aratorii, esso è certo per quelli boschivi. Per questi, anzi, esso si mantiene anche più a lungo che non per quelli.

Il bosco non è in questi tempi in proprietà privata, ma la comunità ne gode tutta nel suo insieme. Ce lo attestano anche i tardi gromatici, i quali forniscono notizie precise non solo sui boschi, ma anche sui pascoli comuni (*compascua*).

Del resto la comunione dei boschi è un fenomeno che può rintracciarsi presso tutti i popoli, e in certe regioni si è conservato fino ai tempi moderni. Così fino al 1851, in Sardegna, non vi è stata proprietà privata dei boschi; una carta reale del 1839 li dichiarava ancora tutti demaniali, salvo il godimento agli abitanti di certi comuni determinati.

§ 16.

L'*heredium* rappresenta, adunque, una prima figura di godimento esclusivo a favore della famiglia.

Ma, si badi, proprietà privata è l'*heredium*, ma non proprietà individuale come da alcuno si pretende. Qui richiamiamo, appunto, l'attenzione su quanto abbiamo precedentemente esposto circa il carattere politico della famiglia primitiva.

È vero, senza dubbio, che la divisione del terreno e la attribuzione successiva furono fatte, come vuol la tradizione, ai singoli capi di famiglia *viritim;* è vero anche che, secondo il concetto del *mos*, il capo è colui nel quale si accentrano, come in un sovrano, tutti i diritti appartenenti ai singoli componenti la famiglia; ma, ciò prova semplicemente che l'attribuzione vien fatta a lui non come individuo, ma come capo della famiglia. Mentre da altra parte lo *ius* interviene a limitare la sua sconfinata potestà dichiarando inalienabile ed inusucapibile l'*heredium*, appunto in riguardo alla comunione famigliare.

§ 17.

Che la proprietà fosse della famiglia non può porsi in dubbio. Lo prova all'evidenza il carattere della successione legittima romana nella quale il *suus* subentra senz'altro al capo nel godimento dei beni, per modo che non si ha vera successione ma quasi un ritorno all'amministrazione dei propri averi.

Herus, nell'antico linguaggio romano, è il proprietario; *heres suus* è colui che per la sua posizione nella famiglia è chiamato già a impadronirsi dei *propri* beni. La prova migliore è che le XII Tavole non parlano di successione dell'*heres suus*, esse si limitano a dichiarare (Tav. V, 4 e 5): *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

Dunque il *suus*, a rigore, non veniva considerato come un vero successore ma piuttosto come un comproprietario, il quale è escluso dall'amministrazione dei beni finchè è in vita il capo di famiglia.

Se non vi sono *heredes sui* succedono gli agnati, e in macanza di questi, i gentili. E questa è una nuova prova, mentre non è che un ricordo, dell'antica comproprietà agnatizia e gentilizia.

§ 18.

Ma non basta. Altri fatti vi sono i quali provano la proprietà collettiva iniziale del suolo.

Nei monumenti legislativi più antichi di Roma vengono usate, a designare la proprietà, parole che non si attagliano alla proprietà immobiliare. Si parla ora di *pecunia* (da *pecus*, bestiame, gregge), ora di *familia*, schiavi; e talvolta i due termini si trovano uniti: *familia pecuniaque* (1). Da ciò si desume che la proprietà individuale inizialmente non può che essersi limitata ai mobili, e che, conseguentemente, esisteva un godimento in comune degli altri.

E ancora, le forme della *mancipatio* e della *vindicatio*, nel loro organismo, dimostrano che non s' applicavano originariamente se non alla mancipazione ed alla rivendicazione delle cose mobili. La cosa doveva esser presente, e doveva tenersi *in manu*; nella *vindicatio* doveva portarsi dinanzi al pretore. Poichè trattasi di formalità giudiziarie, le quali debbono sempre adattarsi al bisogno pratico, sorge spontanea la riflessione che solamente per i mobili e per la prima volta in riguardo ad essi si sia manifestata la proprietà individuale. La stessa espressione *mancipium* (da *manu capere*) sta a dimostrare ciò.

In conclusione sia in base all'*heredium*, sia in base a queste altre circostanze, a noi pare fondata congettura che la proprietà immobiliare iniziale non potesse essere che collettiva.

(1) Vederne esempi in GIRARD, *Manuel él. d. dr. romain.* 4e éd. p. 248 n. 4.

§ 19.

Un fenomeno comune a tutti i popoli è questo, che negli albori della loro vita si possono distinguere due categorie di beni nettamente separate. All'una appartengono oggetti dei quali il proprietario può disporre liberamente servendosene, donandoli o scambiandoli con la maggiore facilità. All' altra appartengono beni che hanno per caratteristica una specie di intangibilità, la quale ne ostacola il trapasso e lo scambio con l'imporre formalità rigorose e solenni (1).

A queste due categorie risponde la distinzione romana tra *res mancipi* e *res nec mancipi*; e nei popoli moderni l'altra fra cose immobili e mobili (2).

In Roma fra la *res mancipi* sono annoverate molte cose mobili (schiavi e bestie da tiro e da soma) insieme con altre immobili (fondi, case o terreni).

E poichè questi ultimi, come abbiamo visto, erano in proprietà comune del gruppo, e quelle comprendevano cose, come gli animali e gli schiavi, indispensabili alla famiglia, così anche per le *res mancipi* noi siamo

(1) « V'ha in qualunque diritto — dice il BONFANTE, *Istituzioni di dir. romano*, 3ª ediz. pag. 213, — una distinzione fondamentale delle cose, nella quale tutto il regime economico-sociale, per così dire, l'incardina e che per conseguenza non interessa unicamente per questo o quel rapporto giuridico, in ragione della sua particolare funzione economica, ma pervade e investe tutto quanto l'organismo giuridico. Essa è per l'appunto tra quelle cose che hanno un'importanza sociale e vengono pertanto assoggettate a una più rigorosa tutela pubblica e quelle che hanno interesse più che altro individuale. »

(2) Anche la nostra legge esige formalità e garanzie speciali in riguardo agli immobili. In molta parte però la disciplina e il rigorismo delle varie legislazioni in fatto di immobili provengono da un antico e vieto errore economico (*res mobilis res vilis*) ormai sorpassato.

costretti ad ammettere col Bonfante (1) che lo stretto rapporto che esse mostrano in quell'epoca (nel diritto antico) colla famiglia romana, il carattere di questo gruppo, le tracce della primitiva organizzazione unitaria del consorzio agnatizio, la natura dell'eredità primitiva e la comparazione storica possono convincere che esse costituivano in origine la proprietà sociale del gruppo agnatizio.

In conclusione, *heredium* e *res mancipi* formavano il fondo patrimoniale della famiglia, erano quasi la sua scorta economica.

§ 20.

Abbiamo visto che il patrimonio famigliare appartiene alla famiglia come tale, che il capo della famiglia, quando il gruppo famigliare aveva carattere prevalentemente politico, amministrava i beni nell'interesse della famiglia; che, alla sua morte, i figli per il diritto di dominio sulle cose del patrimonio famigliare loro spettante come componenti della famiglia divengono alla loro volta comproprietari del patrimonio. Questo però avviene quando il capo della famiglia non abbia designato alcuna persona a succedergli nella sovranità del gruppo.

Il testamento romano, infatti, non è altro nelle sue origini e nella sua essenza che la designazione fatta dal capo gruppo del successore nella sovranità.

L'*heres* è il nuovo capo designato, donde una serie di importantissimi principi, i quali possono riuscire inesplicabili a chi non tenga presente questa principale e fondamentale funzione del testamento romano.

(1) Bonfante. *Istituzioni di dir. romano*, 3ª ediz. pag. 214. V. anche lo stesso *Res mancipi e nec mancipi*. Roma 1888-89.

Se però dal defunto capo non era stato indicato il nuovo sovrano, l'*heres*, non avveniva divisione tra i componenti della famiglia, perchè non di proprietà individuale spettante ad ogni membro poteva trattarsi, sibbene sempre di proprietà collettiva del gruppo famigliare.

Si aveva allora la figura caratteristica del *consortium*, che gli scrittori posteriori chiamarono *necessarium*, perchè la proprietà privata famigliare era indivisibile, e perchè, in antitesi con questa, ormai tramontata, si era formata la nuova figura del *consortium voluntarium* in quei casi in cui il proseguimento della comunione famigliare dipendeva dalla volontà dei figli.

§ 21.

Nelle fonti si trovano cenni del solo *consortium voluntarium*, ma moltissime testimonianze se ne sono conservate in scrittori non giuridici (1).

È interessante a questo proposito porre a raffronto due passi in cui Festo parla dei *consortes* (2).

Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Erctum a coercendo dictum, unde et erciscundae et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo.

Sors et patrimonium significat, unde consortes dicimus.

Festo spiega anzitutto che *erctum* si ha nei *consortes*, cioè nei comunisti dell' *hereditas* paterna; poi afferma che *erctum* deriva da *coercendo*, donde *erciscere* dello *iudicium familiae erciscundae*. *Citum* deriverebbe da *ciendo*, chiamare.

(1) V. Aulo Gellio 1, 9. 12; Paolo Diacono v. *Disertiones*; Varrone, *De lingua lat.*, 6, 15.

(2) Festus (Bruns, *Fontes*: scriptores pag. 8 e 41) v. *Erctum; sors*.

Etimologie queste che hanno un valore filologico molto discutibile; esse mirano spesso, con affermazioni e significati evidentemente forzati, a dare alla pratica un fondamento più stabile.

I moderni propendono per la derivazione di *erctum* da *herus*, padrone dandogli così il significato di diritto spettante a ciascun *consors* sul patrimonio ereditario.

Sul *citum* si può essere d'accordo con Festo, quantunque taluno opini per il significato di *dividere*.

Accanto a queste espressioni si trova in Festo l'altra importantissima: *sors*. *Sors* assume spesso nella lingua latina il significato di patrimonio, donde anche *consortes*, cioè contitolari del patrimonio. L'antitesi del *consortium* è formata dalla *desertio*, cioè dalla cessazione del *consortium*.

Orbene, il nesso che corre, non solo glottologicamente, tra questi concetti, ci mostra già il rapporto strettissimo tra l'*actio familiae erciscundae* delle XII Tavole e l'antico *consortium*.

La legge delle XII Tavole ha, per lo meno, dato forma all'*actio familiae erciscundae*, cioè alla *desertio* del patrimonio famigliare comune; la legge delle XII Tavole ha sanzionato la divisibilità tra i *consortes* della comproprietà ereditaria originariamente indivisibile.

Ciò prova che al tempo della sua compilazione il concetto della proprietà famigliare, da collettivo era divenuto individuale; ormai ciascun *consors* poteva pretendere la propria quota mediante l'*actio familiae erciscundae*.

§ 22.

Consortium è dunque la riunione necessaria dei vari *heredes sui*. Questa figura ne spiega un'altra impor

tantissima del diritto classico: la *societas omnium bonorum*.

Noi conosciamo nel nostro diritto attuale una figura affine fino a un certo punto alla *societas omnium bonorum*, la società universale dei guadagni (1), la quale comprende tutto ciò che le parti saranno per acquistare colla loro industria, per qualsivoglia titolo, durante la società. Ma la *societas omnium bonorum* è più larga perchè comprende tutti i beni e tutti i lucri presenti e futuri, non eslusi quelli che possano eventualmente pervenire da successione ereditaria.

Certo è, ad ogni modo, che il *consortium* ha servito di modello alla posteriore *societas omnium bonorum*, e che al primo si ricorse quando si trattò di formulare praticamente la seconda.

Senza dubbio il *consortium* non potè avere troppo lunga esistenza. Esso si riferiva inizialmente allo *heredium*, piccolo campo, come già notammo, della modesta estensione di mezzo ettaro.

Ora, è possibile che per lunghe generazioni, accrescentisi di numero quasi in ragione quadrata, si sia mantenuta la comproprietà di quella tenue zolla? Si può rispondere, senza troppo stare a riflettere, che così non potè accadere, che anzi appunto questa insopportabile condizione di fatto deve avere indotto alla divisione, e deve essere stata la molla per cui è sorta l'*actio familiae erciscundae*. Ma quest'azione fu creata senz'altro, quasi di getto, dalle XII Tavole?

(1) Cod. civ. art. 1702.

§ 23.

È opportuno aprire qua una parentesi per cercare di chiarire e d'intendere esattamente l'essenza ed il carattere della legislazione decemvirale.

La storia delle XII Tavole redatte, come è noto, a quanto afferma la tradizione, da una commissione di dieci cittadini appositamente scelti, verso i primi del IV secolo, è come tutte le narrazioni di avvenimenti molto antichi circondata dalla leggenda e dalla oscurità.

Intorno alle cause che le determinarono, al modo di formazione ed al loro contenuto, gli scrittori romani ci tramandarono notizie copiose sulle quali i moderni han potuto fondare il convincimento della loro autenticità, non solo, ma tentarne anche la ricostruzione.

Recentemente, però, il Pais ed il Lambert (1) ne hanno strenuamente contestato l'esistenza. Secondo il Pais esse non sarebbero che una raccolta apocrifa del V° secolo di Roma; secondo il Lambert del VI° secolo (2).

A dir vero fin dal 1852 uno scrittore inglese, il Cornwall

(1) Pais *Storia di Roma* I, 1. 1898, pp. 550-605; I, 2 1899 pp. 546-576, 631-635; Lambert, *Nouv. Revue Historique* 1902 pp. 147-200; *Revue générale* 1902 n. 5 e 6.

(2) Pais vede anche qui, come in altri fatti della storia di Roma tramandatici dalla tradizione una falsa duplicazione. I due fatti che avrebbero dovuto porre fine alla occulta giurisprudenza pontificale: compilazione delle XII Tavole e pubblicazione di *Cn. Flavius*, tutti e due con la partecipazione di un *Appius Claudius* giurisperito e demagogicamente violento, non sarebbero anch'essi che una duplicazione. Storico sarebbe solo il secondo, da esso poi sarebbe derivata la leggenda che creò da una raccolta di diritto consuetudinario la legislazione decemvirale delle XII Tavole.

Il Lambert accettò dapprima l'opinione del Pais, poi la modificò nel senso che, come la invenzione dello *ius* papiriano viene ora da

Lewis aveva sostenuto che non si potesse ammettere, e per l'età antichissima che comunemente si assegna alla compilazione, e per il suo intrinseco contenuto, che essa fosse tutta opera originale dovuta ai decemviri. Il Pais ed il Lambert hanno rinnovato questo appunto ed hanno ripreso in esame le fonti, sottoponendole a critica dotta.

Secondo questi due scrittori noi ci troveremmo di fronte ad un errore più o meno voluto della tradizione, per il quale si viene ad attribuire ad un corpo di leggi ciò che fu svolgimento consuetudinario di Roma. Sotto la tradizionale denominazione di XII Tavole non dovrebbe intendersi che una raccolta di consuetudini romane. Essi affermano che si fece confusione tra i *decemviri stlitibus iudicandis* e i pretesi *decemviri legibus scribundis*, anche l'esistenza di questi ultimi sarebbe leggenda, e, in ultima analisi, queste XII Tavole non sarebbero che una compilazione relativamente recente dovuta a Cneo Flavio o ad Elio Peto.

Questa ipotesi non è però sfuggita alle critiche. Più degli altri l'ha combattuta vivacemente il Girard (1).

Senza dubbio, nè anche nell'opinione comune si ritiene che le XII Tavole abbiano trasformato radicalmente l'anteriore diritto romano, e siano state create quasi di getto dai dieci commissari. Anche chi accetta l'ipotesi del decemvirato legislativo riconosce che questi decemviri non hanno fatto che raccogliere il diritto vigente al loro tempo. La differenza sta in ciò: se si possa dire che la raccolta è veramente del tempo che

molti attribuita al suo primo commentatore *Granius Flaccus* sotto Cesare ed Augusto, così anche le XII Tavole siano creazione del loro primo commentatore *S. Aelius Paetus Catus* del 200 circa a. Cr. Probabilmente era una collezione privata fatta *bona fide* alla quale solo più tardi si sarebbe dato il nome ed il carattere di legge.

(1) Girard, *Nouvelle revue historique de droit* 1902 (luglio-agosto).

la tradizione le assegna, o se sia posteriore di molto. Ma con l'ammettere la prima ipotesi non si nega affatto perciò il carattere consuetudinario.

Si può affermare con sicurezza che mai in Roma un sistema di leggi si sia avuto senza una lunga anteriore preparazione fondata sulla consuetudine: la norma sancita dalla legge è una norma già consuetudinaria in Roma.

Le doglianze dei plebei, che trassero alla formazione delle leggi delle XII Tavole mostrano che si deplorava la mancanza di una difesa rigorosa del diritto cagionata dall'incertezza che già per sè implica ogni norma consuetudinaria.

Si ottenne colla raccolta di tali norme una maggior garanzia di difesa e di protezione. Si volle definire e stabilire più rigorosamente, mediante leggi scritte, il diritto vigente in quell' epoca.

Resta, quindi, per noi assodato il carattere consuetudinario della raccolta delle XII Tavole.

§ 24.

Ordunque, dicendo che le XII Tavole contemplano e disciplinano l' *actio familiae erciscundae*, noi implicitamente affermiamo che la cessazione del *consortium* e la divisione dei beni che vi erano soggetti preesistevano di già nella pratica della vita romana.

Poichè, ripetiamo, è inconcepibile che intere, numerose discendenze abbiano potuto restare unite nel possesso del modesto *heredium*.

Quel terreno, una volta temporaneamente goduto dalla famiglia per concessione della *gens*, dovette in un dato periodo fissarsi durevolmente nella famiglia. Questa cominciò col tralasciarne la restituzione alla *gens* per la nuova ripartizione; e finì per tenerselo e dividerselo.

§ 25.

Date precise del trapasso dalla proprietà gentilizia a quella famigliare, e da questa alla proprietà individuale non è possibile indicarne. Non v'ha dubbio che nelle XII Tavole si trovino di già sicuri accenni alla proprietà individuale. Come d'altra parte lo sparire d'un sistema per dar luogo ad un altro non è fenomeno che si verifichi d'un tratto, onde bene può ammettersi che forme di proprietà collettiva si siano mantenute anche quando la proprietà individuale era divenuta regola e che anche nella disciplina della proprietà individuale si sia conservata qualche traccia dell'antica figura.

Così, ancora negli ultimi secoli della repubblica e ai tempi di Cicerone (1) si rintracciano esempi di comunione famigliare; ciò è facilmente spiegabile per quelle famiglie nobili per antica origine le quali rimanevano strette da legami di sangue, di tradizioni e di gloria. Così i sedici Aelii, tra i quali il genero di Paolo Emilio, vivevano tutti in comune sotto il medesimo tetto (2).

Roma, uscita dalle piccole guerre con gli Stati vicini, e lanciatasi in altre, ben più avventurose e fortunate, come quelle contro la Grecia e Cartagine, andava lentamente spogliandosi dei suoi rigidi costumi antichi. L'ellenismo, con i suoi artisti ed i suoi filosofi, l' invadeva e la trasformava, elevandone la cultura ma corrompendone anche la morale.

S'intende come le idee nuove dovessero disgregare anche la compagine della vecchia famiglia romana, e

(1) Tito Livio 41.27.2; Cicerone, *In Verrem* 2 3 23 57 : *tres fratres consortes.*

(2) Valerio Massimo 4 4 8; Plutarco, *Aemil* 5.

quanto forte dovesse manifestarsi la reazione per parte di severi conservatori come Catone.

Non vi ha dubbio che il processo di disfacimento debba essersi verificato più tardi in quelle famiglie che continuavano a vivere lontane dalla città, in campagna, nella tranquilla semplicità di una vita patriarcale. Qui il *consortium* famigliare deve aver resistito più a lungo che fra il turbinio della agitata vita di Roma.

§ 26.

E nel Digesto, ancora, abbiamo tracce del *consortium*. Così in un frammento di Paolo.

D. 27. 1. 31. 4. Paulus *libro sexto quaestionum*

Ceterum putarem recte facturum praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit ut pro pluribus cedat. neque igitur fratres consortes plurium loco habendi sunt, neque non fratres, si idem patrimonium habent et ratio administrationis pariter reddenda sit. et ex diverso fratres diviso patrimonio duae tutelae sunt: non enim, ut dixi, numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consideranda est.

Del resto, dice Paolo, io crederei che il pretore agirebbe correttamente se stimasse che anche una sola tutela fosse bastante, ove questa sia tanto vasta e richieda tale attività da stare in luogo di molte. Non dunque i *consortes* fratelli debbono ritenersi in luogo di più, nè i non fratelli, se tengono lo stesso patrimonio ed i conti dell'amministrazione debbono rendersi in una volta. Ed al contrario, diviso il patrimonio tra i fratelli si hanno due tutele: non deve infatti considerarsi, come ho detto, il numero dei pupilli, ma la difficoltà di compilare e rendere i conti.

Il caso contemplato è questo: il pretore si trova di fronte a più persone da tutelare; egli può benissimo, ove la necessità pratica lo richieda e non ostino serie difficoltà, provvedere con la attribuzione di una sola tutela. Come esempio, il giureconsulto adduce quello in cui il pretore abbia da provvedere alla tutela di più *consortes*, siano o no fratelli. In tal caso basterà una sola tutela per tutti, poichè il patrimonio, essendo comune, è un solo. Così non è se il patrimonio viene diviso.

Constatiamo dunque l'importanza e la solidità di questa vetusta figura del *consortium* se ancora ne parla un giureconsulto del III secolo dell'Impero, dopo circa settecento anni dalle XII tavole.

§ 27.

Accertato ormai, che già nelle leggi delle XII tavole abbiamo tracce del sorgere di una proprietà individuale che ha qualche affinità con quella del diritto classico, si impongono ancora alla nostra attenzione alcuni problemi di indole storica de'quali è opportuno tentare la soluzione.

In questo periodo delle origini esisteva in Roma accanto al *dominium ex iure Quiritium* una figura di *dominium* più rigida e più solenne: il *mancipium*, a riguardo del quale venivano in questione i modi di acquisto più rigorosi del diritto civile. Erano i tempi della recisa distinzione tra *res mancipi* e *nec mancipi*; le prime, come abbiamo visto, eran quelle che godevano di una importanza economico-sociale, a differenza delle seconde che godevano di una considerazione unicamente sussidiaria e secondaria. Onde, forse non a torto, si è sostenuto da molti che a proposito della *res nec man-*

cipi, non possa, secondo il concetto puro romano, parlarsi di vero dominio, di quel *dominium quod pater familias in domo habet*, a cui abbiamo da principio accennato, che si esplicava per eccellenza sulle *res mancipi*.

Sulla *res nec mancipi* si ha un rapporto che non risponde al concetto puro ed esclusivamente romano di *dominium*, che non è protetto dai mezzi concessi per il *mancipium*, un rapporto il quale solo in seguito viene a fondersi ed a confondersi nel concetto unico di *dominium ex iure Quiritium*. Ai tempi di Gaio il dominio di diritto civile è uno, e ricomprende così le *res mancipi* come le *res nec mancipi*; unica antitesi è quella tra dominio quiritario e bonitario; ma siamo in un' epoca già avanzata della storia del diritto di Roma e quindi ormai l'antica differenza sostanziale non è più intesa.

§ 28.

Ora, poichè come pare di dominio vero romano poteva parlarsi solo a riguardo delle *res mancipi*, non v' ha dubbio che la *mancipatio* e la *reivindicatio* solo a quelle potessero venire applicate. *Mancipatio* e *rei vindicatio* sono due forme che procedono sempre parallele, l'una ha la sua corrispondente nell'altra, ne si può far uso dell' una quando l'altra non è applicabile. In effetti, sono entrambe espressioni inscindibili della *manu capio*.

Da queste premesse deriva la conseguenza che nè la *mancipatio* nè la *reivindicatio* fossero applicabili alle *res nec mancipi*.

Ma dunque le *res nec mancipi* sarebbero state prive di qualsiasi mezzo di tutela e di difesa? Pare che nella maggior parte dei casi fosse proprio così; in una sola

circostanza esse venivano protette, ed era quella in cui fossero state oggetto di furto. Quando veniva rubata una *res nec mancipi* il proprietario poteva valersi della *condictio furtiva* per riaverla.

Secondo il concetto tipico della proprietà romana, per riprendere la cosa propria si agisce con la *rei vindicatio* che è un'azione reale, non personale come è la *condictio* (1).

Questa azione è con i principi generali in una discordanza difficile a negarsi, poichè il derubato vi appare come creditore della propria cosa in quanto egli domanda che gli si trasferisca la proprietà di una cosa di cui il furto non gli ha impedito di rimanere proprietario.

Siamo dunque di fronte ad un vero enigma, che, a dir vero, è stato il rovello di molti interpreti, a cominciare da Gaio. Secondo il quale (2) la *condictio furtiva* sarebbe stata concessa *odio furum*, affinchè i ladri fossero tenuti a rispondere con parecchie azioni. Si sarebbe, in altre parole, commessa una stranezza giuridica pur di rendere più completa e rigorosa la persecuzione del ladro.

Appare evidentissima la ingenuità della spiegazione gaiana. Se contro il ladro era concessa al proprietario l'*actio furti*, un'azione penale, la quale tende non solo alla restituzione della cosa, ma anche, a seconda del caso, al pagamento del quadruplo o del doppio del valore della cosa stessa, come è possibile che si sentisse il bisogno di una nuova azione, quale la *condictio furtiva*, tendente in prima linea alla semplice restituzione?

A noi pare che debba accogliersi la spiegazione con-

(1) Nella *condictio furtiva*, dice il GIRARD, *Manuel él.* cit, 4 éd. p. 408 il derubato viene considerato come creditore della cosa rubata e può domandarne il valore al ladro ed ai suoi eredi, anche se essi non possiedono, anche se la cosa è perita per caso fortuito.

(2) GAIO, *Institutiones* IV, 4.

getturale data dallo Ihering (1), alla quale abbiamo da principio accennato; quando, cioè, le *res nec mancipi* non erano oggetto di dominio nel rigoroso senso romano di *mancipium*, il proprietario non poteva riprenderle altrimenti che con la *condictio furtiva*. Ciò dimostra, da un canto, che la potestà del proprietario non era a riguardo delle *res nec mancipi* che un rapporto equivalente al dominio; dall'altro, che lo scopo della *condictio furtiva* non era in origine quello generico di perseguitare il ladro, sibbene quello specifico di perseguitarlo in rapporto con le *res nec mancipi*.

Per concludere, adunque, le *res nec mancipi* ebbero inizialmente protezione solo contro il furto, sotto il qual nome comprendiamo anche la rapina e l'estorsione con violenza.

§ 29.

L'antica divisione tra *res mancipi* e *nec mancipi* si sustanzia dunque pei primi secoli di Roma nell'altra fra cose che sono oggetto di proprietà quiritaria e cose che non lo sono. Gaio le unisce sotto l'unico concetto di cose soggette al *dominium ex iure Quiritium*.

Per rafforzare vieppiù il valore di questa distinzione da molti scrittori si risale all'altra fra i due concetti di *familia* e di *pecunia*.

Vero è che qualcuno non ha esitato a sostenere che questi due termini fossero, in origine, usati indifferentemente e promiscuamente. Ma, chi ben consideri, è difficile, dato il carattere solenne e rigoroso della lingua, ed in special modo di quella giuridica romana che si

(1) IHERING, *Entwickelungsgeschichte des röm. Rechts*, 1894 p. 81 seg.

impiegassero due termini diversi per indicare un unico concetto: quello di patrimonio.

Quindi, si dice, *familia* indicherebbe il complesso delle cose che originariamente si trovavano sotto la *manus* del capo di famiglia: moglie, figli, schiavi, cose indispensabili all'esistenza materiale, ed *heredium*. Anzi più anticamente l'*heredium* doveva esserne escluso, poichè la definizione del *pater familias* accenna alle sole cose comprese nella casa (paterfamilias appellatur is qui in *domo* dominium habet).

Le cose che non erano necessarie ai bisogni della famiglia erano chiamate con il nome di *pecunia*. Queste — dice il Cuq (1) — formavano il superfluo, la ricchezza. Era, come l'etimologia indica, il bestiame che si allevava nei pascoli: i buoi, le pecore ed i porci. I testi distinguono con cura tra animali che servono alla coltura e animali che pascolano in greggi. Per conseguenza i buoi, i cavalli, gli asini, i muli facevano parte della *familia* o della *pecunia* secondo che essi servivano oppur no da bestie da tiro o da soma.

Le cose che compongono la *familia* sarebbero in parte — poichè bisogna escludere i fondi italici e le servitù rurali sottomessi al regime della comunione — quelle stesse che i giureconsulti designano con il nome di *res mancipi*. E le cose comprese sotto la denominazione di *pecunia* sarebbero quelle stesse che i giureconsulti classici chiamano *res nec mancipi*.

L'espressione *familia pecuniaque* che si riscontra frequentemente nei testi comprenderebbe l'insieme dei beni che vien designato anche con l'espressione *res mancipi et nec mancipi* (2).

(1) E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*. T. I, p. 91.
(2) V. E. CUQ, *Op. cit.*, pag. 92.

§ 30.

In effetti, a stregua del concetto puro romano la *familia* è soggetta alla *manus* e tutto ciò che è sottoposto alla *manus* è fuso nel concetto unico di patrimonio, quindi come le *res mancipi* così la *familia* sono proprietà pura e rigorosa del capo di famiglia, a differenza delle *res nec mancipi.*

Mentre per noi è patrimonio tutto un complesso di rapporti di carattere economico (1), per il concetto antico romano era patrimonio tutto ciò che era soggetto alla *manus* del capo di famiglia; tutto, anche la *familia*, vien ridotto a carattere patrimoniale, da una parte; dall'altra vengono escluse tutte le cose che non essendo oggetto di *manus* non hanno carattere patrimoniale.

Concetto questo che, sotto altre forme, si ritrova anche durante tutto il regime feudale basato eminentemente sulla esclusiva proprietà individuale; qui unico proprietario è il signore; qui, ad esempio, l'enfiteusi perde il suo antico significato per trasformarsi in un fedecommesso.

Non troveremmo dunque ostacolo ad ammettere con Io Ihering e col Cuq che la distinzione tra *familia* e *pecunia* corrisponda all' altra fra *res mancipi* e *nec mancipi.*

Ma in contrario si è obbiettato che la legge delle XII Tavole usa indistintamente i due termini *familia* e *pecunia.*

(1) « Per patrimonio s' intende la somma di tutti i diritti di carattere patrimoniale spettanti ad una persona o destinati ad uno « scopo. È la appartenenza alla persona, la destinazione ad uno scopo « quella che cementa i diritti e ne fa un solo tutto ». FADDA e BENSA, *Note al libro secondo* delle *Pandette* del WINDSCHEID pag. 677.

Ad esempio, per la successione ab intestato degli agnati, nella Tavola V, 4 è detto: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus *familiam* habeto. Mentre nella stessa Tavola V. 7 viene nominata solo la *pecunia*: Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentiliumque in eo *pecuniaque* eius potestas esto.

In realtà parrebbe che nell'un caso e nell'altro *familia* e *pecunia* siano ricordate indifferentemente per indicare il patrimonio.

Ma chi ci assicura che nel primo non si sia voluto intendere semplicemente il vero e proprio patrimonio famigliare e che nel secondo caso, in vece, gli agnati e i gentili potessero disporre solo sulla *pecunia* e non sulla *familia* del furioso?

Ripetiamo quindi: dato il carattere rigido e solenne dell'antica terminologia romana non è concepibile che i due termini venissero adoperati quasi a casaccio. Ma, purtroppo, dobbiamo contentarci di presentare la questione senza risolverla, poichè ci troviamo in un campo di ricerche troppo nebuloso, senza limiti di tempo certi, e deficiente di fonti sicure.

§ 31.

Torniamo ora al *dominium ex iure Quiritium.*

Quando si parla di *dominium ex iure Quiritium* si accenna per ciò stesso contemporaneamente a tre elementi essenziali della proprietà quiritaria: 1°) proprietario romano 2°) cosa romana 3°) modo di trasmissione romano.

Il *dominium e. i. Q.* non può appartenere ad altri che ad un cittadino romano, cade solo su quelle cose che possono formare oggetto di proprietà romana, e non

può trasmettersi che in uno dei modi strettamente romani.

Il dominio che difetti di alcuno di questi tre elementi non è *dominium e. i. Q.*

Ove manchi il primo elemento, soggetto romano, si avrà semplicemente un *dominium ex iure gentium*, poichè la proprietà quiritaria romana ha come presupposto essenziale lo *ius commercii*, e di questo non godono, di regola, che i cittadini romani, ed i Latini in forza di speciale trattato.

Non pertanto anche la proprietà dei peregrini fu gradatamente presa in considerazione e godette col tempo di mezzi speciali di protezione. Noi li esamineremo in seguito.

La mancanza del requisito oggettivo, porta a sua volta ad altre esclusioni del dominio vero e proprio.

Per le cose immobili, l'attitudine ad essere oggetto di proprietà quiritaria, stando fermi gli altri due requisiti, viene a mancare per il suolo provinciale. Non si dà *dominium e. i. Q.* che sulle *res in Italico solo*, o su quelle alle quali per speciale concessione è stato esteso lo *ius Italicum.*

Il territorio provinciale conquistato con la forza delle armi non può appartenere ad altri che al Popolo romano. Questo è il titolare vero del diritto di proprietà sul suolo, provinciale mentre il bottino di guerra appartiene a colui che se ne impadronisce. Ciò è tanto vero che l'*imperator* ha facoltà di distribuire a proprio arbitrio fra i soldati la preda fatta in guerra, ed essi ne acquistano la proprietà — se così potesse dirsi — più legittima di qualunque altra, ma non ha alcun potere di disposizione sul suolo, che passa *ipso iure* al Popolo romano.

Ma poichè, d'altra parte, non era possibile che Roma esercitasse effettivamente questo suo diritto di proprietà sulle vaste regioni che con rapidità conquistava, fu permesso agli antichi proprietari di continuare a godere del suolo non più all'antico titolo, ma sotto il nuovo di usufruttuari.

In compenso di tale graziosa concessione essi dovevano pagare al Popolo romano un *tributum* o *stipendium. Tributum*, e quindi *praedia tributaria* se la provincia è dell' Imperatore, *stipendium*, e quindi *praedia stipendiaria* se la provincia è amministrata dal Senato. L'antico proprietario, come già vedemmo, non ha ora, secondo Gaio che *possessionem tantum et usum fructum.* Anche nella legge agraria del 643 noi troviamo a questo riguardo le semplici espressioni: *habere*, *possidere*, *frui*, *uti.*

E poichè il suolo provinciale non può essere oggetto di dominio vero e proprio, così non si danno in esso luoghi religiosi o sacri (1). Infatti qui non v' è proprietario il quale possa render religioso il suolo (2), per altro questo si considera benignamente come *pro religioso.*

E parimenti nelle province non è sacro il luogo che non viene consacrato dall' autorità del Popolo romano. Per renderlo tale occorre il consenso del *pontifex maximus* e la votazione del Popolo. Quindi non si avrà consacrazione se farà difetto l'approvazione dell'autorità rappresentante di diritto pubblico in quella determinata provincia. Anche qui però benignamente *tamen pro sacro habetur.*

§ 32.

La proprietà dei peregrini, o *ex iure gentium*, la proprietà dei fondi provinciali (figura giuridica che pra-

(1) Gaio. *Instit.* II. 7 e 8.

(2) Gaio. *Inst.* II. 6. Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum *nostrum* . . . .

ticamente si esplica per mezzo di azioni non ancora ben note) sono dunque altre forme di proprietà le quali di fronte al *dominium ex iure Quiritium*, ottengono, alla loro volta, esplicazione pratica sebbene con differenti mezzi giuridici.

Viene ultima, ma più importante di tutte, la figura che ha campeggiato per opera del diritto pretorio: l'*in bonis habere* o dominio pretorio.

Mentre la proprietà dei peregrini (o *dominium ex iure gentium*) sorge in occasione della mancanza del requisito soggettivo — la cittadinanza romana, cioè — e del conseguente difetto dello *ius commercii*; mentre il dominio sui fondi provinciali si esplica in rapporto con la mancanza del requisito oggettivo, la natura cioè dell'oggetto, suscettibile di proprietà romana; l'*in bonis* ha origine da un difetto nel modo di acquisto.

È noto come, alle origini, la proprietà romana non potesse acquistarsi che mediante un modo civile; occorre un procedimento romano perchè possa trasmettersi il *dominium ex iure Quiritium*. Ma quando l'acquisto della proprietà sulla cosa — e diciamo proprietà solo per intenderci — ha luogo con un modo riconosciuto solo dal diritto pretorio, non sorge un *dominium ex iure Quiritium*, ma un dominio che è praticamente tutelato dal diritto pretorio come se si trattasse di *dominium ex iure Quiritium*.

Caso tipico è quello in cui una *res mancipi* venga acquistata non per mezzo di mancipazione o di *in iure cessio*, ma per semplice tradizione. Poichè le *res mancipi* non potevano essere alienate che per mezzo di quei modi civili, solenni e formali, chi riceveva una *res mancipi* per via di semplice tradizione non ne diveniva proprietario *ex iure Quiritium*. Chè anzi l'alienante ne restava pur sempre proprietario civile, finchè l'acquirente non

avesse usucapito la cosa stessa, con il possesso di un anno se si trattava di cosa mobile, e di due anni se di immobile. Conferma questa dell'assolutezza della regola per cui è necessario un procedimento civile di acquisto perchè passi la proprietà romana: modo civile è, infatti, l'usucapione.

Ma l'acquirente, per via di semplice tradizione, di una *res mancipi* era tutelato durante il termine occorrente all'usucapione di fronte alle turbative che avessero potuto recargli l'alienante stesso, gli eredi di questi, e fin anche i terzi.

§ 33.

Questa tutela, questa protezione, gli veniva assicurata dal pretore, in una prima forma, per via di eccezione. Non era equo, infatti, ed era contrario alla buona fede, che colui il quale aveva avuto la consegna della *res mancipi* e ne aveva pagato il prezzo, dovesse soggiacere alla rivendica che eventualmente fossero per intentarne l'alienante stesso o i suoi eredi od aventi causa.

È vero, senza dubbio, che l'alienante attore aveva per sè la ragione *ipso iure*: egli era sempre il proprietario quiritario della *res mancipi*, ma il pretore non poteva tollerare, perchè contraria alla buona fede, la sua azione di rivendica contro l'acquirente per semplice tradizione.

Il caso di rivendica da parte dell'alienante stesso è quello in cui la violazione della buona fede si presenta più evidente, ed è stato probabilmente il primo, per ordine di tempo, in cui il pretore ha creduto di intervenire, accordando al convenuto acquirente una *exceptio*: la *exceptio doli* (*generalis*).

§ 34.

Apriamo qui una parentesi per spiegare la natura di questa *exceptio*.

L'*exceptio doli* si suol distinguere dai commentatori in *exceptio doli generalis* o *praesentis* ed *exceptio doli specialis* o *praeteriti*.

È noto che un negozio giuridico viziato da dolo non è nullo; dicono i giureconsulti romani che in tal caso la volontà sussiste sempre quantunque irregolarmente determinata. Sebbene però il negozio fosse valido ed efficace per il diritto civile, il pretore accordava dei mezzi giuridici per annullarne gli effetti: l'*actio de dolo* (1), l'*exceptio doli*, la *in integrum restitutio propter dolum*.

Con l'introduzione nella formula di questa eccezione (2) il giudice doveva esaminare il *dolus* di cui l'attore fosse stato colpevole *prima* (*factum sit*), cioè nel momento della conclusione del negozio giuridico. In questo senso i moderni commentatori parlano di una *exceptio doli praeteriti* o *specialis*. Qui l'eccezione attacca proprio le radici del negozio; l'esame del giudice è portato su un fatto passato e determinato come la conclusione del negozio.

D'altra parte l'*exceptio doli* era formulata in modo (*neque fiat*) che il giudice poteva non limitarsi all'esame di quel momento speciale, ma considerare anche se vi fosse dolo nel fatto stesso *attuale* della proposizione dell'azione per parte dell'attore in quelle determinate con-

(1) Questa si accordava solo quando mancasse ogni altro rimedio giuridico e portava l'infamia della parte autrice del dolo. (V. Bonfante. *Ist.* pag. 87. Ferrini. *Pandette* § 173 sg.).

(2) Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat (Gaio IV. 119).

dizioni. Se quindi l'attore ha un diritto fondato sopra un negozio giuridico valido, ma il valersene in tali condizioni è andar contro la buona fede, egli commette dolo nel momento stesso in cui agisce (*hoc ipso quod agis dolo facis*). Tale è il caso, ad esempio, nella ritenzione: se il proprietario rivendica la cosa, ma la vuole ottenere senza sodisfare il possessore di buona fede delle spese che questi vi ha fatto, il suo contegno è riprovevole, ed il pretore lo colpisce accordando al convenuto la *exceptio doli*. Qui il *dolus* dello attore è *praesens*, donde la denominazione di *exceptio doli praesentis* o *generalis*. *Generalis* per il fatto che la giurisprudenza romana la concedeva in tutti i casi in cui *ipsa res in se dolum habet* (Dig. 45. 1. 36), cioè ogni volta che con la proposizione di una azione si agisca obbiettivamente contro la *bona fides*, e quindi il giudice è autorizzato a prendere in considerazione *tutte* le circostanze che possano fare apparire ingiusta la condanna del convenuto (1).

La *exceptio doli* (*generalis* o *specialis*, i Romani conoscono un'unica *exceptio doli*, la quale agisce contemporaneamente come *exceptio doli specialis* e come *exceptio doli generalis*) ha avuto una parte importantissima nel progresso del diritto romano; essa, per il suo vasto contenuto, fu il mezzo di cui la pratica e la giurisprudenza si servirono con più frequenza per operare la trasformazione dello *strictum ius* nel senso dell'*aequitas* (2).

§ 35.

Una importantissima applicazione della *exceptio doli* (*generalis*) fu questa della quale ci occupiamo. Il pro-

(1) V. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, pag. 277 sg.

(2) Cfr. Sohm; l. c.

prietario di una *res mancipi*, che l'ha alienata per semplice tradizione e vuole rivendicarla, è fermato dal pretore con l'eccezione di dolo concessa al convenuto.

E questa eccezione gli vien data anche contro gli eredi rivendicanti del proprietario. Sebbene qui il dolo di costoro sia meno evidente, non v' ha dubbio però che la eccezione opponibile al defunto lo sia anche in confronto di quelli che come eredi subentrano nella sua posizione giuridica.

Più difficile è il caso quando colui che rivendica è un terzo di buona fede. Anche in questo caso colui che avesse acquistato per semplice tradizione una *res mancipi* aveva ragione di invocare la protezione pretoria; ma poichè i terzi non erano in dolo di fronte a lui, il pretore accordava al convenuto acquirente l'*exceptio rei venditae et traditae*, in luogo dell'*exceptio doli*.

Nella *exc. rei venditae et traditae* il vizio del rapporto, da soggettivo (qual era nella *exceptio doli*) diventa oggettivo; in sostanza si afferma che i terzi di buona fede non possono avere sulla cosa per se stessa maggior diritto di quello che aveva il proprietario alienante.

§ 36.

Exceptio doli, adunque, ed *exc. rei venditae et traditae* sono le forme primitive di protezione della proprietà non trasmessa in uno dei modi d'acquisto civili romani.

Ma il pretore non si limitò a quelle sole, egli andò più innanzi accordando la *publiciana in rem actio* tutte le volte che colui il quale aveva acquistato una *res mancipi* in modo non civile venisse spossessato della cosa stessa.

È questa una rivendica fittizia basata sulla usucapione. In altre parole, si finge nella formula che il rivendicante abbia acquistato per via d' usucapione la proprietà quiritaria della cosa; lo si considera, quindi, come se avesse posseduto per un anno la cosa mobile, per un biennio l'immobile. Se perde il possesso prima che questi termini siano compiuti, egli può agire con la *publiciana*; e soccomberà solo nel caso in cui si trovi di fronte ad un' altra persona che abbia avuto la tradizione della stessa cosa prima di lui.

Ma di questo caso e degli altri in cui l'azione publiciana viene intentata contro il vero proprietario, o contro un altro possessore di buona fede in genere, dovremo occuparci di proposito in seguito, e vedremo allora i mezzi speciali di farla valere.

§ 37.

La tutela pretoria si esplicava, come abbiamo visto per via di eccezioni e per via di azione. L' azione publiciana è, anzi, talmente connessa e quasi insita alla proprietà bonitaria, che l'una e l'altra si possono dire termini correlativi. Non si ha azione publiciana senza proprietà bonitaria, nè questa senza quella; e la tutela di colui che ha l' *in bonis* è essenzialmente affidata nelle fonti all'azione publiciana.

Sono concetti questi che tengono il campo negli scritti di alcuni autori moderni, nell'opera dell' Appleton (1) in particolar modo.

Ma noi non li riteniamo interamente esatti, poichè non è vero per tutti i casi che la proprietà pretoria sia tutelata dalla publiciana. Tali casi, noi esamineremo in progresso. Notiamo solo fin d' ora, a guisa di

(1) Ch. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 2 vol. 1889.

semplice esempio, che nelle successioni universali pretorie il successore ha l'*in bonis*, ma non la publiciana; egli ha altri mezzi, ma non quella.

§ 38.

Vediamo ora in Gaio l'esposizione teorica di questo punto, ed il modo in cui veniva concepita l'antitesi fra *in bonis habere* e *dominium ex iure Quiritium*.

Gaio, Instit. II §§ 40 41.

40. Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est, aut dominus non intelligitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus: sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. 41. Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.

Unico, dice Gaio, è il dominio presso i peregrini: qui o si è *dominus* o non lo si è. E così era anche per l'antico diritto del popolo Romano; infatti o si era *dominus ex iure Quiritium* o non lo si era. Ma in seguito il dominio ha ricevuto una suddivisione per modo che uno può esser *dominus ex iure Quiritium* ed un altro avere la cosa *in bonis*. Infatti se io non ti ho fatto la *mancipatio* o la *in iure cessio* di un *res mancipi* ma te ne ho fatto semplicemente tradizione, la cosa ti appartiene, sì, tu l'hai *in bonis*, ma in base al diritto

quiritario resta mia, fino a che tu non la usucapisca con il possesso. Una volta poi compiuta l'usucapione comincia ad esser tua di pieno diritto, cioè *in bonis* e *ex iure Quiritium*, come se ti fosse stata mancipata o *in iure cessa*.

Gaio, dunque, mette a raffronto la proprietà dei peregrini con l'antica proprietà quiritaria.

Come nel diritto antico, per il *mancipium*, la cosa era in proprietà privata del cittadino romano, o non lo era affatto, appartenendo alla comunione, così presso i peregrini o si è proprietarii o non lo si è. I peregrini non hanno distinzione corrispondente a quella romana tra diritto quiritario e *in bonis*.

Per Gaio il caso tipico di in *bonis habere* è quello in cui si verifica deficienza di acquisto civile.

Dobbiamo però avvertire subito che non è questo il solo caso di *in bonis*. Altri ve ne sono, di minore importanza pratica, ma che pure possono verificarsi.

§ 39.

Così nei giudizii divisori (*familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*) nei quali il giudice aggiudica la proprietà di certe cose agli uni e di certe altre agli altri. Egli trasforma la precedente comproprietà in proprietà individuale, dividendo in parti la cosa e attribuendole a ciascun condividente, ordinando compensi ove eventualmente occorrano, o anche aggiudicando la proprietà del tutto ad un solo il quale deve rimborsare gli altri. In tutti questi casi l'*adiudicatio* ha efficacia attributiva o traslativa. Mentre per il nostro diritto l'aggiudicazione ha semplice efficacia dichiarativa.

Conseguenza importante per il diritto romano è questa, che se fu concessa ipoteca da uno dei condivi-

denti sulla propria quota prima che si addivenisse alla divisione, poichè la proprietà della quota passa nel condividente solo nel momento della divisione stessa, l'ipoteca che investiva tutto il patrimonio comune per la parte del debitore continua a gravare su tutto, ed occorrono atti speciali per limitarla, dopo la divisione, alla quota assegnata.

Per il codice francese, invece, e per il nostro che lo ha seguito, la quota si considera come appartenente al condividente fin dal momento della morte del *de cuius*. E perciò l'ipoteca concessa dal condividente durante il periodo di indivisione si considera come gravante sulla sua quota fin da quel momento. Come pure il moderno carattere dichiarativo, non traslativo o attributivo, della divisione fa sì che, a rigore, non debbano ritenersi necessarie per essa la scrittura e la trascrizione anche quando ne formano oggetto beni immobili (1).

Nei tre giudizi divisori romani — *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum* — la formula contiene appunto una parte in più, l'*adiudicatio* (che non si riscontra in alcun'altra azione) mediante la quale vien data facoltà al giudice di trasferire la proprietà (2). Occorre però notare che la proprietà civile passa solo quando viene aggiudicata in uno *iudicium legitimum* (3), e non in uno *iudicium imperio continens*.

In quest'ultimo la cosa va semplicemente *in bonis* del condividente.

(1) Notiamo, però, che il nuovo progetto di legge impone la trascrizione per tutti gli atti *mortis causa*.

(2) Gaio. *Inst.* IV 42.

(3) Lo *iudicium legitimum* è il giudizio tipico romano, ed ha luogo in Roma, o entro il raggio di un miglio attorno a Roma, fra cittadini tutti romani, dinanzi ad *unus iudex* cittadino romano (confr. Gaio, *Inst.* IV, 104). Lo *iudicium imperio continens* difetta

§ 40.

Altro caso di *in bonis habere* è quello in cui lo schiavo o l'animale altrui reca danno ad alcuno, ed il proprietario non lo difende (1): il magistrato con un suo *iussus* ordina *ducere* (ductio iussu praetoris) e permette che il danneggiato se lo ritenga. Colui al quale lo schiavo o l'animale vien consegnato lo ha ora *in bonis* non in proprietà civile perchè da un lato manca la volontà dell'antico proprietario, dall' altro il pretore non può attribuire la proprietà civile.

§ 41.

Anche nella *cautio damni infecti* si ha solo l'*in bonis*.

Il diritto romano antico partiva dal concetto che in prima linea meritasse protezione chi mostrava di sapersi proteggere da sè ; non veniva quindi accordata azione al danneggiato che aveva lasciato, con la sua incuria, che gli si recasse il danno.

Perciò, quando il proprietario di un immobile aveva ragione di temere nocumento dall'immobile vicino minacciante rovina, doveva procacciarsi in tempo un titolo per poter agire in seguito contro il proprietario dell'immobile pericolante. Questo titolo era la *cautio damni infecti*.

di qualcuno di quei tre elementi. Lo *iudicium legitimum* è fondato sulla *lex* (*iudicium quod legitimo iure consistit*); quello *imperio continens* sullo *imperium* del magistrato (*iudicium quod imperio continetur*). I frammenti di Autun chiamano il secondo, per una nuova contrazione, *iudicium imperiale*, senz'altro (*Fr. Autun* 97-114).

(1) È noto che per i danni recati dai *filii familias* dai *servi* il *pater familias* rispondeva con l'*actio noxalis* e poteva liberarsi dall'obbligazione consegnandoli al danneggiato (*noxae deditio*).

Il proprietario che temeva il danno invitava l'altro a dar cauzione dinanzi al pretore per i danni eventuali. Ma se quegli rifiutava, il pretore non avendo mezzi diretti per costringervelo, ricorreva ad un altro ripiego. Immetteva, cioè, nel possesso dell' immobile pericolante il proprietario dell' immobile minacciato. Era questa la *missio in possessionem ex primo decreto*, la quale non importava che una semplice condetenzione materiale (*in possessione esse* in contrapposto con *possessionem habere)* ed aveva carattere provvisorio, tendente più che ad altro ad indurre il proprietario ricalcitrante a prestar cauzione. Il proprietario dell'immobile minacciato si installa a canto all'altro (che resta sempre nel possesso del suo immobile rovinante) e fa la parte di un secondo incomodo.

Se dopo questa prima *missio* l' altro persiste ancora nel rifiuto, il pretore rende un secondo decreto che pone il proprietario minacciato nel possesso definitivo dello immobile con facoltà di usucapire — *in causa usucapiendi* — e caccia via il proprietario ostinato nel diniego della cauzione (*missio in possessionem ex secundo decreto*). Il primo ottiene ora l' *in bonis*, la proprietà pretoria.

§ 42.

Altri casi di *in bonis* sono: il proprietario di un fondo lascia che i rami degli alberi si protendano sul fondo del vicino. Questi è autorizzato a tagliarli e ne acquista la proprietà pretoria se il proprietario, invitato, non lo fa. Acquistano la proprietà pretoria anche il *bonorum possessor* (l'erede pretorio, il quale finisce per prendere il sopravvento sopra l'erede civile) ed il *bonorum emptor*. Quando i creditori venivano immessi nel possesso del

patrimonio del debitore (*missio in bona*), uno di essi (il *magister*) vendeva il patrimonio come complesso (*venditio bonorum*) a quegli (il *bonorum emptor*) che nella pubblica asta si offriva di pagare il più alto per cento sui crediti del decotto. Il *bonorum emptor* è un successore universale del decotto, ma sui beni di questi ha l' *in bonis*, non la proprietà civile.

§ 43.

La posizione giuridica del proprietario bonitario di fronte al proprietario quiritario è quella di colui che in pratica ed in effetto è vero proprietario di fronte a colui che di proprietario non ha che il *nudum nomen*.

Il secondo continua ad esser *dominus* per il diritto civile; ma chi acquista i frutti, chi gode delle opere degli schiavi, chi si avvantaggia di tutti gli effetti pratici della proprietà è sempre il proprietario bonitario.

Qualche differenza vi è, derivante appunto dal fatto che il *nomen* di *dominus ex iure Quiritium* spetta al primo. Il proprietario bonitario non può, ad esempio, legare *per vindicationem*, perchè questo tipo di legato esige nel testatore la proprietà quiritaria nei due momenti della redazione del testamento e della morte. Come pure il proprietario bonitario di uno schiavo, col manometterlo, non ne crea che un latino giuniano sul quale per conseguenza, il diritto di patronato potrà spettare anche al *dominus ex iure Quiritium* (1).

(1) Il domino *ex iure Quiritium*, privo del godimento reale della cosa, ha su di essa un *nudum ius*; ma egli conserva tutte quelle prerogative formali che non incontrano ostacolo nelle azioni e nelle eccezioni concesse al domino pretorio. Una di queste prerogative poteva avere anche un'efficacia reale: il domino quiritario mediante una nuova manumissione (*iteratio manumissionis*) faceva cittadino romano e suo liberto il latino giuniano. BONFANTE, *Istituzioni* pag.242.

Ma queste differenze vanno sempre più affievolendosi, finchè nel diritto giustinianeo non hanno più significato od importanza.

Il proprietario bonitario diveniva proprietario *ex iure Quiritium* con l'usucapione di un anno per i mobili, e d'un biennio per gli immobili.

§ 44.

Nel diritto giustinianeo è abolita ogni distinzione tra fondi italici e provinciali, tra *res mancipi* e *nec mancipi*, onde ormai non sussiste più il dualismo del periodo classico, e si ha una sola figura di proprietà non sottoposta alla distinzione tra modi di acquisto civili e pretorii.

La *publiciana* viene ora attribuita a chi a giusto titolo e in buona fede ha acquistato a *non domino* ed è in via di usucapire. Tanto è sicuro ciò, che secondo alcuni, la *publiciana* esisterebbe e sarebbe ancora applicabile in diritto moderno.

CONCETTO DI PROPRIETÀ

§ 45.

Il concetto di proprietà dà luogo a gravi dispute non tanto perchè i sostenitori delle varie opinioni in proposito non siano d' accordo sostanzialmente sui risultati pratici da quel concetto derivanti, quanto per il modo in cui lo si debba formulare, sì che si includano in esso tutti quei risultati, e ogni possibile contenuto.

Nè, anche sul primo punto, bisogna astenersi dal fare qualche limitazione, perchè, come ognuno intende, dalla maggiore o minore ampiezza delle facoltà che discendono dal dominio possono derivare differenze pratiche di seria importanza.

Su alcuni punti, ad ogni modo, si è quasi tutti d'accordo. Così quando si dice essere la proprietà un diritto reale, anzi il massimo fra i diritti reali. Sono diritti reali quelli che pongono in diretta relazione la cosa con la persona, a modo che per l' esplicazione di tutte le facoltà contenute nel diritto stesso non occorre l'intervento di altre persone, ma basta l'astensione dei terzi dal portare impedimento all'esplicazione del diritto stesso; e non v'ha dubbio che, considerato da questo punto di vista, il diritto di proprietà sia un diritto reale, anzi il diritto reale per eccellenza.

Si suol dire ancora, che il *dominus* può compiere sulla cosa qualunque atto di godimento, anche se economicamente riprovevole, anche se si sustanzii non nell'uso ma nell'abuso della cosa stessa.

§ 46.

Le nostre fonti non registrano alcuna definizione della proprietà. Si può dire che in nessun altro campo più che in questo i Romani abbiano intuito la verità della massima: « omnis definitio in iure periculosa ».

Così, se talvolta la proprietà vien detta nelle fonti *plena in re potestas* ciò significa semplicemente poter il proprietario disporre della sua cosa nel modo più largo e completo.

In base al frammento Dig. 5. 3. 25. 11 qualcuno ha voluto definire la proprietà come uno *ius utendi et abutendi*. Anzitutto si tratta di una nozione che sicuramente non vi è inclusa (1); in secondo luogo è questa una definizione volgare, non romana, di incerto autore (2). *Abuti*, nel senso tecnico romano, non corrisponde al nostro *abusare*, (fare cioè della cosa un impiego contrario alla sua destinazione) ma piuttosto a *consumare* (in questo senso si parla di *abuti* a proposito delle *res quae usu consumuntur*). Ma esaminiamo il fr. D. 5. 3. 25. 11 che ha dato luogo a questa confusione.

ULPIANUS, *libro quinto decimo ad edictum.*

Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua se abuti putant non praestabunt.

Il senato ha provveduto perchè i possessori di buona fede, non sopportino l'intero danno, ma siano tenuti

(1) Cfr. FERRINI, *Pandette* p. 349 n. 1.

(2) Secondo gli studii del PICINELLI pare debba attribuirsi all'HOTOMMANO.

solo per ciò di cui sono divenuti più ricchi. Quindi qualunque spesa abbiano fatto dal patrimonio ereditario, abbiano anche dilapidato o perduto qualche cosa, non saranno tenuti a prestare se hanno la convinzione di cousumare la propria sostanza.

Il passo di Ulpiano si riferisce al Senatoconsulto Giuvenziano (dell'epoca di Adriano, 129 d. C.) il quale è informato al principio, da prima applicato alla *hereditatis petitio* e poi esteso alla rivendica, che il possessore il quale è chiamato in giudizio per la restituzione della cosa e l'ha perduta per propria colpa, deve restituirne il prezzo (*pretium succedit in locum rei*). Quindi, nei giudizi di carattere universale, come la *hereditatis petitio* sempre che un oggetto scompare o se ne sostituisce un altro si è tenuti a prestare il prezzo dell'oggetto stesso. Il S. C. Giuvenziano distingueva però tra possessori di buona e di mala fede. I primi, non c'è dubbio, avevano diritto ad esser trattati a diversa stregua che i secondi.

Essi ritenevano in buona fede di essere chiamati in prima linea all'eredità; fondandosi su tale falsa credenza avevano consumato, deteriorato, alienato le cose ereditarie; era equo, perciò, che dinanzi ad un altro il quale accampava un diritto poziore sulla eredità essi rispondessero di quanto avevano compiuto in danno dell'eredità ma entro i soli limiti del loro arricchimento, anche se guardando ai fatti in sè si potessero considerare in colpa.

Il contegno dei possessori di buona fede non è riprovevole, dal momento che « *re sua abuti putant* ». E questa idea risponde interamente al concetto che i Romani avevano della proprietà. Per essi il proprietario poteva disporre della cosa come meglio credeva: limiti informati al *rei publicae interest* non v'erano. Salvo casi

eccezionali (1) lo Stato non si frammetteva nella esplicazione del potere di disposizione del proprietario sulla cosa. Il *dilapidare*, il *perdere* del frammento di Ulpiano, collegati con l'*abuti* susseguente accennano a qualcosa di più grave del nostro abusare, essi implicano l'annullamento, la consumazione della cosa.

Su quel falso tronco, sul significato errato, cioè, attribuito ad *abuti*, è fiorita la definizione della proprietà come *ius utendi et abutendi*.

Ma dalla nostra spiegazione tutt'al più si può dedurre che la consumazione della cosa è come il limite massimo a cui può giungere la facoltà del proprietario, non però una conseguenza, un portato naturale del diritto di proprietà. Tanto varrebbe dire, allora, che la proprietà vien data perchè se ne abusi. Il che non può avere un ragionevole significato, dovendosi ogni rapporto come ogni organismo umano considerare e studiare allo stato fisiologico, non patologico.

§ 47.

Il diritto romano, come notavamo, non dà definizione del diritto di proprietà, esso si limita ad esplicarlo praticamente senza fissarlo *a priori*.

La proprietá attribuisce al titolare la maggior somma di diritti sulla cosa. Somma però, nel rigoroso senso aritmetico non è; poichè non si tratta qua di una ad-

(1) Come tale può considerarsi il limite imposto alla disposizione sulle proprie cose ai furiosi ed ai prodighi. Il ricordo della comunione primitiva fa sì che l'*adgnatus* o il *gentilis* furioso o prodigo vengano impediti nella loro opera dissolvitrice dagli appartenenti alla stessa cerchia famigliare. Questo interesse iniziale si trasfonde col tempo in un più alto e generale interesse dell'intera comunione politica, dello Stato.

dizione di poste, quali sarebbero le singole facoltà spettanti al domino, preventivamente determinate.

Proprietà è podestà (se pure è possibile parlare a questo riguardo di podestà in senso vero); proprietà è concetto unico, o meglio unitario, nel senso che tutte le facoltà sono semplicemente conseguenza di tale concetto.

La legge si limita alla qualifica di proprietario, ma non enumera in un fascio tutte le facoltà che a lui spettano; queste sono derivazioni di quel carattere unitario. La rivendica, la tutela, l'alienazione, l'imposizione di diritti sulla cosa non esauriscono la serie delle facoltà che il domino può avere; enumerandole non si può mai conseguire la certezza di non averne tralasciato qualcuna.

In breve, il contenuto della proprietà non è determinabile *a priori*; essa è la massima facoltà relativa ad un determinato sistema giuridico.

Così si tolgono di mezzo molte incertezze e si evitano molte inesattezze. Del proprietario di una casa, ad esempio, non potrà assolutamente dirsi che egli abbia la facoltà di goderne come diritto a sè, come parte o posta di una somma di diritti risultanti da un'addizione. Di lui non potrà affermarsi che abbia un usufrutto, ma solo che, come proprietario, è in diritto di godere della propria casa.

§ 48.

Le nostre fonti si esprimono chiaramente su questo punto.

Dig. 7. 6. 5 pr. ULPIANUS, *libro septimo decimo ad edictum*.

Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum

non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet.

Può intentare l' azione (*intendere* allude all' *intentio* della formula) in base al diritto di usufrutto solo chi ha l'usufrutto, non il proprietario del fondo, perchè chi ha la proprietà non ha un diritto separato di usare e di sfruttare: infatti non può il suo fondo *servire* a lui stesso, e ciascuno deve agire in base ad un diritto proprio, non ad un diritto spettante ad altri.

In questo frammento si afferma recisamente che il proprietario non è un usufruttuario, e non può quindi intentare un'azione per far dichiarare che gli spetta, come tale, il diritto di godere della cosa. Il diritto di godimento è una conseguenza necessaria del diritto di proprietà; se quindi qualcuno vi si opponga, pretendendo per sè l'usufrutto, il proprietario non potrà agire contro di lui con l'*actio confessoria*, che è l'azione destinata a far valere le servitù.

E neppure la rivendica è in questo caso l'azione più appropriata perchè qui non si tratta di affermare la proprietà in genere, ma solo un diritto che ne consegue; e, inoltre, per diritto classico la rivendica era data al proprietario non possessore. Ora qui il proprietario possiede la *cosa*; è il solo *diritto* di usufrutto che è posseduto dell' avversario. La vera azione con la quale un proprietario può far dichiarare il proprio diritto di godimento di fronte a chi glielo contesta è la *negatoria*, con la quale nega nell'avversario la qualità di titolare dell'usufrutto, e conseguentemente la fa riconoscere in se stesso. Nella rivendica l'attore deve provare la propria proprietà e il possesso dell' avversario (1); nella

(1) Infatti questi non può restituire, non ha la *facultas restituendi*, se non possiede, salvo qualche eccezione come nel caso di colui *qui dolo desiit possidere*, o *qui liti se obtulit*.

negatoria deve provare di essere proprietario, ma dovrà anche provare che al convenuto non spetta il diritto sulla cosa? Su questo punto si aggira ancora una grave disputa; pare certo che nell' epoca antica bastasse la prova della proprietà, chi la dimostra *habet fundatam rationem* come dicevano i pratici, ha cioè provato il suo *ius prohibendi* di fronte all'avversario, onde tocca a questi, di dimostrare a sua volta il proprio diritto di godere (1).

In effetti basta richiamarsi al concetto della universalità del dominio per spiegarsi come la prova della proprietà debba essere sufficiente. Abbiamo già avuto occasione di dire che la proprietà è un diritto universale ed elastico appunto perchè, comprendendo tutti i diritti che ad un proprietario competono in un determinato sistema giuridico, essa si espande sempre che non trovi ostacolo nella legge o nel diritto di terzi.

Or bene se sovra la proprietà gravi il diritto di un

(1) Il GIRARD, *Manuel* cit. pag. 347, 4ª ediz. così riassume le varie opinioni in proposito: « Vi sono tre sistemi. Il primo, che è quasi unanimemente accolto in Francia e di cui il miglior appoggio, a quel che ci pare, è nell'idea che la differenza di redazione delle formule di rivendicazione e dell'azione negatoria deve implicare una differenza di prova, e che invoca anche un testo di Africano Dig. 39, 1. De O. N. N. 15, esige dall'attore la prova distinta della proprietà e dell'assenza della servitù. Il secondo, che è il più diffuso in Germania (Vangerow, Windscheid, Dernburg, Baron) che si fonda piuttosto sul principio astratto della presunzione di libertà della proprietà che su testi, impone all'attore semplicemente la prova della sua proprietà, alla quale il convenuto dovrebbe rispondere con la prova della servitù. Il terzo sistema, sostenuto principalmente dal Brinz I p. 688 distingue a seconda che l' attore possiede o non il fondo come libero, ed è forse quello che ha maggior base nei testi (D. 8. 5. Si servit. 8. 3). Tuttavia non s' accorda con la dottrina da cui è partito il diritto romano, secondo la quale non si ha possesso in materia di servitù ».

terzo, un'enfiteusi pongasi od un usufrutto, toccherà a questo diritto di ostacolare quella, quindi di dimostrare la propria fondatezza, se vorrà impedire che la proprietà, come l'aria, si estenda non appena cessi la compressione. Il proprietario, con la *negatoria*, ha dimostrato di avere la proprietà e quindi il diritto di godimento; dovrà l'avversario dimostrare l'eccezione.

§ 49.

Il fr. D. 7. 6. 5 pr. di Ulpiano dimostra adunque in linea generale che *proprietà* non equivale a somma di diritti speciali, ed in particolare che l'usufrutto non è un elemento distinto del diritto di proprietà, ma ne è una facoltà consequenziale come qualunque altra che possa esplicarsi dal dominio della cosa.

Ricordiamo però a questo proposito una distinzione comunemente fatta dai pratici nel diritto medioevale. Qui si parla spesso di usufrutto *causale* in contrapposto con usufrutto *formale*, e s'intende per usufrutto formale quello che spetta ad alcuno come usufrutto per sè stante, per usufrutto causale quello che spetta al proprietario in quanto è congiunto *cum sua causa*, in quanto è conseguenza della proprietà. Non si tratta però, come potrebbe credersi, di una distinzione generale tra usufrutto vero e proprio e usufrutto spettante al proprietario contemporaneamente alle altre molteplici facoltà.

Come usufrutto *causale* i pratici medioevali consideravano tutta una serie di casi in cui il proprietario sostanzialmente era ridotto al solo usufrutto della cosa. Occorre ricordare che il diritto medioevale è una fioritura di patrimoni a carattere speciale; le enfiteusi *ex pacto providentiae*, i maggioraschi, i fidecommessi famigliari ne sono esempi notissimi. Quando un patrimonio veniva lasciato ai primogeniti, o ai maggior nati (1), od ai secondogeniti, od ai monaci, o a tutti quelli in genere, che avrebbero avuto una determinata posizione nelle successive generazioni, i titolari susseguentisi di tale patrimonio fidecommissario, a rigore, ne erano proprietari. Ma poichè avevano l'obbligo di conservarlo e di restituirlo, nè potevano quindi alterarlo e tanto meno distruggerlo (2), in sostanza essi ne erano semplici usufruttuari, ma con altre facoltà che al semplice usufruttuario non competono. In tali casi, appunto, si parlava di *usufructus cum sua causa*, di *usufrutto causale*.

§ 50.

Dai moderni si dà una diversa costruzione giuridica a tali casi di fidecommesso famigliare. Si considera, cioè, come proprietaria del fedecommesso, una persona giuridica, la fondazione o patrimonio destinato ad uno scopo, i singoli e successivi possessori del fedecommesso non sono proprietari ma titolari del diritto di godimento, diritto che non derivano l'uno immediatamente dall'altro, ma tutti dal fondatore.

Qualche autore più recente, il Bekker ad esempio, non ammette nè anche la proprietà della persona giuridica. Per lui esiste un patrimonio *unter Satzung*, sotto una norma equivalente ad una *lex rei dicta*. È un patrimonio che ormai non può essere destinato che ad uno scopo,

(1) Maggior nato è quello dei discendenti che supera gli altri in età, quindi può essere anche il terzogenito, ad esempio, se il primo ed il secondogenito sono morti.

(2) L'alienazione *parziale* poteva esserne permessa dallo Stato, in casi speciali.

che sta per sè, e sta per quella legge che lo ha posto in tale condizione. I fedecommessari ne godono entro i limiti determinati dalla *Satzung*, dallo statuto.

§ 51.

La questione ha importanza pratica speciale nel diritto pubblico (1). Qui la maggior difficoltà proviene dal fatto che si tratta di funzioni pubbliche e che la persona o le persone che le esplicano, fanno ciò come organi (non come rappresentanti) dello Stato, quindi non si può parlare in questi casi di una personalità giuridica di diritto pubblico, perchè al riguardo occorre un ente per sè stante, non un semplice organo.

Per altro nulla vi ha che impedisca di considerare come una sola persona *agli effetti di esplicare una funzione di Stato*, quella pluralità di persone cui dall'ordinamento costituzionale è demandata tale funzione. Come per il diritto romano, così per l'attuale, non può porsi in dubbio che quanto all'esercizio della funzione pubblica i più individui si considerano come una sola persona fisica: che la competenza pubblica spetta all'unità. Epperò non si può esitare a riconoscere in questi corpi la capacità di agire in giudizio, sia pure di carattere amministrativo, a tutela della loro competenza in quanto la legge lo consenta. D'altra parte, allo scopo di disciplinare questa unità nella pluralità, debbono necessariamente stabilirsi fra l'ente collettivo e i singoli i rapporti propri delle corporazioni. S'intende quindi facilmente che alla personalità di dritto pubblico così rico-

(1) Le considerazioni che seguono sono riprodotte dalle note dei proff. Fadda e Bensa alla traduzione del libro secondo del Windscheid, pag. 779 sg.

nosciuta non può mancare il carattere di continuità, e che il collegio di oggi, come è quel d' ieri, così sarà quel di domani. Ma s'intende del pari che questa unità collettiva così costituita per funzionare come organo dello Stato, non è l'uffizio pubblico, come non è l'uffizio pubblico la persona singola che ne sia legalmente investita. Gli è perciò che la continuità non può essere senz'altro ammessa quando l' organo dello Stato sia una persona singola. L' uffizio pubblico è sempre lo stesso, identico è l'organo, perchè identico è lo Stato di cui è parte integrante, ma gli individui che in concreto funzionano sono diversi, distinti, nè la loro serie può *a priori* elevarsi ad unità ideale. La funzione pubblica è connessa all'individuo. Ma nulla osta a che in un determinato diritto positivo si consideri come una persona sola la serie dei funzionari succedentisi in una carica qualunque, dalla più elevata alla più umile, come ne dà esempio il diritto inglese col concetto così caratteristico della *sole corporation*. Il vero è che nella successione di persone singole non manca la possibilità di fare astrazione dallo individuo e di por mente alla posizione da esso occupata, che resta così sempre identica malgrado del continuo avvicendarsi delle persone. E in ciò è appunto la caratteristica della persona giuridica.

Che questo sia stato il punto di vista del diritto pubblico romano è assai controverso come è controverso per il diritto moderno. Ma i riflessi sopra esposti ne sembrano decisivi in senso contrario alla personalità giuridica di diritto pubblico di qualunque carica.

§ 52.

Nel campo del diritto privato, entro quali limiti si può ammettere una capacità patrimoniale a sè nei funzio-

nari? Ove si tratti di patrimonio attribuito alla carica pubblica per gli scopi pubblici a cui essa tende, non si può parlare di capacità a sè, di personalità autonoma. La capacità patrimoniale ed il patrimonio sono capacità e patrimonio dell'ente pubblico, al cui organismo appartiene quella funzione (1).

Pongasi invece che non si tratti di beni da erogarsi per lo scopo della carica, ma attribuiti al titolare di essa come tale.

Potrà qui parlarsi di una personalità giuridica come destinataria? Noi non esitiamo a rispondere che la costruzione giuridica è qui perfettamente identica a quella accennata pel godimento dei beni della Corona (Vedi nota precedente). Fu già opportunamente rilevato da molti, che un diritto spettante in genere ad uno che si trovi eventualmente in una data posizione, non si può riguardare come spettante alla posizione astrattamente considerata, alla posizione come persona giuridica. Qui abbiamo soltanto uno degli innumerevoli casi di determinazione relativa del soggetto del diritto.

Tanto poco può considerarsi come persona giuridica la carica pubblica, in relazione alla quale si determina l'appartenenza di un diritto, quanto può reputarsi persona giuridica il fondo alla proprietà del quale vada connesso un diritto, p. e., una servitù. Il diritto spetta

(1) Un altro caso assai dubbio è quello relativo alla personalità giuridico-patrimoniale della Corona. Varie disposizioni contenute nello Statuto ed in leggi speciali attribuiscono al re l'*uso*, il *godimento* dei beni, e lo disciplinano con norme in parte simili a quelle che governano l'usufrutto, in parte con altre che vanno assai più in là. Non è dubbio che la proprietà dei beni della Corona appartenga allo Stato, non ad una particolare istituzione. Alla Corona spetta il godimento dei beni. Ma il titolare effettuale di questo godimento non è già un ente astratto, sibbene il re.

sempre alla persona singola: la relazione con la carica pubblica è il modo di determinare l'appartenenza, benchè — come appunto nelle servitù prediali — renda anchè ragione di essa. Ossia si ha un diritto con soggetto astrattamente determinato.

Ora, in questo caso di beni cioè da erogarsi non per lo scopo della carica ma attribuiti ai successivi titolari di essa come tali, questi ne avranno il godimento entro limiti determinati, saranno i titolari chiamati, per la loro posizione, all'usufrutto ma la proprietà di tali beni ove non si voglia ricorrere al concetto di una proprietà della fondazione, potrà bene attribuirsi ad una specie di *sole corporation*, ad una persona giuridica costituita da una pluralità di persone fisiche non contemporanea, ma successiva. Ed i pratici, come dicevamo, ricorrevano in tal senso alla figura giuridica di un *usus fructus cum sua causa* o causale.

§ 53.

La proprietà dà al titolare una grande, indefinita, quantità di facoltà in relazione all'uso, al godimento, alla disposizione della cosa.

Facoltà le quali, come già abbiamo osservato, sono conseguenze di quel concetto unitario della proprietà, e non possono quindi addizionarsi in una somma, raggrupparsi in una unità esprimente in modo completo e definito il contenuto della proprietà stessa.

Facoltà le quali sono puramente elementi speciali derivanti da un rapporto unico, per modo che la mancanza di taluna fra esse — o per disposizione della legge, o per diritto di terzi — non fa sì che la proprietà si snaturi o perda il suo carattere. La proprietà, come tale,

persiste non ostante la mancanza o la sottrazione di uno o più elementi.

Si ponga l'esempio di una limitazione come quella costituita dalla servitù di non aprire una finestra nel proprio caseggiato dalla parte prospiciente al fondo vicino. In tale ipotesi il proprietario continua ad esser tale, gode della casa e la sfrutta come prima, ha un solo limite nel non poter aprire alcuna finestra dal lato del suo vicino.

Così la concessione di una ipoteca per debito proprio od altrui, non toglie alcuna facoltà al proprietario. Esiste il diritto di un terzo il quale potrà, ove non venga legalmente sodisfatto, far vendere l'immobile ipotecato ma finchè ciò non avvenga, il proprietario continuerà ad esser tale nei rapporti con la sua cosa e potrà esplicare tutte le facoltà compreso lo *ius distrahendi*, che pur spetta eventualmente al creditore.

Anche nel caso più grave in cui il proprietario non goda della propria cosa per averne concesso al altri l'usufrutto, la mancanza di un elemento così importante come il godimento, non influisce su quel concetto unitario, e non ne annulla la sostanza.

Il proprietario, di fronte all' usufruttuario, continua ad essere ed a chiamarsi tale; vuol dire che il suo sarà in generale un puro *nomen iuris*.

Ma vi sono diritti sulla cosa altrui che eccedono il contenuto dello stesso diritto di usufrutto: la superficie, e l'enfiteusi ad esempio. Or bene, nè anche di fronte a questi può affermarsi che venga snaturato il diritto di proprietà.

La superficie è il diritto di tenere un edificio in suolo altrui e di goderne con gli stessi mezzi e nelle forme stesse in cui ne gode un proprietario. Se noi esaminiamo la natura del rapporto tra proprietario del suolo e

superficiario non possiamo fare a meno di constatare che il primo, *et civili et naturali iure*, continua ad essere proprietario del suolo; ciò che non può fare è impedire che il superficiario tenga sul suo suolo la casa e ne goda.

Nell' enfiteusi, che è il massimo diritto di godimento su cosa altrui, l' enfiteuta può godere della cosa stessa e ritrarne tutti i frutti pur che non venga meno all'obbligo di migliorarla. Qui non resta al proprietario che il diritto di pretendere il canone ed il miglioramento, con facoltà di chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico se l' enfiteuta non abbia adempiuto a quel suo obbligo, o se dopo una legittima interpellazione non abbia pagato il canone per due anni consecutivi (1).

Non ostante tali gravissime limitazioni il proprietario resta sempre tale: solo si viene a costituire uno *ius in re aliena*, un diritto dell' enfiteuta sulla cosa che perdura ad essere *aliena*, ossia in *proprietà* del domino.

Vero è che, nel caso dell' enfiteusi, sostanzialmente e praticamente chi potrebbe chiamarsi proprietario sarebbe l' enfiteuta a preferenza del domino. Tanto spicca la condizione vantaggiosa di quegli di fronte a questi che nel diritto medioevale fu creata la distinzione, affatto estranea al diritto romano, tra domino utile (l' enfiteuta) e domino diretto (il proprietario concedente) (2). Chè anzi per il diritto moderno, con l' essersi ancor più aggravata la condizione del domino concedente pel diritto di

(1) Così anche il *Cod. civ.* art. 1565.

(2) È l' idea fondamentale del diritto m. ev. secondo la quale vien considerato il dominio sulla cosa come diviso tra l' enfiteuta ed il proprietario. Si avrebbero così due dominii di contenuto affatto differente su una stessa cosa. Mentre il concetto di condominio per diritto romano è quello di proprietà dei condomini *pro indiviso*, o sopra una quota ideale.

affrancamento spettante illimitatamente all'enfiteuta (1) si sostiene da molti civilisti una specie di rovesciamento nella concezione del rapporto tra domino ed enfiteuta. Ormai dovrebbe considerarsi come proprietario l'enfiteuta di fronte al quale sussisterebbe un diritto speciale del direttario tendente al pagamento del canone.

Il diritto romano, ripetiamo, considera l'enfiteusi come un diritto reale speciale, e ritiene che il dominio risieda sempre presso il proprietario.

§ 54.

Le fonti affermano che l'esistenza de' diritti reali sulla cosa non alterano il carattere della proprietà; con speciale energia ciò viene rilevato in riguardo all'usufrutto.

Dig. 50. 16. 25 pr. PAULUS, *libro vicensimo primo ad edictum.*

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis (2) sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Iulianus, et est verius.

Noi diciamo esattamente che un fondo è tutto nostro, anche quando ne appartiene ad altri l'usufrutto; poichè l'usufrutto non è una quota di dominio, ma è una servitù, come la *via* e l'*iter*. Nè si può dire che non sia del tutto mio ciò di cui non può affermarsi che una parte appartenga ad altri.

(1) Art. 1564, *Cod. civ.* « L'enfiteuta può redimere il fondo enfiteutico mediante il pagamento di un capitale in danaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale, od al valore dello stesso canone, se è in derrate, sulla base del prezzo medio di queste negli ultimi dieci anni ».

(2) *Servitus*, *Hal.*

Il fondo su cui nessun altro vanta un diritto di proprietà contemporaneamente al mio è *tutto* mio, dice il giureconsulto; e perciò l'appartenenza ad altri dell'usufrutto sul fondo stesso costituisce solo sottrazione di un elemento della mia proprietà, non comproprietà altrui.

È appunto e sempre in virtù dell'indicato concetto unitario della proprietà, pel quale essa non può intendersi come somma di singoli diritti determinati, che anche in questo caso il dominio perdura sebbene uno di tali diritti venga meno. Il diritto del terzo, (in questo caso il diritto dell'usufruttuario) limita, non esclude, il dominio del proprietario.

§ 55.

E limiti alla proprietà possono essere apportati dalla legge e dal diritto oggettivo in genere; quindi anche dal diritto consuetudinario. Se, ad esempio, per diritto consuetudinario il vicino può raccogliere i frutti del mio fondo, la mia proprietà subisce anche in questo caso una limitazione legale.

In ogni sistema giuridico la legge suole intervenire restringendo i limiti della proprietà; ed è utile dai due punti di vista: teorico e pratico, studiare l'influenza delle restrizioni legali sulla proprietà.

In nessun altro campo, più che in questo, teoria e pratica s'integrano a vicenda, nessun campo meglio che questo si offre alla costruzione teorica su basi esclusivamente pratiche. Per non aver tenuto conto di questa inscindibile connessione molti autori (citiamo per tutti il Ferrini) hanno foggiato un concetto astratto di proprietà, teoricamente illimitato, secondo il quale sarebbe possibile e dovrebbe essere riconosciuto qualsiasi diritto sulla cosa. S'immagina così una proprietà organizzata

a modo da non trovare alcun ostacolo nè nella legge nè nei terzi. L' illimitatezza sarebbe qui il diritto comune; la limitazione l' eccezione.

Diciamo subito che questo è un concetto errato. Il vero è che la proprietà come podestà illimitata è un' utopia non ammessa in alcun sistema giuridico; che essa prende forme e manifestazioni peculiari in ogni sistema; che quindi non si può parlare di una proprietà in senso astratto, ma di un diritto di proprietà concreto quale risulta dall' insieme di un determinato sistema.

Se nella realtà non sussiste una proprietà illimitata, è inutile che noi ricorriamo a questa concezione astratta, come è sempre inutile, anzi pericoloso, basare costruzioni su concetti che non hanno fondamento nella pratica.

Noi dobbiamo quindi esaminare, alla stregua del singolo sistema giuridico e delle singole manifestazioni pratiche, come la proprietà si svolga; da questo esame, poi, risalire ad un concetto di proprietà che sarà esatto in teoria e vero in pratica sempre relativamente al sistema in questione.

Guardiamo alla proprierà immobiliare. Qui è anche più evidente l' assurdo di una proprietà illimitata; quasi sempre, qui, il godimento dell' uno porta restrizioni al godimento dell' altro. Tanto che se volessimo prendere alla lettera la massima che al proprietario *in suo facere licet quatenus in alienum nihil immittat* noi dovremmo ammettere che in tesi generale il proprietario debba impedire che il fumo passi dal proprio nel fondo vicino. E, via via, in base al concetto dell'illimitatezza, giungeremmo a foggiarci una proprietà insopportabile, incompatibile con la proprietà altrui. In sostanza noi escluderemmo il concetto di proprietà.

§ 56.

Noi vedremo come i bisogni pratici, e la legge che è l' esponente di essi, limitino la proprietà; ma fin d'ora possiamo affermare che non è possibile ammettere proprietà senza limitazioni reciproche. Sarà questione di più o di meno, di un sistema economico piuttosto che di un altro, di un momento storico più o meno remoto, sempre rintracceremo tali limiti, e sempre in base ad essi noi dovremo costruire il concetto della proprietà. La limitazione è la regola, non l'eccezione.

Si tratta di studiare in pratica, non in teoria, per poter poi partire da un punto di vista teorico esatto e certo per ogni singolo sistema giuridico.

Così per il diritto romano antichissimo, ed anche per il diritto classico, sebbene con minore energia, è innegabile la prevalenza nel sistema del concetto individualistico. Mentre tale concetto si attenua di molto, per dar luogo all' altro che diremo socialistico, nel diritto giustinianeo.

Così, in genere, ogni qual volta la legge attribuisce una certa importanza alla socialità sarà più facilmente ammessa la limitazione della proprietà ove risponda al concetto che il legislatore ha avuto nell'organizzarla.

§ 57.

La proprietà come la definisce il nostro Cod. civile (1) è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti.

(1) Art. 436.

E nella maggior parte delle definizioni si fa capo ad una *podestà* (o potere) di disposizione, sulla quale intendiamo intrattenerci, poichè crediamo più utile che questo fondamento, l'altro basato sulla definizione del diritto soggettivo quale *interesse* tutelato dalla legge. Questa, che noi accogliamo, è l'ormai classica definizione del diritto soggettivo data dallo Jhering. È noto come, in tesi astratta, non si possa far ricorso alla *volontà* come a fondamento del diritto soggettivo. A prescindere da ogni altra considerazione, il fondamento *volitivo* porterebbe a conseguenze addirittura insostenibili, come alla negazione di qualsiasi tutela giuridica alle persone incapaci, prive di volere. Mentre, in fatto, gli incapaci sono anch'essi titolari di diritti, solo che altri li esercitano, ne dispongono per essi. La legge scorge un interesse nella protezione di costoro e dei loro patrimoni e provvede a tutelarli.

Applichiamo questo concetto alla proprietà: essa non è che la forma di godimento dei beni materiali i quali fanno d'uopo ai nostri bisogni. Forma che varia col variare dei bisogni e quindi delle leggi che li tutelano. Unico concetto che possa accogliersi della proprietà individuale, dove questa venga ammessa, è questo: di una possibilità di servirsi dei beni materiali per i bisogni propri, possibilità tutelata dalla legge.

Così noi escludiamo dalla definizione della proprietà il criterio di una podestà organizzata dalla legge; noi non guardiamo al potere materiale obbiettivo entro il quale la volontà dell'individuo dovrebbe sapere di potersi muovere. Noi escludiamo anche qui l'atto volitivo, e teniamo solo presente quello che in fatto occorre perchè l'individuo possa godere e sfruttare i beni secondo la loro destinazione.

§ 58.

Il concetto della proprietà si è, da questo punto di vista ed in questi ultimi tempi, posto in relazione con il concetto del possesso.

Il campo del possesso è uno dei più spinosi e travagliati di tutta la teoria giuridica. La dottrina prevalente fino alla seconda metà del secolo scorso fu la Savignyana, dottrina che si compendia nella formula: essere il possesso la podestà fisica di disporre della cosa ad esclusione di ogni altra persona, con la volontà di fare della cosa quello che un proprietario ne farebbe. Questo concetto che il Savigny credette dimostrato per il diritto romano, e che trovò la generale acquiescenza dei giuristi, fu strenuamente combattuto dallo Jhering nel « Saggio sul fondamento della protezione del possesso » apparso nel 1865. Da quel tempo la teoria savignyana ha visto assottigliarsi le file dei suoi sostenitori ed anche coloro che le si mantengono fedeli riconoscono la necessità di modificarne la formola, con che spesso arrivano a snaturarla.

Per lo Jhering il fondamento della protezione non deve rintracciarsi in un preteso rispetto della personalità umana, od in motivi di ordine pubblico: il possesso è la fortificazione avanzata della proprietà, ed è protetto per facilitare la prova della proprietà. Chi esteriormente si comporta di fatto come di diritto si comporta il proprietario deve essere trattato come il proprietario. Questo è il punto importante, in base al quale la tutela viene concessa finchè non è dimostrato che non si è proprietari. Io debbo essere tutelato *hoc ipso quod possideo*, nè debbo essere costretto ad esumare tutti i titoli giustificanti il mio rapporto con la cosa ad ogni minima molestia.

Si obbietta che tutto ciò può esser vero, ma non giustifica la tutela del possessore contro il proprietario indiscusso della cosa stessa.

Ma bisogna riflettere alla importanza pratica del principio secondo il quale viene negato in genere a chiunque di turbare altri nel godimento pacifico di una cosa.

È vero che, a stregua di tale criterio, *etiam fur est in possessione tuendus*, ma da ciò non è lecito dedurre che la tutela del possesso sia destinata a proteggere i ladri, come dagli abusi e dai torbidi originati dal Tribunato nessuno vorrebbe trarre la conseguenza che il Tribunato venisse creato per provocare torbidi e sedizioni, invece che per garantire la plebe, appunto come nota lo Jhering.

Non bisogna censurare un istituto in base agli eventuali inconvenienti che ne derivino; nella vita pratica non si guarda all'ottimo astratto, ma al bene concreto e relativo. Si segue il meno peggio per non incorrere nel peggio.

Ora, osserva lo Ihering, che significa: podestà sopra la cosa? Significa che l'individuo si comporta in relazione con la cosa come si comporterebbe il proprietario. Bisogna guardare al concetto pratico, empirico, e quindi al comportamento dell'uomo rispetto alla destinazione della cosa. Chi ha un campo lo possiede col coltivarlo, chi ammucchia su di esso i covoni intende riserbarli per foraggio o per altro uso. Nè a continuare nel possesso del campo o dei covoni occorrerà una vigilanza tale da non poterne mai distaccare lo sguardo, e da potervi porre sopra la mano ad ogni istante; ma basterà la proseguita lavorazione del terreno, o rispettivamente la conservazione dei covoni in quella posizione. È sufficiente quella che fu detta la *visibilità* del rapporto, un comportamento cioè quale normalmente lo si

suppone in un proprietario, in ordine a quel dato genere di cose secondo le idee comunemente ricevute.

Non perciò che i *saltus aestivi* od *hiberni* si coltivavano rispettivamente d'estate o d'inverno se ne perdeva il possesso pel cadere della neve o lo scottare del solleone! Sebbene la podestà fisica non si potesse esercitare così nel primo come nel secondo caso, la *visibilità* del rapporto era evidente e nell'uno e nell'altro.

Molti esempi si possono fare in cui la visibilità del rapporto non lascia luogo a dubbi. Chi butta per strada la sua borsa mostra un comportamento non da proprietario, poichè nessuno vorrà dire che in tal modo un proprietario soglia custodire i propri oggetti di quel genere. Chi invece colloca una cassetta per le lettere all'uscio della sua casa è in possesso delle lettere che vi vengono immesse sebbene ignori se e quante ve ne possano essere, e sebbene nessuna podestà fisica egli eserciti su di esse. Qui non si può parlare di *animus domini* nè di podestà fisica del Savigny: qui è la visibilità del rapporto quella che decide per il possesso, poichè tutti sanno che colui il quale colloca la cassetta intende custodire e trattare da proprietario le lettere che vi si trovino. Lo stesso dicasi delle cassette per obolo.

Ma un caso anche più evidente dell'irrilevanza del concetto che pone la podestà fisica a base della ragion di tutela del possesso è questo: si è proprietari di un campo che dista parecchie ore dal paese; un usurpatore vi si stabilisce, sopraggiunge il proprietario per scacciarlo. Questi ormai, non ha più la podestà fisica sul suo campo, ma ne ha forse perduto il possesso? No certo; poichè non ha cessato di comportarsi da proprietario, e come tale agisce ancora nel momento in cui caccia l'usurpatore. Conseguentemente, egli può espellerlo con la forza; nè lo si potrà incolpare di esercizio

arbitrario delle proprie ragioni e tanto meno di spoglio violento. Egli protegge il proprio possesso poichè ne ha diritto. *Qui continuat non aptentat* dicevano, con un broccardo, i pratici.

La teoria dello Jhering trova lucido riscontro nelle fonti: queste dimostrano che il possesso è una *posizione di fatto* alla quale risponde una *posizione di diritto* nella proprietà. Il concetto di podestà e quello della volontà come concetti assoluti debbono ripudiarsi; basta ammettere che chi si serve della cosa secondo la sua destinazione mostra di volersi comportare da proprietario e che come proprietario non può essere costretto a stare continuamente in armi a vegliare sul suo diritto, ed a dimostrarlo ad ogni turbativa. In tali condizioni la protezione legale si presenta come l'espediente che offre minori svantaggi.

§ 59.

La proprietà rappresenta dunque la *possibilità di sfruttare i beni corporali*, *possibilità accordata e tutelata dal diritto positivo.*

Questa definizione, come si vede, non è che la specificazione dell'altra, più generale, del diritto positivo quale *interesse protetto dalla legge.*

La proprietà, suol dirsi, è *assoluta* ed *esclusiva. Assoluta* nel senso che il proprietario può compiere tutti gli atti di disposizione della propria cosa fin che non v'è proibizione originantesi dal diritto oggettivo o dal diritto dei terzi. *Esclusiva* nel senso che il proprietario non solo ha il diritto di compiere tutti quegli atti, ma ha anche quello di escluderne gli altri.

Noi osserviamo che questa distinzione tra due caratteri quasi indipendenti di *assolutezza* e di *esclusività*

ha valore puramente teorico e nessuna importanza pratica. In verità non si tratta qui di due caratteri e quindi di due concetti diversi, ma semplicemente di due lati di uno stesso concetto. Dalla assolutezza deriva l'esclusione di tutti gli altri, quindi questa astensione dei terzi non è che l'altra faccia del diritto spettante al proprietario. Astensione che non può dirsi peculiare al solo diritto di proprietà poichè, con ugual rigore, sono esclusi i terzi dal godimento, nella cerchia di qualunque altro diritto reale. Potrà dirsi solo che nella proprietà questa esclusione comprende un massimo di facoltà in confronto con gli altri diritti reali. Tutti sono tenuti a rispettare, a non intralciare colui che ha diritto sopra la cosa, sia questo un diritto speciale, o sia il diritto di proprietà.

§ 60.

La proprietà dà il diritto di valersi della cosa per il raggiungimento degli scopi che si propone la persona; di valersene nel proprio interesse entro i limiti imposti dalla legge. Essa, come tutti i diritti reali, implica un rapporto della persona con la cosa, onde non occorre per la sua esplicazione l'intervento di altri. Da questa idea, vera nel suo fondamento, si è pervenuti alla definizione della proprietà come un legame tra la persona e la cosa, come un allargamento della personalità all'infuori dei rapporti che passano tra individuo ed individuo. Concetti anche questi che non conducono ad alcuna conclusione pratica, e che hanno il difetto di esser presentati da punti di vista erronei.

Ogni diritto, in sè, esprime un allargamento della nostra sfera giuridica, quindi tutto il patrimonio nostro, che è un complesso di diritti, non è che un annesso,

un'appendice della nostra personalità. Perchè, dunque, restringere alla sola proprietà questo concetto?

D'altra parte, ci si obbietta che intendendo alla stregua delle nostre idee il diritto di proprietà si viene a creare un diritto non *sopra* la cosa ma *di fronte* alla cosa; e il diritto non può stare di per sè, è qualche cosa che consiste nel rispetto da parte degli altri; nè può immaginarsi una cosa capace di rispetto e di diritto. È anche questa una obbiezione fondata sul paradosso, più che sulla esatta considerazione del rapporto.

Noi vogliamo dire solo che per far valere il diritto di proprietà non è necessario l'intervento positivo di altra persona all'infuori del proprietario. Perchè questi goda e sfrutti la cosa non occorre il fatto di una persona intermediaria obbligata a compierlo.

Questo è il caso pel diritto delle obbligazioni, non per la proprietà e, fino a un certo punto, per gli altri diritti reali. Quindi la persona che viola l'altrui diritto di proprietà è tenuta con azione a restituire, o a cessare dalla molestia od a risarcire i danni; non però ciò deriva da un obbligo specifico di astenersi dalla violazione, sibbene dal fatto che tra il proprietario e la cosa sua non deve frapporsi alcuno, e che l'intervento di un terzo è una infrazione del dovere negativo e generale di *astensione*.

§ 61.

È controverso se la proprietà sia un diritto od un fatto economico e sociale che la legge si limita a disciplinare; e, sotto altro aspetto, si suole affermare che la proprietà non è un diritto, ma una cosa materiale, un elemento corporale del patrimonio in antitesi con gli altri elementi che sono incorporali.

Sul primo punto riteniamo che ogni questione sia oziosa: non vi è diritto che non rappresenti un fatto, una condizione economico-sociale; il diritto soggettivo è sempre un interesse sociale, e perciò la legge lo tutela. Questa, sostanzialmente, non crea diritti, ma ne riconosce.

Sul secondo punto bisogna convenire che la confusione è nata dai principi del diritto romano e si è tramandata fino agli attuali civilisti.

§ 62.

La più parte dei pandettisti ritiene che il requisito della corporalità sia essenziale pel concetto di *res* in senso proprio. Talchè per dar ragione della celebre distinzione delle *res* in *corporales* ed *incorporales* si osserva, che essa non si riferisce alle cose propriamente dette, considerate come possibili oggetti di diritti, ma agli elementi del patrimonio. Gli antichi Romani avrebbero conosciuto solo cose corporali; solo ai giuristi posteriori si dovrebbe la distinzione, *alquanto illogica*, fra cose corporali ed incorporali.

Gli elementi del patrimonio non sono se non diritti, i quali poi, per il fatto della appartenenza ad una persona, formano un'unità giuridica. E poichè allora l'inesattezza della distinzione appare per un altro verso, in quanto i diritti sono essenzialmente incorporali, si fa risaltare, che il diritto di proprietà era dai giureconsulti identificato con la cosa, che ne forma oggetto, e com'essa ed in grazia di essa materializzato; che quindi i giureconsulti parlando di *res corporalis* accennano alla proprietà come elemento del patrimonio. In buona sostanza, que-

sta distinzione porrebbe da un canto le cose propriamente dette, dall'altra tutti i diritti (1).

§ 63.

Risaliamo, perciò, ai principi e precisamente alla distinzione fra *res corporales* e *res incorporales* dalla quale tutto questo punto è stato influenzato.

Gaius, *Institutiones*, II, §§ 12, 13, 14.

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum.

Alcune cose sono corporali, dice Gaio, altre incorporali. Le prime son quelle che possono toccarsi (che hanno consistenza materiale): un fondo, un uomo, una veste, l'oro, l'argento e altre cose innumerevoli. Sono incorporali quelle che non possono toccarsi (prive di consistenza materiale), quali sono quelle che hanno sola consistenza giuridica, come l'eredità, l'usufrutto, le obbligazioni in qualunque modo contratte. Nè importa che nel-

(1) Fadda e Bensa, *Note al libro Secondo* della Traduzione delle *Pandette* del Windscheid, pag. 658.

l'eredità siano comprese cose corporali, che i frutti che si percepiscono dal fondo siano corporali, e che ciò che ci si deve in base ad una obbligazione sia per lo più corporale, come ad es. un fondo, un uomo, del denaro, perchè il diritto di successione, quello di usufrutto, e quello di obbligazione, per se stessi sono incorporali. Nello stesso numero sono i diritti sui predii rustici ed urbani.

Per il diritto di proprietà le cose non starebbero così come le espone Gaio: questo diritto, a differenza degli altri, viene considerato come corporale dalla comume opinione. Il dominio sarebbe quindi un diritto materiale che si confonde e si compenetra nella materialità della cosa. A questo modo di vedere ha dato occasione il fatto che nelle fonti romane spesso si fa tutt'uno del diritto di proprietà e della cosa che n'è oggetto. Certamente non si può porre in dubbio, che non solo nella terminologia usuale o volgare, ma persino nelle formole, i Romani abbiano identificato il diritto di proprietà con il suo oggetto; ma se ciò in genere non può negarsi, è certo del pari che il diritto romano non ha mai tralasciato, quando il caso pratico lo esigeva, di fare una distinzione netta e precisa tra il diritto di proprietà ed il suo oggetto, di separare nettamente i due termini.

§ 64.

Lo provano le fonti stesse.

Dig. 10, 3, 4 pr. Ulpianus *libro nono decimo ad edictum*. Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis.

Ulpiano contrappone lo *iudicium familiae erciscundae* a quello *communi dividundo*. Egli afferma che con

lo *iudicium communi dividundo* si domanda la divisione di cose *corporali* di cui abbiamo il *dominio*, non si domanda anche la divisione d'una eredità. In fatti l'*actio comm. div.* è riservata alla divisione di cose singole appartenenti a più persone: mentre l'*a. familiae ercisc.* tende alla divisione del compendio ereditario appartenente a più eredi.

Come si rileva, nel framm. di Ulpiano è nettamente fatta la distinzione tra *res* e *dominium*. Il giurista non confonde l'oggetto del diritto con il diritto stesso, e perciò implicitamente riconosce in opposizione con la materialità dell'oggetto la natura giuridica incorporale del diritto di proprietà.

§ 65.

Dig. 39. 2. 13, 1. ULPIANUS *libro quinquagensimo tertio ad edictum*. Sive corporis dominus sive is qui ius habet (ut puta servitutem) de damno infecto caveat,.....

Qui il *dominus corporis* è distinto da colui *qui ius habet*, il proprietario, cioè, da chi è titolare di un diritto reale speciale (come la servitù). Notiamo senz'altro che la formula *dominus corporis* è perfetta e recisa: da un canto il dominio, dall'altro il suo oggetto materiale (*corpus*); non potremmo desiderare una maggiore concisione per esprimere la differenza fra diritto ed oggetto del diritto.

In questo stesso frammento noi vediamo rilevata l'antitesi tra proprietà e diritti reali frazionari o *iura in re aliena* (come dicevano i pratici e si dice ancor oggi), antitesi dalla quale si vorrebbe sempre più indurre il carattere corporale della proprietà in confronto col carattere incorporale di questi *iura*.

Certamente, uno degli elementi per determinare il carattere della proprieta è il porla in antitesi con gli *iura in re;* la proprietà si estende senza limiti e contenuto determinati, mentre gli speciali *iura in re* hanno tutti un contenuto strettamente determinato (uso e godimento nell'*usus fructus;* uso nell'*usus;* abitazione nella *habitatio;* passaggio con diverse modalità nelle varie servitù di *iter*, *actus*, *via;* godimento e obbligo di migliorare nella enfiteusi; pieno godimento dell'edifizio nella *superficies;* garanzia e diritto di ritenere o vendere la cosa, se non si è sodisfatti, nel pegno e nella ipoteca). Da un canto, dunque, contenuto illimitato, indefinito; dall'altro, il contrario. S'intende che la limitazione particolare nei singoli diritti reali speciali va considerata in riguardo alle facoltà tipiche di cui essi constano; quindi nel caso singolo nessuna alterazione subisce il diritto speciale se qualche elemento non tipico gli vien tolto: basta che sussistano gli elementi sostanziali, al di là dei quali non si può procedere, perchè si abbiano quelle determinate figure di *iura in re aliena*.

Le quali vengono anche chiamate diritti *frazionari*, intendendosi così come parti staccate alla proprietà ed attribuite ad un terzo. Nè l'uno nè l'altro concetto sono veri.

Non il primo perchè non è sempre esatto che ciò che viene accordato ad un terzo appartenga già, come tale, al proprietario. E lo abbiamo visto nelle fonti a proposito dell'usufrutto, il quale sebbene venga talvolta inesattamente detto *instar* o *pars dominii*, non è mai considerato come una facoltà a sè, indipendente, e come tale spettante al proprietario.

Non il secondo concetto contro il quale osta il semplice buon senso. Se, infatti, si trattasse di parti *staccate* dalla proprietà, dovrebbe derivarne che l'accordare il diritto ad un terzo equivarrebbe a non averlo per il proprie-

tario. E ciò non è: per il fatto che io concedo ad altri il diritto di passaggio, non sono io, proprietario, escluso senz' altro dal passaggio sul mio fondo.

Da entrambi i punti di vista neghiamo, dunque, l'esattezza dell' espressione diritti reali *frazionari*. Meglio è parlare di diritti reali *speciali* di fronte al diritto generale, universale di proprietà, nel senso che i primi contengono alcuni elementi certi e determinati del secondo.

§ 66.

Apriamo una parentesi anche sulla espressione *iura in re aliena*. Questa non si rintraccia nelle fonti, le quali usano in vece l' espressione *ius in corpore*. Ma si può ammettere la denominazione *iura in re aliena* perchè di facile comprensione in contrapposto con la massima che *nemini res sua servit*.

Il diritto romano classico non solo non usa quella terminologia, ma non conosce nè anche la distinzione che da esso si pretende derivare tra servitù personali e servitù reali.

Il concetto classico di *servitus* se da un canto, come ha dimostrato il prof. Carlo Longo (1), è limitato agli *iura praediorum* in contrapposto all' usufrutto, dall'altro si può ben fondere con l' usufrutto in un concetto unico; ma questo non consiste in una delle due categorie medesime, la servitù, ma in un concetto più generale, quello di *ius* (*in re aliena*, secondo l' espressione dei pratici).

(1) Carlo Longo, *La categoria delle* « servitutes » *nel diritto romano classico*, in *Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.* anno XI fas. VI pag. 281 sg.

Nei libri del diritto giustinianeo troviamo ancora una trattazione completamente distinta delle così dette servitù personali e prediali. Nelle Pandette il libro VII nei vari suoi titoli tratta dell' usufrutto abitazione ed opere dei servi, e soltanto il libro VIII delle *servitù;* anzi esclusivamente (se si eccettua un solo frammento in tutto il libro) delle servitù prediali. Donde può dedursi che il sistema di trattare distintamente l' usufrutto e le *servitutes* (prediali) fosse già nei grandi commentari classici; presunzione che, del resto, è confermata anche per i più tardi giureconsulti solo che si confronti la Palingenesia del Lenel.

I testi classici in cui si parla semplicemente di *servitus* debbono essere riferiti alle servitù che oggi chiamiamo prediali, e furono i compilatori quelli che tentarono qua e là di far rientrare l'*usus fructus* nel concetto di *servitus*, forse seguendo un criterio già adottato nelle scuole greche di quei tempi.

Il nostro Codice è tornato al sistema del diritto romano classico, pur non avendo chiara visione, come non l' ha il Codice francese da noi seguito, del concetto romano. Tanto l' uno quanto l' altro distinguono le servitù prediali da un lato, e dall' altro fanno istituti a sè dell' usufrutto dell' uso e dell' abitazione.

Ma questa trattazione rispecchia nel Codice francese più una questione di terminologia che una questione di sistema. Furono ragioni storiche, non giuridiche, quelle che indussero il legislatore francese ad astenersi dal chiamare *servitù* l' usufrutto. Per la fobìa del passato e delle parole che vi si riannodavano si volle cancellare ogni traccia di servitù *personale* nell' usufrutto. Aggiungasi che anche la serviù prediale, denominata *service foncier*, aveva in sè qualche cosa della servitù personale. Il *service foncier* si riannodava al vassallagio feu-

dale che importava l'asservimento della persona assieme con il fondo; quindi anche il termine *service* si volle far disparire sostituendolo con l'altro, alla latina, *servitude* e per le sole servitù prediali nettamente separate.

L'*origo* e la *ratio legis* vanno dunque ricercate non nella riflessione teorica ma nelle ragioni del momento storico; inconsapevolmente i francesi, e noi con loro siamo tornati al sistema classico romano.

§ 67.

Nella pratica, il termine *servitus* si trova anche applicato ad altri diritti reali; si dice, ad esempio, *servitus pignoris* (a proposito del fondo vincolato ad ipoteca) nel senso di vincolo diretto della cosa per un debito determinato.

Donde un carattere veramente reale non semplicemente accessorio dell'ipoteca stessa, carattere che può ritenersi vero, più che per il diritto romano, per quelle legislazioni moderne che hanno dato all'ipoteca una figura autonoma, per sè stante, concedendo da un canto che il vincolo non investa tutto il fondo ipotecato, dall'altro che la persona portatrice del titolo ipotecario possa richiedere il fondo ipotecato al proprietario, il quale non ne ha oramai la completa disposizione.

§ 68.

La distinzione tra cose corporali ed incorporali ci ha trascinato in questa lunga digressione. È bene che torniamo ad esse, per risolvere il quesito della materialità del diritto di proprietà.

Le radici di quella distinzione si riscontrano già in

Cicerone ed in Lucrezio. Cicerone (1) parla di *res quae sunt* e di *res quae intelliguntur;* Lucrezio (2) dice: « tangere et tangi nisi *corpus* nulla potest res ». Alla stregua di queste massime potrebbe conchiudersi che esistano solo le cose corporali. Ed è appunto questo il risultato di una dottrina filosofica, la quale ammette solo una esistenza fisica; ma Seneca nega: per lui (3): « quod est (τὸ ὄν) aut corporale est, aut incorporale ». Esistono fisicamente le cose corporali, esistono intellettualmente le cose incorporali.

La distinzione giuridica ha certamente la sua radice in questa idea filosofica, ed è, sì, antica, ma, come bene osserva il Pernice, solo in Gaio si trova la sua formola netta e precisa.

Ora, a nostro modo di vedere, l'origine stessa della distinzione sta contro il senso che la comune opinione le attribuisce.

La distinzione filosofica si riferisce a tutte le cose in generale, a tutte le cose in senso volgare, e conseguentemente nel campo del diritto la distinzione deve abbracciare tutte le cose che pel diritto hanno importanza. E d'altra parte, se *res incorporalis* è qualunque diritto (eccetto il dominio) in quanto fa parte, in quanto è elemento del patrimonio, ci vuole un bello sforzo a poter dire

(1) Cicero, *Topica* 27: « Definitionum duo sunt genera prima. Unum earum rerum quae sunt, alterum earum rerum quae intelliguntur. Esse ea dico quae cerni tangive possunt, ut fundum, aedes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, suppellectilem, penus et cetera. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est. tamen quaedam conformatio insignita et impressa intelligentiae quam notionem voco ».

(2) *De rerum natura*, I v. 304.

(3) *Epistul.* LVIII.

di esso, con Cicerone, che *non est*. Mentre invece s'intende benissimo che di una *res incorporalis*, quale oggetto di un diritto, si dica, che essa non è (fisicamente), che *tangi non potest*. Certo nessun giureconsulto nega l' esistenza reale delle cose incorporali: ma ciò non toglie, che secondo la suaccennata idea filosofica queste debbano porsi fra le *res quae non sunt*.

Quindi le cose *quae iure consistunt* non è che non esistano; esse hanno una esistenza giuridica. Non deve conseguentemente credersi che nel passo citato di Gaio venga fatta una distinzione fra cose inesistenti, incorporali (i diritti) e cose esistenti, corporali (gli oggetti dei diritti). Gaio si riferisce agli oggetti dei diritti, esclusivamente; e tra questi distingue oggetti corporali e oggetti incorporali, dei quali ultimi, solo in via d'esempio, cita le cose *quae iure consistunt*. L' *hereditas*, il *pignus nominis*, il *pignus usus fructus*, *servitutis* sono tutte cose incorporali e possono al tempo stesso essere oggetti di diritto. Esse esistono come qualunque altro oggetto materiale.

Gaio non solo parla di diritti come cose incorporali, e cioè dell' *obligatio*, ma di cose incorporali come oggetto di diritti, supponendo appunto, che oggetto mediato di una obbligazione possa essere una cosa incorporale, sebbene per lo più ne sia oggetto una *res corporalis*. E dicemmo pensatamente oggetto mediato, appunto perchè l' oggetto diretto e immediato dell'*obligatio* è l' atto della persona obbligata.

Ciò non toglie però, che qui la *res incorporalis* sia considerata non come *diritto*, sibbene come oggetto di un rapporto giuridico.

Ora, poichè la distinzione fatta dalle fonti tra cose corporali ed incorporali deve riferirsi semplicemente agli oggetti dei diritti, non può essa trasportarsi senz' altro

agli elementi del patrimonio. Ne verrebbe in tal caso, che il patrimonio sarebbe costituito di elementi eterogenei, e quindi non unificabili. Avremmo un patrimonio composto di diritti (cose incorporali) e di altri oggetti corporali. E ciò non è, poichè come ogni università di fatto si compone di sole cose corporali, così il patrimonio, che è una università di diritto, è un complesso di soli rapporti giuridici.

I giuristi romani, adunque, se hanno materializzato il diritto di proprietà chiamandolo *res corporalis*, non hanno con ciò escluso la sua esistenza logico-giuridica; il dominio, come tutte le altre cose *quae iure consistunt*, è una cosa di creazione giuridica, è, pei suoi scopi, riconosciuto dal diritto come esistente.

CONDOMINIO.

§ 69.

Studiato il concetto della proprietà, prima di passare alle limitazioni di questa, dobbiamo intrattenerci su la importante figura del condominio, tema questo che costituisce uno dei campi più spinosi sì nella teoria che nella pratica, e non pel solo diritto romano, ma anche pel diritto moderno. Senza dubbio molte difficoltà si sono, in vece che appianate, addirittura create col troppo sottilizzare sull' argomento, e col trasandare, al solito, i principi fondamentali, quelli cioè che debbono porgere base e guida ad ogni ben ordinata trattazione.

La comproprietà, come è organizzata nel diritto romano, è una proprietà per quote; il diritto romano non concepisce una proprietà sulla cosa, appartenente a più persone in modo che ciascuna di queste abbia *tutta* la proprietà. Non possono sussistere due diritti di proprietà interi sul tutto, e la legge romana ciò appunto esprime nella nota massima: « duorum in solidum dominium esse non potest ».

Ma se più dominii appartenenti a più persone sulla stessa cosa non possono esistere, può ben sussistere un *unico* dominio spettante sulla stessa cosa a più persone.

Il condominio romano è un condominio *pro indiviso*, nulla si suppone praticamente diviso; ogni proprietario

è intellettualmente proprietario di una quota di dominio (*pars pro indiviso*) poichè il diritto di proprietà non è materialmente divisibile (1).

Fondandosi su frasi e frammenti staccati delle fonti i varii autori si sono costruiti, può dirsi, ciascuno una teoria a sè del condominio. Le diverse opinioni, per altro, possono raggrupparsi in tre principali: secondo gli uni dovrebbe supporsi divisa la cosa, secondo gli altri il diritto, secondo altri ancora, il valore (2).

Ora, questo è un metodo errato di costruzione giuridica; anzi tutto non bisogna far troppo affidamento sulle massime isolate delle fonti; in secondo luogo non si deve

(1) In opposizione con questa che vien detta *communio pro indiviso* si parla anche di una *c. pro diviso. C. pro diviso* la quale si avrebbe quando su parti staccate di una stessa cosa il dominio spetti a più persone. È questione se possa parlarsi di questa figura nel diritto romano, perché una volta avveratasi la divisione non può più parlarsi di condominio, ma semplicemente di altrettante proprietà autonome su le varie parti. Secondo alcuni si avrebbe una *communio pro diviso* quando le parti della cosa si trovano così congiunte fra loro che l' una non può stare senza l' altra. E si porta l' esempio del sasso terminale, o della fila di alberi posti a demarcare i confini di due fondi; in questi casi si avrebbe una linea ideale di separazione, perpendicolare alla linea limite delle due proprietà, distinguente la parte del sasso o degli alberi appartenente all'uno, da quella appartenente all' altro proprietario. Ma si dimentica che in questo caso non si tratta di cose mobili ma di parti integranti del terreno. Onde la parte del sasso che sta nel terreno dell'uno è proprietà distinta del domino, come è proprietà distinta del vicino la parte che sta nel terreno di questi. Non appena il sasso venga rimosso o l'albero schiantato sorgerà la comproprietà *pro indiviso* dei due domini confinanti.

(2) La divisione intellettuale dei Romani (*partes indivisae*) si interpreta da qualcuno come divisione di *ogni punto fisico* della cosa tra i comproprietari (WAECHTER e forse anche KARLOWA); da altri come divisione del *diritto* di proprietà (DERNBURG, WINDSCHEID); e da altri ancora come divisione del *valore* (GIRTANNER, STEINLECHNER).

trascurare l'esame pratico dell'istituto; bisogna sempre tenere d'occhio le sue applicazioni e la sua disciplina nella vita.

§ 70.

Nel condominio noi abbiamo un istituto nel quale si trovano di fronte due sorta d'interessi: l'interesse del singolo e quello della collettività dei comproprietari (Dernburg); l'interesse generale e quello dei singoli comproprietari (Schott).

Or bene, noi dobbiamo anzi tutto esaminare quale delle due sorta d'interessi prevalga nella pratica, qual disciplina giuridica dia il diritto romano al rapporto tra il singolo e gli altri condomini.

Diciamo senz'altro che il diritto romano è, nella sua struttura astratta, contrario al sistema dei diritti moderni. Esso pone il centro di gravità dal lato del diritto individuale, attribuendo al singolo una podestà che giunge ad annullare il diritto degli altri. Ciascuno dei comproprietari può col suo divieto impedire qualunque atto degli altri sulla cosa comune. Il diritto di proibire predomina: onde nessuno ha diritto di fare quando la proibizione è sorta.

Dig. 10. 3. 28. Papinianus *libro septimo quaestionum*. Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.

Papiniano riferisce l'opinione di Sabino il quale dice che nella cosa comune nessuno dei proprietari può legittimamente fare alcunchè contro il volere di qualche altro; donde la evidente conseguenza che si ha uno *ius prohibendi*. È certo, in fatti, che a pari condizione vince colui che proibisce.

La opposizione di un solo può dunque importare la proibizione di qualunque iniziativa.

Qui il principio che *in re pari potior est causa prohibentis* è espresso recisamente, e se vogliamo, anche crudamente. È del resto un principio comune al diritto pubblico di Roma, poichè il condominio ha molte affinità col sistema romano della *collegialità*.

§ 71.

Roma è stata sempre fedele al suo sistema della collegialità delle magistrature. Nel periodo dei re — dice il Mommsen (1) — quando ancora esistono le tracce della Città tri-unitaria (Titienses — Ramnes — Luceres) l'unità dello Stato trova la sua espressione nel re unico, e poichè egli è il solo depositario indipendente del potere pubblico, bisogna chiamare la costituzione tri-unitaria una costituzione monarchica. Ma i sacerdozi ed i gradi degli ufficiali sono organizzati in modo tale che l'augure, il capo dei cavalieri, e quello dei fanti di ciascuna delle tre città continuano a prestare alla Città tri-unitaria i servigi che ciascuno di essi rendeva anteriormente alla propria città. La carica di *augur publicus Populi Romani* e tutte le altre sono occupate da titolari multipli, ed è qui il senso primitivo della parola *conlega*: coautore d'una regola, contitolare di autorità.

Dopo la caduta della monarchia, ciò che già esisteva per i sacerdozi e per i gradi ufficiali fu esteso alla magistratura, ma non per dare espressione, per mezzo della collegialità, alla distinzione delle città primitive.

(1) Mommsen, *Droit public romain* nel *Manuel* del Marquardt Vol. I, pag. 30 sg.

sì bene per limitare con la sua applicazione, in fatto anche più che in diritto, il principio monarchico.

Tutte le magistrature dello Stato furono costituite in modo che ciascuna avesse simultaneamente più titolari.

Il principio della collegialità, come lo si applicava in Roma, si distingueva non meno nettamente da quello della maggioranza che da quello della monarchia. Un' assemblea che decide a maggioranza non è un collegio, nel sistema romano; in un collegio ogni membro deve avere per sè solo la completa capacità d'agire. I magistrati riuniti in numero di due o più formano una unità; ma nessuno di essi è tenuto, per dare un ordine, a consultare prima il suo od i suoi colleghi; la collegialità suppone che gli obblighi ai quali sono tenuti i cittadini esistano egualmente ed in totalità di fronte ad ogni membro del collegio.

La monarchia implica il numero *uno*, la maggioranza trova la sua espressione più semplice nel numero *tre*, così il numero *due* è l' espressione più naturale del sistema della collegialità. Consoli, questori, tribuni della plebe, edili curuli e edili plebei, censori, furono, organizzati in collegio.

Il principio della collegialità portava come logica conseguenza il diritto di intercessione.

Infatti, poichè ogni membro del collegio è investito dell'intero potere, l' opposizione dell' uno annulla l'atto dell' altro. Il console, il tribuno, che agiscono contro la *intercessio* del collega compiono atto nullo: *par potestas plus valet* pel diritto di intercessione.

In tesi astratta questo sistema potrebbe portare ad un pericoloso nihilismo; ma gli istituti non si debbono guardare nella linea teorica, bisogna vederli all'atto pratico, nella loro funzione, per giudicare della loro bontà. Il diritto di intercessione non s' esercitava a capriccio, e

non fu fonte di anarchia, perchè il magistrato si risolveva ad opporre il suo *veto* solo quando si sentiva sorretto dalla pubblica opinione o dalla parte più autorevole dei cittadini. A ben gravi conseguenze si sarebbe esposto il magistrato che avesse esercitato una opposizione sgradita alla coscienza pubblica.

§ 72.

Quel che è l'*intercessio* nel diritto pubblico, è la *prohibitio* nel diritto privato.

La comproprietà è foggiata ad imagine della collegialità. Ogni condomino, in tesi astratta, può impedire qualunque atto degli altri. Potremmo dunque anche qui avere lo strano assurdo che il diritto di proprietà desse diritti negativi invece che positivi: a tutti il diritto di impedire, a nessuno quello di fare. E ciò sarà stato possibile?

Anche della comproprietà, come della collegialità, bisogna vedere il funzionamento pratico, per poterne giudicare.

Ora, quando il giureconsulto afferma: « in re communi neminem dominorum *iure facere quicquam* invito altero posse » intende egli forse che, in pratica, il condomino non possa fare di sua iniziativa un atto di godimento o di disposizione, o non piuttosto che gli siano vietati soli quegli atti che urtano contro lo stato attuale delle cose, quelli che introducono una innovazione?

Senza dubbio se noi diamo il primo senso al *quicquam facere* cadiamo nell' assurdo: non così se lo interpretiamo nel secondo senso (1).

(1) Vedi FADDA, *Appendice alla trad. ital.* del GLUECK libro XI pag. 871: « l' impossibilità pratica di attuare un tale principio, e il responso di altri passi delle fonti, costringono tosto gli scrittori ad ammettere che anche l' interesse e il diritto del singolo può espli-

Il *facere*, di cui nella regola Sabiniana del fr. 28 cit. non può riferirsi a qualunque atto di uso, di possesso, di disposizione sulla cosa, ma solo a quegli atti che importino una innovazione, sia pur utile, anzi addirittura necessaria.

§ 73.

Nel campo della comproprietà non si può sperare di giungere ad una delimitazione della cerchia di facoltà concesse ai singoli condomini se non si parte da principii certi (1). Così per il diritto moderno nel pratico funzionamento del condominio vi sono diritti che possono essere esercitati da ciascun partecipante indipendentemente dalla volontà degli altri, diritti che solo può porre in movimento la maggioranza dei condomini misurata a stregua del loro interesse, e diritti riservati esclusivamente all' unanime accordo di tutti i partecipanti.

Il diritto di ogni condomino non può considerarsi come un diritto per sè stante: la sua connessione col diritto degli altri, la coincidenza dei singoli diritti sulla stessa cosa, fanno sì che l' esplicazione del diritto dell'uno sia da porre in armonia con quella dei diritti degli altri.

Finchè si tratti di disporre della propria quota, la più ampia libertà è riconosciuta al partecipante (2). Si capisce anche che nessuno può negare a costui la propria quota dei frutti o utili della cosa e la libera disponibilità al riguardo (3). Ma il condomino deve anche poter

carsi liberamente entro certi limiti pur di fronte all' opposizione di tutti gli altri ».

(1) Confr. su tutto ciò che segue Fadda, *Il concetto di innovazione nell'art. 667, C. civ. ital.* in *Foro ital.* XXIV, I col. 1064.

(2) Art. 679 C. civ.

(3) Art. 679 cit.

usare della cosa. Qui la indivisibilità dell' uso può creare difficoltà pratiche. Ma la legge non esita (1) a riconoscere al partecipante il diritto di servirsi delle cose comuni, purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall' uso, e non se ne serva contro l' interesse della comunione o in modo che impedisca agli altri partecipanti di servirsene secondo il loro diritto.

Il diritto del partecipante, finchè si tiene entro questi limiti, non è vincolato ad assenso di sorta: esso può esplicarsi a malgrado dell'opposizione di uno, di più, o di tutti i condomini.

§ 74.

Il diritto del singolo è dalla legge sciolto da ogni vincolo, anche trattandosi di atto eccedente lo sfruttamento della propria quota e importante disposizione sulla cosa, in tema di provvedimenti rivolti alla conservazione della cosa. Ciascun partecipante, dispone l' art. 676, ha diritto di obbligare gli altri a contribuire con esso alle spese necessarie per la conservazione della cosa comune, salva a questi la facoltà di liberarsene coll'abbandono dei loro diritti di comproprietà.

Tal che tutti i partecipanti hanno l'obbligo di cooperare alla conservazione della cosa comune, ossia un'obbligazione di fare.

Ove i partecipanti non adempiano a quest'obbligo, qualunque di essi può farsi autorizzare a farlo adempiere egli stesso a spese degli altri (2), il che naturalmente importa anche il diritto di farsi antecipare le spese per potere eseguire le necessarie opere di conservazione.

(1) Art. 675.

(2) Art. 1220 Cod. civ.

Il partecipante che ha speso per la conservazione della cosa comune avrà per diritto romano anche privilegio per le spese fatte, e diritto di acquistare le quote dei condomini che non sodisfino la propria obbligazione.

Quando poi in pratica non sia facile determinare la destinazione della cosa, e quindi i partecipanti non siano d' accordo sui limiti entro i quali ciascuno di essi può liberamente muoversi, l' *a. communi dividundo*, che nel suo intento principale è rivolta alla divisione della cosa, potrà servire a disciplinarne l' uso. Come servirà a disciplinarne il godimento con la fissazione della quota dei frutti. Uso e godimento si commisurano entrambi alla quota di comproprietà.

Ma è concetto teorico che il giudice debba dare la disciplina dei reciproci rapporti entro la cerchia dell'uso e del godimento ; praticamente questa è una sfera in cui, come nell' altra della conservazione della cosa, ciascuno può liberamente esercitare il suo diritto.

§ 75.

Di fronte a questo campo, nel quale il diritto moderno coincide sostanzialmente con il diritto romano, sta come antitesi un altro campo in cui ogni atto relativo alla cosa nella sua integrità è riservato all'accordo *unanime* dei partecipanti. In effetti è questo per diritto romano l'unico campo possibile all' infuori dell' altro cui abbiamo accennato, ed è questa la norma del diritto comune. Ogni disposizione, ogni atto di amministrazione, di godimento, ogni innovazione che, toccando la cosa, influisca sul diritto di ciascuno dei condomini, deve essere posto in essere col consenso di tutti, secondo la norma del diritto romano e del diritto comune.

§ 76.

Ma la necessità pratica ha fatto abbandonare questo rigorismo giuridico. La più parte delle legislazioni moderne ha introdotto un terzo campo, un campo intermedio, col principio della prevalenza della maggioranza degli interessi relativamente alla amministrazione ed al godimento della cosa comune.

Il nostro Codice sull' esempio del Codice civile austriaco, ma non senza restrizioni, ha accolto nell'art. 678 il principio della prevalenza della maggioranza.

La maggioranza degli interessi decide dell' *amministrazione* e del *miglior godimento* della cosa comune, sotto il sindacato dei tribunali. Solo l' unanime accordo può obbligare per ogni altra disposizione eccedente relativa alla cosa. Ma, per quanto la nostra legge abbia creduto di servirsi di una espressione precisa, gravissime difficoltà sono sorte, all'atto pratico, quando si è trattato di stabilire i limiti tra *amministrazione*, *miglior godimento*, e *innovazione sostanziale*. Perchè è chiaro che vi sono due sorta di innovazioni: le une mirano in prima linea ad uno scopo pratico che si risolve in quello di migliorare il godimento della cosa. E queste rientrano nell'art. 678 e quindi nell' orbita assegnata alla maggioranza degli interessi. Le altre intaccano sostanzialmente l' amministrazione e il godimento, trasformandoli in base a criterii radicali o a bisogni non pratici, e qui occorre l' unanimità dei partecipanti (1).

(1) Ai consessi giudicanti si è dato spesso occasione di pronunziarsi in tema di condominio, specialmente in quelle città in cui è frequente il condominio per piani di uno stesso palazzo, come a Napoli ed a Genova. Ai magistrati di queste due città si è ricorso perchè decidessero in cause nelle quali qualcuno dei comprorietari o la

§ 77.

Il condominio romano conosce dunque solo due campi. Nell' uno il diritto individuale ha libera facoltà di movimento; nell' altro non si ha movimento se non della consociazione unanime.

Nel condominio romano stanno di fronte diritti che appartengono al singolo partecipante, e diritti che appartengono alla collettività dei condomini. Per l' esercizio di questi ultimi, come abbiamo detto, è necessario il consenso unanime.

Dobbiamo ora passare all' esame delle fonti. Conviene

minoranza di essi si opponeva al collocamento dell' ascensore. Alla stregua dei criteri ai quali abbiamo accennato, evidentemente qui si tratta di vedere se l' impianto dell' ascensore costituisca una innovazione sostanziale o una innovazione tendente al miglior godimento della cosa. Se si stia alla prima opinione, bisognerà richiedere il consenso unanime dei condomini; se alla seconda, basterà la maggioranza degli interessi. E la questione non è semplice perchè si tratta di una zona grigia, sulla quale il giudizio deve portarsi in base a idee relative di ambiente, di esigenze, di bisogni pratici. Senza dubbio ormai l' impianto di un ascensore risponde ad un bisogno moderno, universalmente sentito. Onde, in linea di principio, noi riteniamo sufficiente la maggioranza d' interessi. La minoranza potrà limitarsi a contribuire con minor spesa, o con le spese di manutenzione o con il pagamento per l'uso, ma non potrà vietare l' impianto. A Napoli, con sentenza 13 luglio 1899 il Tribunale riteneva che il condomino non potesse opporsi, ma in base a motivazioni che forse hanno influito a condannare una tesi giusta. In fatti la Corte d' Appello e quella di Cassazione si pronunciarono in senso contrario. (App. Napoli 4 dic. 1899. *Foro It.* 709; Cassaz. Napoli 11 marzo 1901. *Foro It.* 597). A Genova la giurisprudenza può dirsi unanimemente favorevole all' imposizione della maggioranza.

Altro caso interessante in tema di condominio è quello presentatosi nella circostanza in cui i palchettisti della Scala di Milano deliberavano di imporsi tutti un contributo per aumentare la dote del teatro. A prescindere dalla natura del diritto di palco — pel

però premettere qualche accenno sui modi di origine del condominio, affinchè più intelligibili siano i testi.

Può aversi comunione in base a contratto o indipendentemente da qualsiasi contratto; nella prima ipotesi è la volontà quella che predomina, nella seconda influiscono il fatto altrui od il caso. Il tipo di comunione fondato sulla volontà è il contratto di *società*, ma sarebbe errore grave il ritenere che ogni comunione contrattuale costituisca società. Si ha in vece comunione derivante da fatto altrui, indipendente dalla volontà dei singoli partecipanti, quando — ad esempio — a più persone viene attribuita dal testatore la proprietà di uno stesso oggetto

quale si disputa se trattisi di proprietà o di un diritto di carattere speciale — non può negarsi che esista un diritto di tutti i palchettisti su tutto il teatro. Valendosi di questo diritto, e in base al criterio del miglior godimento, la maggioranza deliberava, dunque, la contribuzione. Un solo palchettista, persona nota pel suo spirito di litigiosità, si opponeva ed adiva i Tribunali. E forse quello spirito gli nocque, perchè i Tribunali gli diedero torto.

Eppure, secondo noi, egli aveva ragione di negare il proprio contributo. La minoranza avrebbe potuto giustamente ribellarsi perchè il nuovo contributo importava qualcosa di più che *miglior godimento*, era una innovazione sostanziale per la quale occorreva il consenso unanime.

Ma c' è in questi due casi un punto comune e molto difficile a superarsi. Ammesso pure che, tanto nell' uno quanto nell' altro, la minoranza d' interessi possa essere obbligata a subire il volere della maggioranza, dovrà la prima ritenersi responsabile, e quindi tenuta al risarcimento dei danni in caso d' infortunio, non ostante la sua imposizione? In tale ipotesi si esce dall' esercizio del dominio per entrare nel campo delle obbligazioni.

Ma noi non dobbiamo lasciarci impressionare da questo punto. Pur costretta a costruire, a contribuire alle spese di manutenzione, o ad erogare del proprio in qualunque modo, la minoranza che si è opposta non può esser vincolata da una responsabilità che non ha inteso e non vuole accettare. Ciò non potrà mai ammettersi, per quanto si voglia esser larghi nell' ammettere l' influenza della maggioranza.

con *legatum per vindicationem*. Si ha in fine comunione dipendente dal caso, quando più oggetti appartenenti separatamente a più individui vengono per caso a fondersi in un solo; allora sorge un condominio per quote ideali sull'oggetto risultante.

Queste differenze occorre tener presenti, per non lasciarsi trarre in inganno da certe espressioni delle fonti, e per intendere esattamente le norme che esse fissano. Tanto più ciò è necessario in quanto i termini romani *societas* e *socius* si applicano indifferentemente così alla comunione fondata sulla volontà (società e soci in base a contratto di società) come alla comunione derivante dal fatto altrui o dal caso. Sarebbe quindi pericoloso riferire al condominio le regole speciali del contratto di società. *Condominium*, come osserva il Windscheid (1), sarebbe termine appropriato e rispondente alle norme glottologiche latine, ma non è usato nelle nostre fonti; queste si servono invece dei termini *communio* e *comproprietas*, di quest'ultimo più raramente.

§ 78.

E veniamo alle fonti.

Abbiamo affermato che ogni *socius* o comproprietario può, indipendentemente dalla volontà dei compartecipanti, disporre della propria quota. Vediamone la prova nei testi:

(1) WINDSCHEID, *Pandette* II § 169 nota 2: « Le espressioni *condominium* e *condominus* non sono romane; le fonti non hanno, per comproprietà e comproprietario, nessun'altra denominazione se si eccettui quella generale: *communio*, e *socius*. Però in *condominium* e *condominus* l'accoppiamento non è contrario all'uso della lingua latina; confr. p. e. *confideiussor* nella l. 10 pr. D. 46. 1 e *contutor*, più frequente ».

Cod. Iust. 4. 52. 2 *Imp. Gordianus A. Herenniano militi*. Multum interest, utrum coheredes tui possessionem communem distraxerunt, an vero fiscus, cum partis dominus esset, soliditatem iuxta proprium privilegium vendidit. etenim si a fisco facta est venditio, fidem eius infringi minime rationis est. si vero coheredes soliditatem vendiderunt, licet emptor ab his delegatus partem pretii fisco solverit alteramque in cautionem deduxit, tamen portioni tuae ea venditio non potest obsistere.

È l'imperatore Gordiano che risponde al soldato Herenniano: importa assai distinguere, dice l'imperatore, se siano stati i tuoi coeredi ad alienare il fondo comune, oppure il fisco a vendere il tutto (secondo il proprio privilegio) pur essendo proprietario di una sola parte. Poichè se la vendita è stata fatta dal fisco, non è ragionevole che si scuota la fiducia riposta in esso; chè se invece sono stati i coeredi quelli che hanno venduto il tutto, sebbene il compratore, da loro delegato, abbia pagato la quota di prezzo al fisco e per l'altra abbia dato cauzione, nondimeno tal vendita non potrà recar danno alla tua porzione.

Il passo distingue due casi; quello in cui il condomino alienante sia stato il fisco, e quello in cui i coeredi, non il fisco, abbiano alienato la cosa comune.

Per una costituzione di Zenone (1) il fisco non risponde della alienazione di cose altrui nel senso, che l'alienazione è valida e quindi il terzo ha comprato bene.

Ma è naturale che questo privilegio non possa esser sancito in linea assoluta; vi sono dei limiti, l'uno certo, l'altro incerto e tuttora discusso.

Il limite certo è nell'obbligo del fisco di risarcire il vero proprietario. Questi non ha una azione reale con-

(1) *Cod.* 7. 37. 2.

tro il terzo acquirente, ma in compenso gli è data una azione personale contro il fisco per ottenere la rifusione del valore della cosa. Ed anche questa azione personale è privilegiata nei rapporti del fisco poichè soggiace ad una prescrizione speciale di quattro anni, dopo i quali il privato perde il diritto alla rifusione.

Il limite discusso, ma per noi certo, è che in tanto la vendita è valida in quanto il fisco fosse in buona fede, se il fisco sapeva di vendere cosa altrui la vendita non può esser valida. In fatti la ragione del privilegio, accennata anche dalla costituzione che esaminiamo, sta nella presunzione che il gran numero di affari affidati al fisco possa talvolta ingenerare in esso confusione e quindi fargli apparire come proprio ciò che è d'altri. E perchè il privato riponga piena fiducia nel fisco occorre che egli acquisti validamente di fronte alla buona fede del fisco stesso alienante cosa altrui.

Ora tale ragione non sussiste se il fisco è in mala fede, nè è possibile che in questa ipotesi la legge abbia ritenuto valida la vendita. Questa è l'opinione di Ihering, che noi condividiamo.

La costit. Cod. 4. 52. 2 cit. prova, ad ogni modo, che la vendita fatta dal condomino vale per la porzione sua, che ogni partecipante può disporre, alienandola, della sola sua quota.

§ 79.

Cod. 4. 52. 3. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Eusebio.* Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

A torto ti si è fatto credere — rispondono gli imperatori

ad Aurelio Eusebio — che prima della pronuncia dello *iudicium comm. divid.* tu possa vendere la porzione *pro indiviso* del predio comune al solo condomino e non anche ad un estraneo.

Il condomino può alienare la propria quota a chi vuole; non hanno i compartecipanti alcuna ragione di preferenza.

Da che si sarà originata questa falsa credenza di Aurelio Eusebio? È probabile che anche questa costituzione, come molte altre, rispecchi la condizione di molti provinciali dinanzi al sovrapporsi del diritto romano ai diritti locali particolari. Forse il diritto della regione alla quale l'interrogante apparteneva sanciva il diritto di preferenza dei condomini (1).

Molte interessanti notizie su questi diritti particolari si possono rilevare con un esame attento delle nostre fonti, in special modo delle costituzioni imperiali che contengono un gran numero di *responsi* e di *rescritti*. Sotto i dubbi mossi all'imperatore è agevole scorgere lo stato delle legislazioni locali che, non ostante la forza livellatrice del diritto romano, non ostante la loro generale abrogazione, continuavano a trascinarsi nella pratica sotto forma di consuetudini (2).

§ 80.

Il condomino può anche dare in pegno la propria quota.

(1) Un fenomeno simile si riscontra nell'originario diritto germanico che portava il diritto di preferenza a favore del condomino (*Verkaufsrecht*).

(2) V. in prop. l'opera del MITTEIS, *Reichsrecht und Gewonheitsrecht.*

Dig. 10. 3. 6. 9. Ulpianus *libro nono decimo ad edictum.*

Idem Iulianus scribit, si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit et communi dividundo agere coeperit, pigneraticia exceptione eum summoveri deberi: sed si exceptione usus non fuero, officium iudicis erit, ut, cum debitori totum hominem adiudicaverit, partis aestimatione eum condemnet, manere enim integrum ius pignoris: quod si adiucaverit iudex mihi, tanti dumtaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit quam pecunia credita, et debitorem a me iubeat liberari.

Lo stesso Giuliano scrive che se colui con il quale io avevo un servo in comune mi abbia dato in pegno la sua parte ed abbia cominciato ad agire con l'*a. comm. divid.* io debba rimuoverlo con l' *exceptio pigneraticia.* Ma se io non mi sarò valso di questa eccezione, sarà officio del giudice, quando abbia aggiudicato l' intero uomo al debitore, di condannare questi nella stima della porzione, poichè resta integro il diritto di pegno.

Chè se il giudice avrà aggiudicato a me lo schiavo, dovrà condannarmi solo per tanto per quanto il pegno superi il credito, e impormi di liberare il debitore.

Il caso è questo: Primus è creditore di Secundus, ed entrambi sono comproprietari di uno schiavo. Secundus dà in pegno a Primus la propria quota sullo schiavo, per garanzia del debito. Nessun dubbio che si debba ammettere la validità del pegno. Il condomino, come può alienare la propria quota, così può darla in pegno, anzi tutto perchè ciò che può essere oggetto di compravendita può anche darsi in pegno; in secondo luogo, perchè altro non è il pegno se non una alienazione condizionale.

Qui il debitore Secundus, dopo aver oppignorato la

propria porzione sullo schiavo, intenta l'*a. comm. divid.* per operare la divisione materiale tra le quote appartenenti a ciascuno. Ma poichè ciò non è lecito al condomino oppignorante, Primus potrà opporgli l'*exc. pigneraticia.* Questa è una eccezione d' ordine privato, non pubblica, e deve quindi farsi valere *in iure*, dinanzi al magistrato che la inserirà nella formula. Per altro anche se fatta valere per la prima volta *in iudicio*, dinanzi cioè al giudice, questi dovrà tenerne conto. Ciò per più ragioni: 1ª perchè lo *iud. comm. divid.* è *bonae fidei*, e negli *iudicia b. f.* le eccezioni possono opporsi dinanzi al giudice; 2ª perchè nello *i. comm. div.* come negli altri due giudizii divisori (*fam. erciscundae* e *finium regundorum*) le parti non si trovano nella solita posizione per cui l'una è semplicemente attrice e l'altra semplicemente convenuta; qui tutte le parti sono al tempo stesso attrici e convenute.

Come procederà il giudice nell' aggiudicazione? Certamente egli non può far due parti dello schiavo ed attribuirne una a ciascuno; egli quindi assegnerà l'intero schiavo all'uno ingiungendogli di rifare l'altro della porzione di valore che gli spetta (il conguaglio o la rifatta, come oggi si direbbe). Oppure ordinerà la vendita e la susseguente divisione del prezzo ricavato fra i condomini.

Pongasi, ora, che il giudice abbia seguito il primo partito ed abbia attribuito lo schiavo al debitore. Questi si terrà tutto lo schiavo e corrisponderà all'antico condomino la quota di prezzo che gli spetta a titolo di proprietà, e l'altra quota che gli spetta a titolo di pegno.

Se il giudice invece avrà attribuito lo schiavo al creditore, questi sarà condannato a dare al debitore la somma che eccede tra la quota e il credito. Quindi se il credito è di cinque e la quota di dieci, il creditore dovrà sborsare cinque soli al debitore.

Il frammento in questione è una riprova, dunque, del principio generale, che come è lecito alienare la propria quota di condominio, così la si può dare in pegno senza che alcuno dei partecipanti possa fare opposizione od in qualunque altro modo interporsi.

§ 81.

Affermammo che ciascun condomino ha diritto di servirsi della cosa comune secondo la destinazione della cosa stessa e di ritrarne i frutti. Naturalmente l' uso e il godimento debbono commisurarsi alla quota di comproprietà del singolo partecipante; quindi, ad es., avrà un terzo di frutti e di uso chi ha un terzo di proprietà. Ma l' uso, come tale, è indivisibile, e perciò non possono i comproprietari servirsi contemporaneamente della cosa; onde lo si suol regolare nella successione del tempo, stabilendo, ad es., dei periodi di turno proporzionali alle quote dei partecipanti. Né è sempre facile, in pratica, il regolamento dell' uso tra più persone.

Dig. 10. 3. 23 Ulpianus *libro trigensimo secundo ad edictum*. Si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum, utrum ex conducto sit actio an vero communi dividundo. eadem quaestio est et si socium, qui convenerat, ut alternis annis frueretur, pecus immisit et effecit, ut futuri anni fructus, quos socius percipere oportuit, corrumperentur. et puto magis communi dividundo iudicium quam ex conducto locum habere (quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?) aut certe actionem incerti civilem reddendam.

Se sia convenuto fra te ed il tuo socio (= condomino) che avreste percepito il frutto ad anni alternati, ed il

socio non permetta che tu percepisca il frutto dell'anno in cui ti tocca per turno, è da vedere se sorga l' *actio ex conducto* o quella *communi dividundo*. La stessa questione sorge se il socio che aveva convenuto di fruire ad anni alternati abbia immesso il bestiame ed abbia fatto sì che venissero distrutti i frutti del futuro anno, la percezione dei quali spettava all' altro socio. Ed io credo che debba aver luogo piuttosto lo *iudicium comm. divid.* che l' *a. ex conducto* (qual locazione può esservi se manca la mercede?) oppure debba certamente rendersi l' *actio civilis incerti*.

Evidentemente, nei casi discussi da Ulpiano, due soli erano i condomini, e per parti uguali; infatti avevano stabilito che il godimento del fondo comune toccasse per un anno a ciascuno alternativamente. Nella prima delle due specie un condomino, facendosi forte del principio « in pari causa melior est condicio prohibentis », si ribella a lasciar godere i frutti all' altro; nella seconda specie il condomino ha di fatto ostacolato il godimento del socio poichè non ha impedito che il gregge facesse *tabula rasa* di ogni coltivazione contenuta nel fondo.

Quale il rimedio spettante al socio così ostacolato? Gli si concederà l' azione derivante dal contratto di locazione, o l' *a. comm. dividundo*? Il giurista esclude giustamente l'*a. locati-conducti*; egli osserva che nei casi in esame non si ha un corrispettivo vero e proprio (*merces*), elemento costante del contratto di locazione. Qui si ha piuttosto uno scambio di frutti; i frutti di un anno compensano i frutti dell' anno successivo, mentre i condomini avrebbero potuto partirsi per metà quelli di uno stesso anno. Tutt' al più, dunque, ci troveremmo di fronte ad un contratto di natura speciale.

Ma Ulpiano decide per l'*a. comm. divid.*, l'azione ap-

propriata a regolare i rapporti fra *socii* che, se nelle origini fu applicata semplicemente per ottenere lo scioglimento della comunione mediante la partizione materiale delle quote, fu in seguito usata (come dimostra l'importante frammento in esame) per disciplinare il godimento dei partecipanti durante la comunione stessa (1). L' *a. comm. divid.* fu anzi lo strumento più efficace in mano dei giureconsulti romani per evitare le disastrose conseguenze del principio cui già accennammo « in pari causa melior est condicio prohibentis ».

Il framm. 3.23. cit. è interessante anche da un altro punto di vista. Esso contiene una sicura interpolazione nella frase finale: « aut certe actionem incerti civilem reddendam ».

L' *a. civilis incerti*, gemella dell' *a. praescriptis verbis* è, come questa, l' azione nascente dai così detti contratti innominati e, se non come quest' ultima di pura creazione giustinianea, è stata nondimeno indifferentemente interpolata dai compilatori negli stessi casi in cui venne interpolata l' *a. praescriptis verbis.*

Nel frammento in esame, a voler anche prescindere dalla considerazione che pel diritto classico era possibile solo l' *a. comm. dividundo*, si ha nella inconcludenza del ragionamento basato sul *certe* (per sè stesso sospetto) l' indice sicuro della interpolazione. Come si può concedere *certamente* l' *a. civilis incerti* se già si è reputata più adatta l' *a. comm. divid.*? Ma allora non spetterebbe quest' ultima! I compilatori, incautamente, si sono traditi.

Ad ogni modo il passo non soffre alcun rimaneggia-

(1) Notiamo, a proposito della questione trattata in questo passo, che non mancano frammenti i quali decidono per l'*a. locati-conducti*. Noi sorvoliamo su la disputa che ci porterebbe troppo lontani dal nostro argomento.

mento ed è genuino per quello che a noi interessa maggiormente: prova, cioè, che l' uso ed il godimento della cosa comune è proporzionale alle quote di comproprietà.

§ 82.

Dig. 8. 2. 13. 1. Proculus *libro secundo epistularum.* Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam, sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi.

Secondo l' opinione del giureconsulto Capitone mi è lecito fare « incrustationes » nella parete comune, come anche mi è lecito avere nella parete comune delle preziosissime pitture.

Il framm. dimostra che della cosa comune il comproprietario può servirsi secondo la destinazione della cosa stessa indipendentemente dalla volontà degli altri partecipanti.

Le « incrustationes » delle quali si parla sono tutti quegli ornamenti artistici fissi, in metallo, in marmo, od in altra materia, di cui rifulgevano le abitazioni dei Romani.

Incontriamo in questo passo la singolare figura del muro comune, a proposito della quale molti casi pratici ci offrono le fonti, e molte inesattezze gl'interpreti.

Si discute, anzi tutto, se trattisi di *proprietas pro diviso* o di *p. pro indiviso.* Le fonti, non v'ha dubbio, considerano anche questa come *p. pro indiviso*: si ha una massa comune — il muro — sulla quale i comproprietari hanno una porzione ideale di proprietà. Ma poichè può imaginarsi una linea che divida per metà perpendicolarmente il muro e quindi una proprietà (separata per mezzo di questa linea) sulle due parti risultanti,

alcuni vorrebbero vedere qua un caso di *proprietas pro diviso*.

Per altro non si può contestare che, se bene le nostre fonti accennino ad una *communio pro indiviso* sempre che trattano del muro divisorio, questa figura se ne stacchi per certi riguardi e si accosti piuttosto alla « communio pro diviso ». Una delle norme (discussa per altro) della « communio pro indiviso » è quella che viene formulata nella nota massima « concursu partes fiunt »; in tanto, cioè, esiste la partecipazione ideale in quanto più sono le persone partecipanti alla comunione, che se una di esse muoia o rinunzi, la sua quota si accresce ai rimanenti condomini in proporzione delle rispettive quote. Onde, se due soli siano i condomini, con la morte o la rinunzia dell'uno l'altro diviene unico proprietario dell'intera cosa (1). Ora, è possibile applicare questa norma alla parete comune? Se dalla teoria passiamo alla pratica noi dobbiamo convenire che in pochi casi speciali il diritto di accrescimento non è applicabile alla parete comune. Pongasi, ad es., che di due proprietari di due case attigue l'uno abbandoni la propria. Con l'abbandono, la casa diviene *res nullius* e chiunque potrà occuparla. Ma potrà dirsi che la parete, prima comune, sia ora in proprietà unica del domino vicino? No, certo. Potrà il domino vicino occupare ora la casa contigua abbandonata e solo in seguito, come proprietario dell'insieme formato dalle due case, chiamarsi proprietario unico della parete, ma per il fatto in sè dell'abbandono egli non acquista la proprietà unica della parete. Tanto è vero ciò che se un terzo, e non lui, occupi la casa abbandonata, sarà il

1) Unica eccezione, secondo i più, sarebbe la modificazione introdotta da GIUSTINIANO per la manumissione degli schiavi comuni. (*Cod.* 7. 7. 102).

terzo a divenirne proprietario e ad acquistare così la comproprietà della parete comune.

In questo caso, dunque, siamo più vicini alla *communio pro diviso* che a quella *pro indiviso*, e nulla impedisce di imaginare una linea ideale che separi perpendicolarmente la parete in due distinte proprietà. Ma, ripetiamo, ciò dal punto di vista pratico, chè le fonti si richiamano sempre alla « communio pro indiviso » quando trattano della parete comune. Del resto, se si considera che il muro deve seguire le sorti della casa che è destinato a sostenere, non debbono sembrare anomalie queste singole applicazioni pratiche.

§ 83.

Dig. 22. 1. 25 pr. Iulianus *libro septimo digestorum*. Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit invito vel ignorante socio, non maiore ex parte suos facit quam ex qua dominus praedii est: nec refert, ipse an socius an uterque eos severit, quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur: et quemadmodum, si totum fundum alienum quis sciens possideat, nulla ex parte fructus suos faciet, quoquo modo sati fuerint, ita qui communem fundum possidet, non faciet suos fructus pro ea parte, qua fundus ad socium eius pertinebit.

Chi sa di avere un fondo in comune con altri non fa suoi i frutti (che ne ha percepito contro o senza il volere del comproprietario) per una quota maggiore della sua quota di comproprietà sul predio. Nè importa che sia stato egli stesso, o il condomino, o l'uno e l'altro a farne la semina, perchè ogni frutto si percepisce per diritto sul suolo non per diritto di semenza, e allo stesso modo che alcuno il quale scientemente possiede tutto

il fondo altrui non fa suoi in alcuna misura i frutti, comunque seminati, così colui il quale possiede un fondo comune non fa suoi i frutti per quella porzione per la quale il fondo appartiene al suo socio.

Il frammento conferma il principio già da noi posto, che l'acquisto dei frutti avviene in ragione della quota di comproprietà.

I frutti si acquistano *ipso iure* senza bisogno di percezione perchè il proprietario della cosa fa suoi i frutti con la semplice separazione. Chè se alcuno dei condomini percepisce tutti i frutti della cosa comune, egli percepisce in parte cosa propria in parte cosa altrui, e commette quindi furto, secondo il concetto romano, se non li restituisce.

Il giureconsulto fa rilevare che non importa se sia stata usata la propria o l'altrui semenza. Ciò non influisce sulla decisione, come non influisce la circostanza che sia stato un terzo a seminare per proprio o per altrui conto. E infatti il frutto è un accessorio del suolo, onde necessariamente chi è comproprietario del suolo è comproprietario dei frutti. Allo stesso modo che chi possiede in mala fede l'altrui fondo non ne acquista i frutti (sia stata fatta da lui o da altri la semina), allo stesso modo il condomino non fa suoi i frutti per le quote spettanti ai soci. In riguardo a queste egli è nelle identiche condizioni di colui che percepisce i frutti d'un fondo che non gli appartiene.

§ 84.

Resta ancora da esaminarsi, a proposito dell'uso e del godimento della cosa comune, una questione importante perchè dalla soluzione che ne danno le fonti

può venir luce sulla natura del condominio. Trattasi del diritto di seppellire in fondo comune (1): potrà ciascuno dei comproprietari servirsi del fondo ad uso di seppellimento?

I testi contemplano due ipotesi ben distinte: introduzione di un cadavere fatta in luogo puro comune da uno dei soci o condomini; introduzione di un cadavere in un *sepulchrum*. In questo secondo caso trattasi già di *res religiosa* comune, quindi di cosa destinata a sepoltura; nel primo no. E nella seconda ipotesi tutti i giureconsulti sono d'accordo nel riconoscere il diritto del socio di *inferre mortuum*, siano pure contrari gli altri consocii. « Inferre mortuum » poi è espressione generalissima sotto la quale si comprendono non solo lo stesso socio, non solo i membri della sua famiglia o della sua *gens*, ma anche qualunque estraneo. E ciò indipendentemente dalla quota spettante al singolo socio, e per quanto piccola la si voglia concepire. Nei casi, ad es., di sepolcri ereditari (spettanti cioè agli eredi in forza di questa loro qualità, « quia heredes »), si può essere eredi per un decimo e quindi aver diritto per un decimo sul sepolcro e nondimeno vi si potrà seppellire qualunque persona senza che i coeredi possano fare opposizione.

Ed è naturale che quando in uno stesso « sepulchrum » concorrono più diritti aventi un tale contenuto, ciascuno dei titolari abbia podestà di esercitare le facoltà in questo comprese indipendemente dall'assenso degli altri. Quando non si tratti di novità nella destinazione della cosa, di un *facere* nel senso del cit. fr. 28, ma, come qui avviene, dell'uso della cosa secondo la sua unica

(1) V. su quanto segue la cit. *Terza Appendice* del prof. FADDA alla *Traduz.* del GLUECK XI. VII § 766.

ed esclusiva destinazione, il principio teleologico porta appunto alla piena indipendenza del diritto dei singoli.

Seppellire un cadavere *pro parte* non si può, come non si può *uti pro parte*. E, come fra più titolari di un diritto d' uso, l' *uti* da parte di ciascuno è necessaria esplicazione del diritto, così è nella specialità dello « ius sepulchri ».

Se qui il diritto di uno dovesse fermarsi di fronte all' ostacolo frapposto da qualunque fra gli altri titolari, ne deriverebbe senz' altro che egli non ha lo « ius mortuum inferendi » ma lo ha soltanto in quanto gli altri non si oppongono, ossia, verrebbe assolutamente a mancare lo scopo ed il contenuto dello « ius sepulchri ».

Notisi che in tutta la precedente trattazione noi abbiamo volutamente evitato di servirci del termine « condomini ». Non di dominio, infatti, qui si tratta ma di un diritto avente natura e contenuto speciale (*sepeliri et mortuum inferre*).

§ 85.

Di vero e proprio condominio si tratta invece nell'altra ipotesi fatta dalle fonti: introduzione di un cadavere nel luogo puro comune.

Qui non ci troviamo di fronte ad una *res religiosa*; il fondo comune non è destinato al seppellimento, non dovrà perciò esser lecito di renderlo religioso se non con l' assenso di tutti gli altri condomini. E poichè la nuova condizione del fondo (religiosità) significa sottrazione della proprietà ai condomini, in quanto non si concepisce proprietà sul suolo religioso, costoro potranno valersi dei mezzi giuridici adatti per evitare le dannose conseguenze dell' illecito atto del socio. Trattasi in effetti di un *facere* contrario alla destinazione della cosa,

di una vera innovazione per la quale è richiesto il consenso unanime dei soci.

D' altra parte, se questo è il concetto normale delle fonti in ordine alla prima ipotesi, trovasi pure accennata in esse una eccezione particolare basata sul *favor religionis*, e cioè ciascuno dei soci può rendere religioso il luogo comune quando si tratta del seppellimento del proprio cadavere.

§ 86.

Ma esaminiamo le fonti.

Dig. 11. 7. 41. Callistratus *libro secundo institutionum* Si plures sint domini eius loci, ubi mortuus infertur, omnes consentire debent, cum extranei inferantur: nam ex ipsis dominis quemlibet recte ibi sepeliri constat etiam sine ceterorum consensu, maxime cum alius non sit locus in quo sepeliretur.

Se più siano i domini del luogo in cui viene introdotto il morto, debbono consentire tutti quando trattisi di estranee persone: chè infatti è certo poter a diritto chiunque fra i proprietari esservi seppellito anche senza il consenso degli altri: con maggior ragione poi quando non vi sia altro luogo in cui seppellirlo.

Il frammento indica prima la regola generale: non si può rendere religioso il luogo puro senza il consenso di tutti; e quindi l' eccezione: quando trattisi del seppellimento di uno degli stessi condomini ciò può esser lecito.

Dig. 11. 7. 43. Papinianus *libro octavo quaestionum* Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis, si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat aut inferre velit: nam si intulerit, non faciet iustum sepul-

chrum, sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui (quo ?) de iure dominii quaeritur, aget. eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult. nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quae pro religione facit.

Certe persone, quantunque non possano rendere un luogo religioso, agiscono utilmente con l' « interdictum de mortuo inferendo » come ad es. il domino, se introduca o voglia introdurre un morto nel fondo di cui altri ha l' usufrutto: poichè se lo introdurrà non farà un giusto « sepulchrum », ma se verrà ostacolato potrà agire utilmente con l'interdetto con cui si fa valere il diritto di dominio. Lo stesso dicasi del socio che vuole introdurre un morto nel fondo comune contro il divieto dell' altro socio, poichè per pubblica utilità, ad evitare che i cadaveri giaciano insepolti, non consideriamo la *stricta ratio* alla quale spesso si suol derogare nelle ambigue questioni di religione; infatti è altissima la ragione che sta in favore della religione.

Non si reputa dunque religioso il luogo se non se ne ha la esclusiva disponibilità, appunto perchè, come accennammo, la religiosità toglie la possibilità di qualsiasi diritto umano. E quindi, se altri ha l'usufrutto del mio fondo, io non potrò renderlo religioso con l' introdurvi un cadavere; se così fosse verrebbe a cessare l'usufrutto del terzo. E neppure i soci possono far ciò *invitis ceteris*, perchè la stessa ragione che sussiste contro il proprietario di fronte all'usufruttuario sussiste contro il socio di fronte agli altri soci. Fin qui dunque è confermata la regola generale che nel luogo puro comune non si può « inferre mortuum invitis ceteris ».

L' eccezione a questo principio, una eccezione che costituisce una singolarità unica, è contenuta nello stesso frammento 43 cit. Vi si dice, infatti, che può però il condomino esservi seppellito « invitis ceteris » o qualunque altro morto « invicto fructuario » in base all'*interdictum de mortuo inferendo.*

Ad evitare assurdi, noi crediamo che l' unica spiegazione delle parole di Papiniano sia quella già da molti antichi sostenuta: trattarsi, cioè, di introduzione temporanea del cadavere fino a trovare un luogo opportuno per la sepoltura definitiva.

Anzi tutto, pare non fosse cosa inconsueta questa di depositare i cadaveri per riporli poscia definitivamente altrove. Poi, questa spiegazione pone d'accordo Papiniano con gli altri giureconsulti, anzi con se stesso. Papiniano infatti afferma recisamente che da solo il « socius non potest facere religiosum locum ». Ora, se il cadavere dovesse restare definitivamente, è necessario conchiudere che il luogo diventasse religioso.

L'« interdictum de mortuo inferendo » ha dunque per iscopo la semplice *comendatio mortui*, l' introduzione temporanea; e poichè non si pregiudica così la ragione dei terzi, ogni opposizione tanto del condomino, quanto dell' usufruttuario, viene ad escludersi.

§ 87.

Ma torniamo, ormai, alla ipotesi di sepoltura in sepolcro comune. I due testi seguenti dicono recisamente che nel sepolcro comune è lecito *inferre mortuum etiam invitis ceteris.*

Dig. 1. 8. 6. 4 Marcianus *libro tertio institutionum* Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit,

dum mortuum infert in locum purum suum. in commune autem sepulchrum etiam invitis ceteris licet inferre.

Chiunque col proprio volere rende religioso un luogo con l'introdurre un morto in luogo puro. Nel sepolcro comune, poi, è lecito introdurre un morto anche contro il volere degli altri soci; e alla distinzione dà maggior rilievo il seguente fr. di Ulpiano.

Dig. 10. 3. 6. 6. Ulpianus *libro nono decimo ad edictum* Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit videndum. et sane ius quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum.

È da vedersi se abbia reso religioso il luogo chi abbia introdotto un morto in luogo comune. E non vi ha dubbio che a ciascuno *in solidum* spetti il diritto di introdurre un morto nel sepolcro comune, mentre altri non può fare religioso il luogo puro (comune).

La distinzione è precisa in questi due testi; da un canto si afferma la liceità dell'introduzione in luogo religioso; dall'altro, con ugual chiarezza, la si nega pel luogo puro. Nel primo caso non si agisce contro la destinazione della cosa; nel secondo si ha un *facere* che deve incontrare l'assenso di tutti i condomini.

§ 88.

Nella pratica si è presentata occasione di esaminare se i principi romani sulla comunione del sepolcro fossero applicabili ai rapporti moderni. La Corte d'appello di Ancona (1), la Corte di Cassazione di Roma (2), la Corte di appello di Bologna (3) decisero in vario senso

(1) Sent. 10 nov. 1888, *Foro it.* 1889, I. 1 pag. 1275 seg.
(2) Sent. 4 sett. 1889, *Foro it.* 1889, I. 1 pag. 1241 seg.
(3) Sent. 30 giugno 1891, *Foro it.* 1891, I. 1 pag. 994 seg.

sulla natura e sugli effetti della comunione del sepolcro. Tutte si accordavano in questo, che il diritto sepolcrale romano non sia applicabile ai rapporti moderni.

Studiando la comunione del sepolcro nel diritto romano noi ci troviamo di fronte a norme di diritto comune, ossia a logiche conseguenze dell'istituto della comunione secondo il diritto romano, e ad altre le quali, per contro, s'inspirano alla essenza particolare del *sepulchrum*, al concetto cioè della religiosità, e sono quindi indubbiamente *ius singulare*. Egli è evidente che le norme di questa seconda categoria non possono ricevere applicazione nella vita odierna, cui è assolutamente estraneo quel concetto pagano, se non in quanto rispondano alle idee di pietà e di rispetto verso la memoria dei defunti, le quali sono comuni a tutti i popoli così antichi come moderni.

In quanto alle prime, dovremo ritenerle applicabili attualmente solo in quanto si stabilisca che il concetto romano della comunione è eguale al nostro, tenuto conto, naturalmente, della natura del diritto su cui cade la comunione.

E questo noi crediamo di aver stabilito nelle precedenti pagine.

§ 89.

Non vi ha dubbio che il diritto di introdurre cadaveri nel sepolcro comune debba subire delle modificazioni, se non in base ai principi generali della comunione, sostanzialmente identici nel nostro e nel diritto romano, certo in base alla speciale configurazione che la sepoltura ha assunto nei tempi recenti.

La massima: « in commune sepulchrum etc. » e in genere il diritto di « inferre mortuum » spettante al titolare

in così larga misura, derivano nel diritto romano dal concetto di sepolcro e dal *favor religionis.*

Il mondo romano ignorava il sistema, ormai universalmente seguito, dell'inumamento pubblico. Il seppellimento era affare privato che derogava spesso al diritto comune *favore religionis,* per evitare, cioè, quella grave infrazione al culto dei morti che consisteva nell'abbandonarli insepolti. Ond' è che privatamente ciascuno provvedeva alla propria sepoltura, sia come facevano i ricchi, costruendosela, acquistandola, o dandone l' incarico ad altri nel testamento, sia, come accadeva tra i meno abbienti — facendo ricorso ai *collegia funeraticia* o *collegia tenuiorum* , a quella istituzione così caratteristica di Roma. Queste associazioni, o avevano per esclusivo scopo di provvedere ai funerali ed al seppellimento, o erano associazioni professionali aventi, tra altro, il sepolcro comune (1).

D' altra parte esistevano sepolcri comuni a certe classi di persone: *gentes, familiae, heredes.* Quindi mentre da un canto era lasciato alla cura del privato il provvedimento per la sepoltura, dall' altro, quello stesso *favor religionis* faceva sì che in questi sepolcri particolari venissero largamente accolti gli estranei.

In due soli casi lo stato provvedeva direttamente alla

(1) Tra queste associazioni si possono di nuovo distinguere due categorie, cioè anzi tutto quelle che erano semplicemente casse per funerali, ossia fornivano i fondi necessari per essi, e quelle che per di più avevano località destinate al seppellimento degli associati. Le prime davano il *funeraticium* all' erede testamentario, perchè provvedesse al seppellimento: non all' erede legittimo, perchè in caso di eredità intestata provvedevano esse direttamente. Le altre avevano sepolture note sotto il nome di *columbaria*, ossia grandi camere o gallerie sotterranee con lunghe file di piccole nicchie sovrapposte, e che traevano il loro nome dalla simiglianza che avevano con le piccionaie.

sepoltura: per i benemeriti della cosa pubblica, concedendo che in luogo pubblico venissero sepolti e si innalzassero monumenti; e per i condannati o per gli schiavi, dedicando una larga zona di suolo pubblico al seppellimento loro. Uno di questi luoghi di sepoltura fu sino ai tempi di Augusto il *Campus Esquilinus*, e più tardi si provvide destinando siti più lontani (*culinae*).

Nelle società moderne l' inumazione ha perduto questo carattere, per assumere, in vece, quello di una cura pubblica. Ormai nei cimiteri comuni trovano sepoltura, senza distinzione, ricchi e poveri, appartenenti ad una stessa famiglia e non appartenenti, condannati e filantropi; tal che può dirsi eccezione la sepoltura privata. Ma al tempo stesso deve ammettersi che è un' eccezione non riprovata dal nostro diritto il quale tanto nella legge generale sanitaria, quanto nel regolamento di polizia mortuaria, disciplina il seppellimento nelle tombe private; nè sono venuti meno quei sentimenti di pietà pei cari — congiunti ed amici — ai quali s' inspirava l'ordinamento sepolcrale romano.

Potrà dirsi dunque, che oggi il diritto di sepolcro è limitato alle cappelle speciali private ed ai luoghi di sepoltura concessi dai Municipi, ma si dovrà anche soggiungere che, tanto per quelle, come per questi, la concezione del sepolcro privato non è qualche cosa di singolare rispetto a quella che ne aveva il diritto romano.

Se quindi il contitolare di una cappella privata non si limiterà a disporre per sè solo ma vorrà farvi seppellire anche degli altri, ciò non gli si potrà vietare, a patto però che il titolo costitutivo non porti limitazioni speciali.

Chè se poi si tratti di concessione del sepolcro fatta dal Municipio, nel qual caso non si può parlare di proprietà (la quale appartiene al Municipio) ma di un di-

ritto reale con particolare destinazione, dovrà anzi tutto esaminarsi il regolamento comunale per giudicare se sia lecito introdurre estranei nella tomba concessa. Se il regolamento lo nega, la questione è di già risolta: il titolo costituisce un limite che non può oltrepassarsi. Se invece il regolamento tace o non esiste, poichè l' art. 97 del regolamento di polizia mortuaria del 25 luglio 1892 non parla che di concessioni nei cimiteri a « sepolcri individuali o di famiglia » non si può andare al di là di queste due categorie e bisogna negare ai titolari di diritti di sepolcro nel cimitero comunale la facoltà di seppellire anche gli estranei.

Alla stregua dei criteri esposti, se più siano i titolari della concessione ed uno di essi voglia introdurre nel sepolcro persone di famiglia, quali e quante vuole, nessuno dei contitolari potrà opporglisi: egli si serve della cosa senza trasgredire al titolo costitutivo e in conformità con la destinazione.

Sola difficoltà seria puó sorgere quando il socio si avvalga del proprio diritto a modo da precludere agli altri partecipanti l'uso del sepolcro, come nel caso, non raro nella pratica, in cui il socio introduca nel sepolcro un numero tale di cadaveri da restringere di molto la quantità delle celle disponibili. E in tale ipotesi, per il nostro diritto, gli altri soci potranno opporsi deliberando a maggioranza (art. 678 cod. civ.) sul modo di seppellimento e sulle limitazioni relative. Chè se il socio ostacolato crederà lesive del suo diritto le deliberazioni della maggioranza, potrà ricorrere all'autorità giudiziaria per gli opportuni provvedimenti.

La disputa sui vari punti in questione pel diritto di sepolcro si è fatta dagli autori e dai consessi giudicanti con criteri molto larghi, e talvolta anche estranei. Noi crediamo che, senza eccedere, e rimanendo entro i

limiti delle cappelle private e dei sepolcri famigliari, alla comunione del sepolcro siano applicabili anche nel nostro diritto i principi generali romani sulla comunione (modificati s' intende dal nuovo criterio della maggioranza) e quelli particolari riflettenti il diritto di sepolcro.

§ 90.

Fra i diritti che il condomino può esplicare indipendentemente dalla volontà degli altri partecipanti è quello di procedere alle riparazioni necessarie della cosa comune. Qui la maggior libertà di movimento del condomino è giustificata dalla necessità di conservare la cosa nell' interesse stesso della collettività dei partecipanti, e perciò, anche, occorre si tratti di riparazioni direttamente e immediatamente necessarie.

Non di rado per poter procedere alle riparazioni necessarie si deve incominciare col demolire. Le fonti si occupano di questa ipotesi in relazione al muro comune; e mentre alcune di esse affermano che il socio possa procedere alla riparazione del muro comune, salvo il diritto di farsi rimborsare dai condomini le spese, altre dicono che il demolire per poi riedificare può proibirsi anche da un solo partecipante.

Potrebbe credersi questa una contraddizione inspiegabile e tale da giustificare il sospetto di qualche interpolazione; ma così non è. Prima di procedere a modificazioni radicali sulle nostre fonti, noi abbiamo l'obbligo di esaminare accuratamente se ci si offra qualche elemento per conciliarle. E, nel caso, questo elemento sussiste: infatti le une trattano di demolizioni per riparazioni necessarie, le altre accennano, senza specificare, alla demolizione da un canto, ed alla riparazione

dall'altro. E per questa seconda serie di testi può ben trattarsi di demolizione rivolta al miglioramento della cosa, o ad opere di lusso in genere. Così i testi possono benissimo conciliarsi: nei primi si contemplano le riparazioni necessarie, e contro queste non può esplicarsi lo *ius prohibitionis* del singolo; negli altri si contemplano le innovazioni tendenti a rendere più utile, più comoda, più bella la cosa comune, e per queste occorre l'unanime assenso.

§ 91.

Paulus, *Sententiae* V, 10. 2. De communi pariete utilitatis causa hoc coepit observari, ut aedificet quidem cuius aedificare interest, cogatur vero socius portionis suae impensas agnoscere.

Per la parete comune si è cominciato a ritenere a causa dell'utilità, che possa edificare l'interessato, ma il socio debba essere costretto a riconoscere (e quindi a pagare) la sua porzione di spesa.

Paolo conferma la nostra precedente affermazione e spiega come essa debba accogliersi *utilitatis causa*, ossia in base ad una speciale *utilitas*, ad un principio di « ius singulare ».

Principio generale è che la proibizione di un socio impedisce qualunque « facere »; onde, in linea di principio, il socio potrebbe opporsi anche ad un utile « facere ». Ma qui si è permesso che ogni condomino possa procedere di propria iniziativa, e si sono costretti gli altri a riconoscere e a pagare, in vista del particolare beneficio che dal restauro della parete ritraeva la casa comune.

§ 92.

Anche più energico, in questo senso, è il frammento Dig. 17. 2. 52. 10. Ulpianus *libro trigensimo primo ad edictum* Idem respondit: socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis usuris intra quattuor menses, postquam opus refectum erit, recipere potest exigendoque privilegio utetur aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat. finge enim malle eum magis suum consequi quam dominium insulae. oratio enim divi Marci idcirco quattuor mensibus finit certas usuras, quia post quattuor dominium dedit.

Ulpiano riferisce il seguente responso di Papiniano: il socio che ha riparato le porzioni del caseggiato appartenenti a colui od a coloro che vi si sono rifiutati, sebbene possa ricuperare il patrimonio speso e gli interessi legali entro quattro mesi dal compimento dell'opera e avvalersi del privilegio di esazione chè altrimenti la cosa rimarrà in sua proprietà, può non di meno agire con l'a. pro socio per conseguire quanto gli interessava. Può darsi in fatti che egli preferisca il ricupero del suo alla proprietà del caseggiato. E l'*oratio* del divo Marco fa cessare gl'interessi legali dopo quattro mesi, appunto perchè dopo questi dà la proprietà.

Il responso di Papiniano accenna ad una disposizione di carattere particolare stabilita con senatus consultum sotto Marco Aurelio: l'*oratio*, infatti, non è che la proposta orale, fatta dall'imperatore al Senato, relativa a determinate disposizioni da adottarsi: mentre si parla di *epistula* ogni volta che trattasi di proposta scritta.

oratio, o il Sen. Cons. che è lo stesso, dichiarava

che il socio, il quale avesse riparato l'edificio comune, aveva diritto di ricuperare la somma destinatavi entro quattro mesi dal termine delle opere di restauro, aggiuntivi gli interessi legali. Il socio od i soci i quali non avevano voluto partecipare e che non pagavano le quote rispettivamente proporzionali, perdevano le quote di condominio in favore di chi aveva compiuto la riparazione.

Il testo conferma quanto diceva Paolo (fr. precedente): in sostanza, ogni socio ha un proprio diritto di iniziativa per le riparazioni necessarie.

Ma il fr. in esame ci presenta anche un'altra questione: dopo trascorsi i quattro mesi entro i quali il socio non è stato rimborsato, la proprietà passerà senz'altro in lui, o potrà egli rifiutarla e pretendere in vece la restituzione della somma spesa? Papiniano risponde affermativamente; ed a ragione. Poichè non può la legge addossare al socio una proprietà che egli non vuole, nè qui si tratta di un diritto-obbligo, tale che egli sia assolutamente costretto a sodisfarsi acquistando il dominio. Notisi che il caso di rinunzia alle quote da parte degli altri condomini non va confuso con quello in esame. Per la rinunzia, la quota cessa di essere in proprietà del rinunziante ed aumenta quella dei partecipanti che rimangono, ma in base a tutt'altro diritto al diritto, cioè, di accrescimento.

Il socio, dunque, può pretendere che gli si paghi la somma spesa, ma con quale azione? Qui con l' « actio pro socio » perchè si tratta di comunione derivante da contratto di società; ma non v' è dubbio che gli sarebbe stata accordata l' « a. communi dividundo » (che serve a regolare le prestazioni personali tra i soci, oltre che ad effettuare la divisione) se si fosse trattato di « communio incidens » ossia di comunione non derivante da contratto sociale.

§ 93.

Altra facoltà che il socio ha, senza bisogno di richiedere l' assenso dei compartecipanti, è quella di esperimentare la rivendica della propria quota di condominio. Ed è logico, poichè da un canto nessuno può impedirci di far valere le nostre pretese sulla cosa, dall' altro, lo *ius prohibendi* si riferisce ai mutamenti della cosa comune non al diritto di condominio su di essa.

E perciò l' azione di rivendica può rivolgersi non solo contro i terzi ma anche contro gli stessi condomini.

Il socio che rivendica la sua porzione di proprietà da un terzo o dal condomino opera una *vindicatio pro parte*; di questa ci parla

Gaius, *Instit.* IV. 53*a*:

Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa. re, veluti si quis pro X milibus quae ei debentur XX milia petierit, aut si is cuius ex parte res est, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit.

Gaio annovera la *plus petitio* tra le varie cause di decadenza, e distingue quattro sorta di *pl. petitio* (1). In tutt' e quattro si decade dall' intero diritto perchè, pur essendosi proposta l'azione adatta, si è chiesto più di quello che si aveva diritto di pretendere.

Così — dice Gaio — plus petit *re* chi chiede XX mila in vece delle X mila che gli si dovevano, o chi, avendo

(1) Si ha *pl pet.* 1.° quando si chiede in un luogo diverso da quello che era stato destinato per effettuare la prestazione (*pl. pet. loco*) 2.° quando si chiede prima del tempo fissato (*pl. pet. tempore*). 3.° quando si chiede un oggetto di diverso o di maggior valore economico di quello che deve essere prestato (*pl. pet. re*) 4.° quando si chiede in base ad una *causa* diversa dalla vera (*pl. pet. causa*).

la cosa in parte, formi una *intentio* con cui chiede tutta la cosa o una parte maggiore di quella che gli spetta.

Dunque è possibile una rivendica parziale; e questa aveva, nella formula, una *intentio* che si riferiva alla quota parte (p. es. Hanc rem meam esse aio *ex dodrante*). Gaio non soggiunge contro chi fosse rivolta questa « vindicatio pro parte », ma è naturale supporre che la si intentasse tanto contro il condomino quanto contro il terzo.

§ 94.

Dig. 6. 1. 3. 2. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*. Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commistum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, et si incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

Pomponio scrive che se una cosa è in tal modo confusa e commista con altra della stessa natura che non la si può scindere nè separare, non bisogna rivendicare tutto ma « pro parte ». Supponi — egli dice — che il mio ed il tuo argento siano ridotti ad una sola massa: sarà comune a noi due, e ciascuno rivendicherà in genere per la quota di peso che nella massa gli appartiene, quantunque sia incerto quanto peso ne abbia nella massa.

La confusione delle due masse della stessa qualità (argento) fa sì che la massa risultante è comune ai due proprietari nella proporzione delle masse primitive. Nessuno, quindi può rivendicare per il tutto, ma per la sola quota. Ciò anche quando è incerta la misura.

Onde non solo è possibile (come nel precedente fr. di Gaio) una « vindicatio pro *certa* parte », ma può darsi anche una « v. pro *incerta* parte ». La prima è sempre sicuramente concessa dalle fonti; la seconda, solo quando concorra una *iusta causa*, una ragione concreta. Così, ad es., per la legge Falcidia, un quarto del patrimonio ereditario è assolutamente riservato all'erede.

Chè se il testatore eroghi in legati più dei tre quarti del patrimonio, i legati stessi dovranno subire una riduzione proporzionale. Orbene, se ancora sia incerta la misura entro la quale i legati verranno ridotti, i legatari potranno rivendicarli egualmente « pro incerta parte ». In questa ipotesi le fonti riconoscono esplicitamente una *iusta causa*.

§ 95.

Dig. 6. 1. 8. Paulus *libro duodecimo ad edictum*. Pomponius libro trigensimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere: quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere.

Pomponio, nel libro 36°, dimostra che se tu e Lucio Tizio possedete il fondo che io ho in comune con te per parti eguali, non debbo io chiedere le quarte parti da ciascuno di voi due ma tutta la metà da Tizio che non è domino. Diversamente sta la cosa se voi possedete quel fondo per regioni determinate, perchè allora senza dubbio io dovrò chiedere le parti del fondo da te e da

Tizio. In fatti, sempre che saranno possedute località determinate, per necessità io avrò in ciascuna di esse una parte mia: e per questa stessa ragione anche tu dovrai chiedere la tua quarta parte da Tizio.

Il caso è questo: Primus e Secundus hanno un fondo in comune, per metà ciascuno. Ma il fondo è posseduto da Primus e da Tertius, un estraneo. Contro chi dovrà rivolgersi Secundus per rivendicare la sua proprietà?

Contro Primus e Tertius o contro il solo Tertius? Solo contro quest' ultimo, perchè Primus non possiede nulla che sia di Secundus, mentre è il solo Tertius che sta nel possesso contro il diritto di Secundus. Secundus rivendicherà dunque da Tertius la metà del fondo.

Ma se Primus e Tertius si dividano tra loro il fondo e così diviso lo possiedano, Secundus potrà rivolgersi contro l' uno e l'altro perchè ora e l'uno e l'altro possiedono parte non propria della cosa. Viceversa Primus potrà rivolgersi anch' egli contro Tertius che possiede una parte su cui egli, Primus, ha diritto, come Secundus.

Il fr. a noi interessa perchè dimostra la possibilità di una revindica « pro parte » non solo contro il terzo ma anche contro il condomino.

§ 96.

Con questa, si chiude il ciclo delle facoltà che competono al condomino indipendentemente dalla volontà degli altri partecipanti.

Vediamo ora quali disposizioni sulla cosa esigano l'unanime assenso. Torniamo, per ciò, al fr. 28 (citato più volte a proposito del significato di *facere*) di cui resta ancora da esaminarsi una parte.

Dig. 10. 3. 28. Papinianus *libro septimo quaestionum*.

Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc pretermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tum etiam tollere cogitur.

Dopo aver detto che ogni socio ha diritto di proibire le innovazioni sulla cosa comune, il giureconsulto continua: ma sebbene il condomino possa esser proibito dal condomino di *facere* nella cosa comune non potrà esser costretto a demolire l'opera compiuta, se il condomino, potendo proibirgliela, non l' abbia fatto. Potrà quindi soltanto esser risarcito del danno per mezzo dell' « a. comm. dividundo ».

Chè se poi avrà dato l' assenso a costui mentre questi compiva l'innovazione, non avrà neanche l'azione di danno. Solo potrà costringersi a demolire l'opera chi per danneggiare il socio l' abbia fatta durante la sua assenza.

Il frammento è genuino fino al punto in cui afferma che il socio danneggiato dall' opera compiuta non può pretenderne la demolizione se abbia lasciato che la si faccia. A lui spetterà solo l' « actio pro socio » per ottenere il risarcimento dei danni eventualmente patiti.

Deve attribuirsi, in vece, ad interpolazione dei compilatori quello che segue, ove si afferma che anche il risarcimento è negato a chi ha consentito, e che la demolizione può conseguirsi dal socio che sia stato assente mentre l' opera si compiva. Dell'interpolazione abbiamo due indici certi: formale l'uno, sostanziale l'altro.

L'indice formale consiste nel *sin autem*. Queste due congiungioni — come le altre: *sin vero* — vengono a preferenza usate nelle costituzioni giustinianee sempre che ad una precedente affermazione generale vuol contrapporsi una particolare antitesi restrittiva; mentre non sono, in tale uso, espressioni classiche. Ciò, dunque, tradisce già l'intervento dei compilatori.

Ma anche dal punto di vista della sostanza deve osservarsi che, nei tempi classici, il diritto di proibizione — parallelo anche in questo alla *intercessio* del diritto pubblico — ha funzione meramente preventiva: se il condomino, od il magistrato, ha agito senza che il socio, od il *collega*, si siano opposti, l'atto compiuto è perfettamente lecito. Anzi questa considerazione ci induce a ritenere che l'interpolazione si estenda anche alla frase precedente con la quale si accorda il risarcimento del danno. Neanche questo doveva esser consentito nel diritto classico a chi, potendo opporsi, non l'avesse fatto.

§ 97.

Solo il socio assente potrebbe, secondo il passo in esame, ottenere la demolizione dell'opera lesiva dei suoi interessi. Bisogna, però, intendersi anche su questo punto. Vedasi il frammento

Dig. 43. 24. 13. 3. Ulpianus *libro septuagensimo primo ad edictum*. Si ex sociis communis fundi unus arbores succiderit, socius cum eo hoc interdicto experiri potest, cum ei competat, cuius interest.

Se uno fra i soci nella comunione del fondo, abbia tagliato degli alberi, l'altro socio potrà sperimentare contro di lui l'*interd. quod vi aut clam* poichè questo compete a chiunque abbia interesse.

L'interdetto « quod vi aut clam » non ha carattere

possessorio; spetta anche a colui che si trova nella detenzione della cosa, nel momento in cui, contro la sua volontà o di nascosto, vi si compie qualunque opera. Spetterà anche al socio contro il socio? Il passo lo afferma, partendo dalla considerazione che anche qui sussiste un interesse, ed un interesse altissimo — soggiungiamo noi — poichè si tratta di esser risarciti di un danno ingente quale può provenire dal taglio clandestino di un bosco.

Ora, è questo l'interdetto che si pone in azione nel caso della legge D. 10. 3. 28 cit.; in essa *absente* equivale a *clam*. Quando il socio abbia di nascosto compiuto l'opera, potrà l'altro socio ottenerne la demolizione con l'interdetto « quod vi aut clam ».

Nel caso delle *arbores succisae* non era più possibile rimettere il bosco nell'antico stato e quindi si chiedeva il risarcimento. Nel caso di opera già compiuta potrà ritornarsi all'antico demolendola.

§ 98.

L'esame della legge 28 cit. e degli altri frammenti che vi si riannodano ci ha confermato la esattezza del parallelismo fra il condominio nel diritto privato e la collegialtà nel diritto pubblico. Così per l'uno come per l'altra, in sostanza, l'agire di uno senza l'opposizione degli altri fa ritenere perfettamente lecita la sua azione, come se si trattasse d'azione di tutti; mentre l'azione di tutti gli altri è paralizzata quando da uno sorga ostacolo. Lo *ius prohibendi* è il fulcro del condominio.

A questo punto si riannoda la questione, se e quale funzione esplichi in questo campo l'azione negatoria.

L'azione negatoria, è noto, è un'azione reale a tutela della proprietà. Mentre la rivendica mira a far riavere

al proprietario il possesso della cosa sottrattagli ingiustamente, e quindi a colpire la violazione *totale* della proprietà, la negatoria mira a proteggere la proprietà dagli ingiusti attacchi *parziali* di un terzo, a rimuovere tutte quelle singole limitazioni al pacifico possesso che non derivino dalla legge o da contratto. Con l'azione negatoria il proprietario domanda che il giudice dichiari non competere al terzo un determinato diritto sulla cosa.

La negatoria suole chiamarsi anche *negatoria servitutis* perchè il caso più normale è quello in cui il proprietario domanda che si riconosca l'inesistenza di una servitù sulla sua cosa; ma la negatoria è più generale perchè si esperimenta per rimuovere tutte le ingerenze dei terzi sulla cosa, tra le quali, naturalmente, sono comprese anche le servitù.

§ 99.

Si può dunque dare l'azione negatoria fra condomini?

Che il condomino in generale abbia diritto alla negatoria non può porsi in dubbio, ma solo di fronte ai terzi.

In fatti il comproprietario ha interesse a negare che altri abbia diritto di compiere un fatto sulla cosa, in quanto quel fatto colpisce anche la sua quota. Egli può agire, sebbene le servitù in genere, (quelle prediali sempre), siano indivisibili e quindi non si possano restringere nè far valere per parti. Ma le azioni reali non conducono all'obbligo diretto del convenuto di dare esecuzione al pronunziato del giudice. Esse sono tutte *arbitrarie* nel senso che il giudice, richiesto di esaminare il rapporto, ordina in prima linea la restituzione della cosa *cum omni causa*, e, solo in seconda linea, nel-

l'ipotesi di disobbedienza, subentra la *condemnatio* che non è « in ipsam rem » ma pecuniaria, ossia tendente al risarcimento dei danni. Quindi, nel caso in cui il condomino sperimenti la negatoria, se la dichiarazione del diritto e l'ordine di restituzione della cosa pronunziati dal giudice non possono essere che indivisibili, è però bene divisibile la *condemnatio* che, essendo pecuniaria, si riferirà al risarcimento dei danni proporzionale alla quota del condomino, non a tutto il danno cagionato dal terzo.

Di fronte ai condomini è anche concepibile lo sperimento dell'azione negatoria, perchè se lo *ius prohibendi* ha l'efficacia illimitata che gli abbiamo riconosciuto secondo la legge 28 cit. di impedire qualunque innovazione sulla cosa, dovrà anche ammettersi il diritto del comproprietario di far dichiarare dal giudice che il condomino non curante della proibizione non ha facoltà di compiere quel determinato atto.

Nondimeno le fonti appaiono in disaccordo su questo punto. Procediamo dunque all'esame di esse.

§ 100.

Dig. 8. 5. 11. Marcellus *libro sexto digestorum.* An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit (1) cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia

(1) *num possit* dett.

magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure (1) communi velit.

Si domanda se uno dei socii abbia diritto di edificare nel luogo comune contro il volere degli altri, cioè se possa, quando gli venga proibito dai socii, agire contro di essi con la formula: « ius sibi esse aedificare », e se i socii possano agire contro di lui con la formula « ius sibi prohibendi esse » oppure « ius illi aedificandi non esse ». Si domanda anche se, qualora si sia già edificato, possano agire contro di lui con la formula « ius tibi non esse ita aedificatum habere » (non hai diritto di mantenere così ciò che hai edificato). E può dirsi a preferenza che al socio spetta il diritto di proibire piuttosto che quello di fare, perchè, come ho detto, colui che tenta di fare si arroga in certo qual modo anche l'altrui diritto se vuole usare a proprio arbitrio, come se fosse unico padrone, della cosa comune.

Il testo distingue tre ipotesi: nella prima è il socio al quale è stato opposto il divieto, che intende agire con la formula « ius sibi esse aedificare »; nella seconda, sono i socii vietanti che vogliono esperimentare contro di lui la formula « ius sibi prohibendi esse » oppure l'altra « ius illi aedificandi non esse »; nella terza, contro il socio che ha già edificato i consocii vogliono agire con la formula « ius tibi non esse ita aedificatum habere » per ottenere la demolizione o la modificazione dell'opera già compiuta. In tutti e tre i casi si tratta di un *facere* del socio dichiarato innovativo, che rientra sotto il principio della l. 28 cit. e richiede l'unanime assenso.

Nella prima ipotesi e nella seconda il socio ed i socii

(1) *re* scrib. Mommsen.

agiscono prima che si sia edificato. Nella terza, i socii agiscono dopo che l'opera fu compiuta malgrado il loro divieto; chè, se si fosse trattato di opera fatta dal socio senza che gli fosse stata vietata, il suo *facere*, una volta compiuto, sarebbe stato legittimo e i condomini non avrebbero potuto chiedere la demolizione se non nel caso in cui egli avesse agito *clam*.

Le azioni, poi, delle quali si discute la proponibilità sono la *confessoria*, e rispettivamente la *negatoria*, con le quali il condomino afferma e, rispettivamente, nega il diritto dell'altro condomino di edificare nel fondo comune. (Nelle ipotesi esaminate potrebbe trattarsi di affermare o negare il diritto di superficie).

Il frammento conchiude con l'affermazione che al socio spetta il diritto di proibire, non il diritto positivo di agire, perchè colui che tenta di porre in essere un fatto diminuisce il diritto dei consocii volendo valersi ad arbitrio della cosa come se ne fosse unico proprietario. In altre parole il testo dice che il socio ha diritto di far dichiarare che al consocio non spetta una determinata facoltà; concede dunque la *negatoria*.

Tanto più importante è questa decisione in quanto i compilatori l'hanno collocata sotto il titolo « si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur » che può dirsi la *sedes materiae* delle azioni negatoria e confessoria.

§ 101.

Dig. 8. 2. 26. Paulus *libro quinto decimo ad Sabinum*. In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit, itaque propter immensas contentiones plerumque

res ad divisionem pervenit, sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut quod id opus fecit tollat, si modo toti societati prodest tolli.

Nessuno fra i proprietari può a titolo di servitù fare alcunchè nella cosa comune contro il volere dell'altro, nè proibire che l'altro faccia: poichè la cosa non *serve* a colui che ne è proprietario. E pertanto, per lo piú, a cagione delle infinite contese, si addiviene alla divisione. Ma con l'azione « communi dividundo » il socio ottiene che l'opera non venga fatta o che venga distrutta l'opera fatta; basta che a tutta la comunione profitti la demolizione dell'opera.

Notiamo anzitutto che questo frammento proviene da un commentario a Sabino, cioè al giurista stesso che affermava nel fr. 28 (Dig. 10. 3) lo ius prohibendi del socio di fronte ad ogni innovazione della cosa comune. Ora, come si spiega che qui viene negato lo « ius prohibendi » del socio?

Bisogna considerare che, in questo frammento, Paolo limita la sua affermazione con le parole: *iure servitutis*. Secondo Paolo non è possibile che alcuno dei condomini pretenda di fare o di proibire *a titolo di servitù*, perchè « nulli res sua servit »; e in questa ipotesi avremmo proprio due proprietari dei quali l'uno pretenderebbe e l'altro vorrebbe escludere una servitù che non sussiste.

Adunque la negazione dello « ius prohibendi » qua non è assoluta, ma relativa e riferibile al solo titolo di servitù (1).

(1) Può un condomino avere una servitù sulla cosa comune a favore di altra cosa esclusivamente propria? Qui bisogna distinguere: se si tratta di costituire una servitú in queste condizioni

Ma, soggiunge il giureconsulto, normalmente si addiviene allo « iudicium communi dividundo ». Poichè questo nella sua funzione originaria e normale terminativa della comunione è anche il mezzo per impedire i soprusi durante la comunione, così esso costituisce un freno per i condomini, anzi addirittura uno spauracchio, secondo qualche scrittore. Quindi con lo « iudic. comm. divid. » il socio può ottenere che non si costruisca o si demolisca l'opera che reputa dannosa alla cosa comune, e con ciò giunge ugualmente al risultato di dar base allo « ius prohibendi ».

Si vuol dedurre da tutto il ragionamento di Paolo che egli non accordi al socio l'*a. negatoria* nei rapporti tra condomini.

Ma, come in principio egli limita la negazione dello « ius prohibendi » al caso in cui si pretenda di farlo valere a titolo di servitú, così qua deve intendersi rifiutata non la *negatoria* in generale ma la sola *negatoria servitutis*.

La fine del frammento che esaminiamo concede la demolizione dell'opera solo quando ciò torni utile ai condomini (si modo toti societati prodest opus tolli).

Noi la sospettiamo interpolata. E anche qui abbiamo della interpolazione un indice formale ed uno sostan-

ciò non è possibile. Infatti la servitù è indivisibile e come tale grava in rapporto a tutti i condomini tra i quali è il proprietario esclusivo del fondo che dovrebbe essere dominante; ed avremmo allora una costruzione che andrebbe contro il principio: « nulli res sua servit ». Ma se il comproprietario di un fondo servente acquista in seguito la proprietà esclusiva del fondo dominante, la servitù perdura a favore di quest'ultimo senza confondersi affatto; la indivisibilità che nel primo caso impediva l'acquisto per parte, in questo caso impedisce anche la perdita per parte. La servitu non si può perdere per parti.

ziale. Indice formale è il *si modo* frequente nel linguaggio dei compilatori, e notoriamente usato in occasione di altre interpolazioni certe. Indice sostanziale è questo, che secondo il rigoroso concetto classico non importava esaminare l'utilità della nuova opera; importante era constatare se fosse stata costruita illegalmente — *non iure* —. Solo in questo caso la si poteva far togliere.

I compilatori, col concedere la rimozione quando fosse ciò utile alla comunione, hanno ancora una volta messo in pratica quel concetto di equità che, dopo aver grandemente modificato nella giurisprudenza classica, sotto forma di *exceptio doli generalis*, il rigore dell'antico diritto, si è ormai completamente trasfigurato sotto l'influsso delle idee e della morale elleno-cristiana.

§ 102.

Dig. 33. 3. 4. Iavolenus *libro nono epistularum* Si is qui duas aedes habebat unas mihi, alteras tibi legavit et medius paries, qui utrasque aedes distinguat, intervenit, eo iure eum communem nobis esse existimo, quo, si paries tantum duobus nobis communiter esset legatus, ideoque neque me neque te agere posse ius non esse alteri ita immissas (1) habere: nam quod communiter socius habet, et in iure eum habere constitit: itaque de ea re arbiter communi dividundo sumendus est.

Se colui che aveva due case ne ha legato l'una a me e l'altra a te, e vi è un muro intermedio che separa le due case, io penso che questo sia comune a noi due per la stessa ragione giuridica per cui ci sarebbe comune

(1) *Trabes* ins. VAN DE WATER.

se il solo muro fosse stato legato in comunione ad entrambi. E perciò penso che nè io nè tu possiamo agire per far dichiarare che non spetta ad uno di noi il diritto di tenere delle travi così immesse nel muro. Infatti quello che un socio ha comune pro indiviso si deve ritenere che lo abbia per diritto, e pertanto dovrà assumersi un *arbiter comm. dividundo* per risolvere la questione.

Il caso è a bastanza semplice: si tratta di due legati a due persone diverse di due case contigue separate da una parete comune. Tra i due legatari, per quanto riguarda la parete, sussiste un rapporto non diverso da quello che sorgerebbe se la parete stessa fosse stata legata ad entrambi in comune (1). Come conseguenza, nè l'uno nè l'altro può agire per far dichiarare non spettante al vicino comproprietario del muro lo « ius [trabes] ita immissas habere » (immettere travi nella parete in quel determinato modo); la facoltà di agire è esclusa in tutti e due pel fatto che l'opera di ciascuno è legittima. Bisognerà, invece, proporre l'« actio comm. dividundo ». Dunque la negatoria non vien data.

§ 103.

Ora, come spiegare l'antitesi tra questo frammento e la l. D. 8. 5. 11 cit.? Perchè nell'uno si nega, nell'altra si concede la *negatoria?*

Non staremo a riferire le lunghe dispute dei commentatori, e i tentativi vani di conciliazione. Un' opi-

(1) Lasciamo da banda la questione, cui già accennammo, se trattisi di « communio pro diviso » o « pro indiviso », di divisione materiale, cioè, o di divisione ideale della parete. Le fonti parlano di communio nel secondo senso, e anche questo frammento ne è una conferma.

nione molto diffusa ritiene che in queste due leggi ultime esaminate la ragione del rifiuto della negatoria stia nell' aver voluto interpretare il *facere* del fr. 28 cit. con molta larghezza, donde una grave attenuazione dello *ius prohibendi*, tanto grave che ne incepperebbe l' uso.

Abbiamo già osservato come tra i fr. Dig. 8. 5. 11 di Marcello, e 8, 2, 26 di Paolo realmente non sussista contraddizione alcuna.

Innegabile è l' antitesi tra il primo e il fr. 33, 3, 4 di Giavoleno testè spiegato. Ma noi riteniamo che in questo l' ultima parte sia interpolata. Indice formale probabile ne è il termine *sumendus* non classico in questa applicazione. Indice sostanziale è l'antitesi recisa tra il principio fissato da Sabino nel più volte cit. fr. 28 e quanto è qui affermato. Antitesi così netta che non può spiegarsi se non pensando che i compilatori abbiano tolto di mezzo la *negatoria* e vi abbiano sostituito l'*a. comm. dividundo* e per ciò fare si siano inspirati ad un criterio molto largo di equità.

Per diritto classico l' azione negatoria doveva competere anche nel caso del fr. D. 33. 3, 4; e la probabile interpolazione di questo ci pare risponda alla tendenza giustinianea di attutire le asprezze, di togliere il carattere severamente logico al principio sul *facere* fissato da Sabino nel fr. 28.

§ 104.

Abbiamo già accennato al concetto del possesso, ed abbiamo detto che questo non è se non la manifestazione pratica della proprietà: è in fatto ciò che la proprietà è in diritto. A questo concetto risponde esattamente la formula « omnia uti dominum gessisse » che

si trova in qualche costituzione imperiale, e che pone bene in rilievo questo lato pratico.

Data questa premessa, è naturale che al diritto di condominio risponda in fatto un compossesso, che quindi, fra i diritti che competono ai condomini sia compreso anche quello di avere il possesso. Ma è altrettanto naturale che un possesso spettante a più persone non possa atteggiarsi come il possesso dell'unico proprietario. E perciò, come ogni altra facoltà spettante ai condomini, così anche il possesso trova un limite nella possibilità della sua esplicazione pratica per parte di tutti i condomini.

Riguardo al possesso, come già abbiamo visto riguardo all' uso ed al godimento, la disciplina dei singoli atti dei partecipanti è regolata con l' « actio communi dividundo ». Anche qui essa interviene quando si tratti di cosa la quale non può essere contemporaneamente posseduta da tutti i partecipanti.

§ 105.

Dig. 41. 2. 26. Pomponius *libro vicensimo sexto ad Quintum Mucium* Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: « quidquid mei iuris in eo fundo est »: nam qui ignorat nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest.

Si può possedere e si può usucapire in forza di *longa possessio* un luogo certo che fa parte di un fondo, ed una parte certa *pro indiviso*, che si origina o da compra o da donazione o da qualunque altra causa. Ma una parte incerta non si può tradere nè usucapire, come

quando io ti faccia tradizione in questi termini: « qualunque diritto mi possa spettare in quel fondo », perchè chi ignora, non può tradere nè ricevere ciò che è incerto.

Il giurista distingue il possesso della « pars certa pro diviso » da quello della « pars certa pro indiviso ». E dichiara esplicitamente che, tanto per l'una quanto per l'altra, vi può essere non il solo possesso che è tutelato dagli interdetti ma anche quello che conduce alla usucapione.

Vedremo, del resto, un passo in cui si dice che non è dato possesso *in solidum*.

Il condomino ha dunque la tutela possessoria contro qualunque terzo non socio.

§ 106.

Ma questa tutela possessoria potrà esplicarsi anche tra i condomini? Potrà, ad esempio, il condomino, molestato dal socio nel suo possesso, agire con « l'interdictum uti possidetis » per la manutenzione in possesso? Potrà il condomino scacciato, o di cui la porzione è stata clandestinamente occupata dall' altro socio, invocare contro questi l'« interdictum unde vi »?

Trattasi di una questione vivamente discussa; ma a noi pare che in base a' criteri generali di logica non debba porsi in dubbio che qualunque proprietario, quindi anche il comproprietario, da chiunque molestato, sia pure da un socio, nell'esercizio del possesso, abbia diritto a veder tutelata la propria posizione di fronte alla cosa che egli vuol godere e sfruttare.

D' altra parte, quanto affermiamo in base alla logica astratta trova conferma nelle fonti positive:

Dig. 10. 3. 12. Ulpianus *libro septuagensimo primo ad*

edictum Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo iudicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.

Se si abbiano in comune una casa od una parete e siano necessari restauri o demolizioni o l'immissione di qualche cosa nella parete, dovrà agirsi con lo « iudicium communi dividundo » o possiamo sperimentare l'« interdictum uti possidetis »

Ulpiano prevede il caso in cui la cosa comune (casa o parete) abbia assoluto bisogno (*opus sit*) di un' opera che la preservi dalla distruzione; trattasi perciò di un *facere* che mira alla conservazione della casa, ed entro questa cerchia, come già vedemmo, ogni condomino ha piena libertà di movimento indipendentemente dagli altri. Se, quindi, nell' esplicazione di questa sua libera facoltà egli viene turbato da alcuno fra i condomini, può agire contro questi con l' « interdictum uti possidetis » per ottenere la tutela del suo pacifico esercizio del possesso, oppure con l' « a. communi dividundo » che serve anche a regolare i rapporti tra i condomini.

Più chiara conferma della possibilità di ricorso alla tutela possessoria anche fra i condomini non potremmo desiderare. Tuttavia non dobbiamo tacere che questo framm. è variamente inteso dai diversi autori che negano quella possibilità. Sorvoliamo sulle opinioni in proposito chè ci farebbero discostare troppo dal nostro tema.

§ 107.

Ci resta ancora a risolvere un' ultima questione pratica la quale spiana la via alla costruzione del condominio. Trattasi dello *ius adcrescendi*. Noi ne abbiamo

già fatto cenno; e poichè non ci importava allora di approfondire troppo le indagini su questo punto, abbiamo detto in linea generale che lo *ius adcrescendi* si opera a vantaggio delle quote di condominio rimanenti ogni volta che alcuna di esse viene a rendersi vacante; onde va ai condomini, in proporzione delle rispettive quote, la parte che uno dei partecipanti perde o lascia senza successori.

Questa è l'opinione comune ed ha molti fautori, in Germania e tra noi, specialmente fra i sostenitori della teoria che nella comproprietà si abbiano altrettante proprietà delle quali ciascuna può in tesi astratta esplicarsi per intero sulla cosa mentre in pratica la materiale coesistenza di più persone porta per necessità alla divisione (concursu partes fiunt). Secondo questi autori lo *ius adcrescendi* è logicamente inscindibile da questa integrità astratta della proprietà in quanto appunto prova il fatto (e a sua volta ne deriva) che, non appena un partecipante cessa di partecipare alla comunione, il diritto degli altri si estende *naturalmente* oltre i limiti ai quali il concorso lo costringeva.

Noi diciamo subito che il principio del diritto di accrescimento nella comproprietà, quale dai più e da noi stessi venne formulato, va inteso, come suol dirsi « cum grano salis ». Ma per provare questa asserzione occorre procedere, anzi tutto, ad una diligente analisi delle fonti.

§ 108.

Ulpianus, *liber singularis regularum* I. 18.

Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrescit socio, maxime si eo modo manumiserit, quo, si proprium haberet, civem

Romanum facturus esset, nam si inter amicos eum manumiserit, plerisque placet eum nihil egisse.

Uno dei proprietari col manomettere il servo comune perde la sua quota di comproprietà, e questa si accresce al socio, sopra tutto se lo abbia manomesso in un modo col quale, se ne fosse stato unico proprietario, lo avrebbe reso cittadino romano. Poichè i più pensano che se lo abbia manomesso *inter amicos* egli abbia agito inutilmente.

Qui il principio dello « ius adcrescendi » è affermato recisamente. Lo schiavo manomesso da uno solo fra i comproprietari non può conseguire la libertà per parte, mentre, d'altro canto, è certo che il condomino manumittente ha rinunziato con ciò alla sua quota di proprietà sullo schiavo. Donde perdita per lui, e acquisto agli altri condomini non manumittenti.

Inoltre perchè possa aversi perdita completa della proprietà da parte del comproprietario occorre uno di quei modi civili solenni di manumissione che fanno conseguire allo schiavo la libertà completa, la piena cittadinanza romana. Chè se si tratti di uno dei modi che non creano cittadino romano, come la « manumissio inter amicos », il comproprietario non perde la sua quota e quindi non ha luogo l'accrescimento ai condomini rimanenti: la sua manumissione non produce effetto di sorta.

§ 109.

Paulus, *Sententiae* IV, 12. 1. Servum communem unus ex dominis manumittendo Latinum facere non potest nec magis quam civem Romanum: cuius portio eo casu, quo, si proprius esset, ad civitatem Romanam perveniret, socio adcrescit.

Uno fra i condomini non può fare Latino il servo co-

mune col manometterlo, e a maggior ragione non può nè anche farlo cittadino romano: la sua porzione, nel caso in cui (se fosse stato esclusivamente suo) lo schiavo avrebbe ottenuto la cittadinanza romana, si accresce al socio.

Anche Paolo, come Ulpiano, afferma il diritto di accrescimento dei condomini per la quota del socio manumittente, e lo limita al caso di manumissione solenne, formale.

§ 110.

Inst. II. 7. 4. Erat olim et alius modus civilis adquisitionis per ius adcrescendi, quod est tale: si communem servum habens aliquis cum Titio solus libertatem ei imposuit vel vindicta vel testamento, eo casu pars eius amittebatur et socio adcrescebat. sed cum pessimo fuerat exemplo et libertate servum defraudari et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem lucrum adcrescere: hoc quasi invidiae plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus et invenimus viam, per quam et manumissor et socius eius et qui libertatem accepit nostro fruantur beneficio, libertate cum effectu procedente (cuius favore et antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisse manifestissimum est) et eo qui eam imposuit suae liberalitatis stabilitate gaudente et socio indemni conservato pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.

V'era anticamente anche un altro modo civile di acquisto, quello in forza dello *ius adcrescendi*, che consiste in questo: se alcuno avendo un servo comune con Tizio gli aveva dato, da solo, la libertà o per *vindicta* o per testamento, in tal caso la sua quota andava perduta e

si accresceva al socio. Ma, poichè era stato di pessimo esempio che si defraudasse il servo della libertà e in nome di questa si arrecasse danno ai padroni più umani, e si accrescesse il lucro di quelli più rigidi, noi reputammo necessario rimediare con una nostra costituzione e con un mezzo pio a questo punto quasi riboccante di oltraggio ed abbiamo trovato la via per la quale il manumittente, il suo socio, e quegli che ha ricevuto la libertà profittino della nostra buona disposizione, poichè avrà piena efficacia la libertà (in favore della quale è notissimo che anche gli antichi legislatori hanno preso molte disposizioni contrarie, fin anco, alle norme comuni) e quegli che l'ha concessa godrà durevolmente della propria liberalità, ed il socio sarà tenuto indenne mediante il conseguimento del prezzo del servo quale da noi fu fissato in proporzione della sua quota di dominio.

La maniera in cui si esprimono le Istituzioni giustinianee è veramente caratteristica. Esse annoverano il diritto di accrescimento fra i modi di acquisto civili, ma come un modo di acquisto tutto particolare di cui non ci danno altra applicazione che questa della manumissione dello schiavo comune. Pare dunque che si tratti non di uno « ius adcrescendi » di carattere generale, riferentesi al *condominium* come tale, ma piuttosto di una conseguenza del carattere speciale della *potestas* del domino sullo schiavo.

Giustiniano lo abolisce con frasi risuonanti e con periodi pletorici (si noti l' uso eccessivo degli ablativi assoluti, — una caratteristica della lingua dei compilatori, e spesso un indice sicuro per la scoperta delle interpolazioni —). Egli si inspira ad una equità molto più umana che non fosse quella di cui parlavano un tempo i pretori ed i giuristi, e concede che lo schiavo il quale paghi al condomino non manumittente il prezzo rispon-

dente alla sua quota di dominio, resti definitivamente libero.

§ 111.

I tre frammenti esaminati, se dovessero da soli esser tenuti presenti, porterebbero a concludere per l' esistenza dello *ius adcrescendi.* Ma ve ne sono altri che lasciano luogo a gravi dubbi. Esaminiamoli.

Dig. 40. 12. 7. 3. Ulpianus *libro quinquagensimo quarto ad edictum.*

Si duo simul emerint partes, alter sciens, alter ignorans, videndum erit, numquid is qui scit non debeat nocere ignoranti: quod quidem magis est. sed enim illa erit quaestio, partem solam habebit is qui ignoravit an totum? et quid dicemus de alia parte? an ad eum qui scit pertineat? sed ille indignus est quid habere, quia sciens emerit. rursum qui ignoravit, non potest maiorem partem dominii habere quam emit: evenit igitur, ut ei prosit qui eum comparavit sciens, quod alius ignoravit.

Si tratta di un istituto notissimo nelle istituzioni e nella storia del diritto romano. Avveniva, pare, con una inquietante frequenza, che uomini liberi si facessero vendere da chi figurava come padrone, per dividere con lui il prezzo ottenuto e poi, mediante processo di libertà, farsi dichiarare liberi e lasciare in asso chi li aveva acquistati. Fu necessario colpire questi fraudolenti, e per risparmiare la troppo grave pena ai giovinetti ancora incauti, si stabilì che quegli che, avendo superato i venti anni, si fosse lasciato vendere « ad pretium participandum » rimanesse, senz' altro, schiavo. Occorreva però sempre che l' acquirente fosse in buona fede, altrimenti di lui non si sarebbe potuto dire che restava ingannato ma che voleva ingannare (« non decipitur sed decipere vult »).

Ulpiano, nel framm. che esaminiamo, pone questo caso: due persone acquistano contemporaneamente per parti l' uomo; ma l' una sa che è libero e l' altra lo ignora. Occorre vedere, dice Ulpiano, se colui che sa debba non nuocere a colui che ignora: e questo deve ammettersi. Ma sorge la questione: quegli che ignorava avrà una sola parte dell' uomo o l' avrà tutto? e che cosa diremo dell' altra parte? apparterrà a colui che sa? ma questi è indegno di averne in qualunque proporzione perchè ha acquistato sapendo! E d' altra parte quegli che ha ignorato, non può avere una parte di proprietà maggiore di quella che ha comprato: ne consegue dunque che se ne avvantaggia chi ha comprato sapendo, poichè l'altro ha ignorato.

In conclusione, anche chi ha comprato in mala fede è, in questo caso, ammesso a godere dello schiavo insieme al condomino di buona fede.

Ora, non è chi non veda che, se lo « ius adcrescendi » realmente fosse esistito con quei caratteri generali che gli si sogliono attribuire, qui si sarebbe dovuto negare ogni partecipazione dell' acquirente di mala fede ed attribuire l' intera proprietà dello schiavo all' acquirente di buona fede. Invece si afferma che questi non può avere una parte maggiore di quella che ha acquistato, ossia non si ammette che la quota di dominio possa sparire nell'uno per accrescersi all'altro. E questo principio può essere esatto solo quando non sia vero l' altro dello *ius adcrescendi.*

§ 112.

Dig. 41. 7. 3. Modestinus *libro sexto differentiarum.*

An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit,

eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Si suol discutere se possa abbandonarsi una quota parte. E per vero se il socio abbia abbandonato la sua quota sulla cosa comune, essa cessa di esser sua a modo che ciò che avviene per il tutto avviene anche per la parte; però l' unico proprietario di tutta la cosa non può conservarne una quota e abbandonarne un'altra.

Dunque, come il proprietario esclusivo di una cosa perde il diritto di proprietà con l'abbandonarla, così il condomino perde con l'abbandono la propria quota. Questo per quanto riguarda il lato positivo dell' abbandono. Ma si acquisterà tale quota all' altro od agli altri condomini? Modestino non risolve la questione; esamina invece un altro caso, quello in cui il proprietario esclusivo del fondo ne abbandoni una parte, la metà ad esempio, e ritenga l' altra. Ciò non può accadere: o si abbandona tutto o non si perde nulla. Questa impossibilità deriverebbe appunto, secondo i sostenitori dello *ius adcrescendi*, dalla esistenza di questo diritto, il quale fa si che, non appena abbandonata la parte, il dominio che persiste sull' altra si estende nuovamente su quella, onde immediatamente si torna ad essere proprietario del tutto.

Come si vede, solo della seconda parte del framm. si avvalgono i fautori dello *ius adcrescendi*, della prima no perchè lascia impregiudicata la questione dell'accrescimento agli altri condomini; chè anzi dalla recisa dichiarazione « ut hoc sit in parte, quod in toto » dovrebbe dedursi logicamente che la perdita avviene definitivamente senza alcuna conseguenza ulteriore.

§ 113.

Dig. 7. 2. 1 pr. Ulpianus *libro septimo decimo ad Sabinum.*

Quotiens usus fructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit usus fructus relictus: ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat.

§ 3. Interdum tamen etsi non sint coniuncti, tamen usus fructus legatus alteri adcrescit: ut puta si mihi fundi usus fructus separatim totius et tibi similiter fuerit relictus. nam, ut et Celsus libro octavo decimo digestorum et Iulianus libro tricensimo quinto scribit, concursu partes habemus.

Sempre che viene legato l' usufrutto, si ha lo *ius adcrescendi* fra gli usufruttuari se l'usufrutto è stato lasciato congiuntamente, chè se invece sia stato lasciato separatamente a ciascuno l' usufrutto di una parte della cosa, non ha luogo, senza dubbio, lo *ius adcrescendi.*

Talvolta, però, sebbene non siano congiunti, l' usufrutto legato si accresce all' altro, come, ad es., quando sia stato lasciato a me separatamente, e parimenti a te, l' usufrutto di tutto il fondo. Giacchè, come scrive Celso nel libro decimo ottavo dei Digesti e Giuliano nel libro trentesimo quinto, per il concorso hanno luogo le parti.

Spieghiamo, anzi tutto, questo punto. L'usufrutto, solo fra le servitù (e diciamo servitù secondo il concetto giustinianeo, perchè — come già vedemmo — nel concetto classico l' usufrutto non è vera servitù), è perfettamente divisibile. Quindi l' usufrutto di un fondo può esser legato a più persone; e ciò può aver luogo in più modi. O si stabiliscono dal testatore le parti materialmente determinate sulle quali si eserciterà l' usufrutto dei di-

versi titolari; e in tale ipotesi si hanno due usufrutti distinti e indipendenti sui quali non può sorgere questione. O il testatore stabilisce in linea astratta le quote di usufrutto (metà per ciascuno, ad esempio, se sono due gli usufruttuari), ed anche in questo caso si hanno due usufrutti per sè stanti, così che se l'uno perde la propria quota di usufrutto, l'altro non la acquista, ma essa va ad accrescersi al proprietario. O, finalmente, il testatore attribuisce l' usufrutto in comune senza dazione di parti: dice, ad esempio « Titius e Sempronius abbiano l' usufrutto del fondo A » oppure anche: « Titius abbia l' usufrutto del fondo A, Sempronius abbia l' usufrutto dello stesso fondo A ». Qui è proprio il caso di applicare la massima « concursu partes fiunt »; quindi, se uno degli usufruttuari viene a mancare, il suo usufrutto si accresce all' altro, e si accresce anche dopo costituito l' usufrutto sebbene normalmente il diritto di accrescere si acquisti prima, come avviene per la proprietà. Questo dice il giureconsulto nella esposizione che segue:

Quod et in proprietate contingeret: nam altero repudiante alter totum fundum haberet. sed in usu fructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilo minus ius adcrescendi admittit:

Ciò si avrebbe anche nella proprietà perchè, ripudiando l' uno, l' altro avrebbe tutta la proprietà del fondo. Ma per l'usufrutto vi ha di più, perchè si ammette lo *ius adcrescendi* anche se sia stato costituito e poi perduto.

E si capisce che, tanto per la proprietà quanto per il legato di usufrutto, se uno venga a mancare prima dell' acquisto o ripudi, poichè non vi è più concorso, l' altro venga ad essere proprietario od usufruttuario del tutto. L' antitesi tra proprietà ed usufrutto, in rapporto al diritto di accrescimento, sorge dopo l' acquisto. Per la proprietà, dopo l'acquisto, non ha più luogo il diritto

di accrescimento; mentre per l' usufrutto. anche dopo la sua costituzione, la parte di colui che viene a mancare si accresce agli altri.

§ 114.

Ci sarà più facile, oramai, dopo il largo esame delle fonti sullo *ius adcrescendi*, stabilire qual sia il vero concetto giuridico che i Romani hanno avuto della particolare figura del condominio.

È certo, intanto, che nel condominio si ha l' attribuzione a più persone della proprietà di una stessa cosa. Posto ciò, si domanda: che cosa apparterrà a ciascuna persona? v' è tra i condomini qualcosa di diviso e qualcosa di indiviso? dato il principio generale enunciato da Celso, che la proprietà non può appartenere in solido a più individui, e di fronte all' altra affermazione non meno recisa che più persone possono essere proprietarie *pro indiviso*, che cosa si deve pensare della natura del diritto spettante al singolo condomino?

La questione non è di facile soluzione; tanto è vero ciò che le opinioni degli scrittori si sono moltiplicate in questo forse come in nessun altro campo della scienza giuridica. Ricordiamole brevemente.

Ritengono alcuni che nella comproprietà nulla di diviso si abbia, all' infuori del risultato pratico, della utilità della cosa, sia sotto la forma dell' uso, sia sotto la forma del godimento. Il diritto di proprietà sarebbe indiviso, ciascun condomino avrebbe tutto il diritto di proprietà: solo che nella pratica la collisione di questi vari diritti farebbe sì che ciascuno debba ridursi ad una quota del godimento della cosa e non si abbiano, quindi, quote perfettamente identiche di godimento (« concursu partes fiunt »).

Altri dicono: non è essa, la cosa, materialmente divisa, ma si considera divisa ogni sua parte, sia pur piccolissima, ogni suo singolo atomo. Si ha così sempre una divisione della cosa, poichè la finzione di diritto, investendola tutta, porta a considerarla come divisa intellettualmente, se non materialmente (« iure magis quam corpore »).

Ma si obbietta da altri: la cosa è detta dalle fonti appartenente ai condomini *pro indiviso*. Quindi essa non è divisa; dovrà invece riferirsi la divisione a ciò che è sostanziale per il diritto oggettivo, ossia al diritto di proprietà in se stesso. Avremmo dunque una divisione ideale del diritto, da non confondersi — s' intende — con una divisione delle facoltà comprese nel diritto di proprietà.

Altri si spingono anche più avanti, e sostengono l'appartenenza del diritto di proprietà non a ciascuno dei condomini preso isolatamente, ma a tutti nel loro insieme. Non già che si abbia un ente a sè, una persona giuridica titolare del diritto di proprietà; si avrà piuttosto una proprietà appartenente a tutti nel loro complesso, alla collettività.

Occorre ancora ricordare che alcuni rilevano quasi a contrasto del condominio romano (mentre, forse, secondo noi può servire a spiegarne le origini) quella figura di *condominium* che i pratici chiamavano *iuris germanici*, nel quale ogni comproprietario deve essere considerato come proprietario *in solidum*; ossia ciascuno è proprietario per il tutto, ed è solo il risultato utile, il godimento, che viene diviso.

§ 115.

Abbiamo esaminato quello che è il capitale argomento dei sostenitori della indivisione (dal punto di vista del

diritto) della proprietà; l' argomento, cioè, dello *ius adcrescendi*. Secondo costoro, questo diritto dei condomini di impadronirsi della porzione che si rende vacante per lo scomparire di uno dei soci, o perchè questi vi abbia rinunciato o l' abbia lasciata senza successore, starebbe a provare che ciascun partecipante ha l' intero diritto e che quindi questo riprende la sua estensione al cessare del limite.

Ma l' esame diretto delle fonti ci ha persuaso, in vece, che debba negarsi questo diritto di accrescimento. In fatti, se queste lo ammettono pel caso della manumissione dello schiavo da parte di uno fra i condomini, lo negano però recisamente pel caso di colui che si sia lasciato vendere « ad pretium participandum » a due persone delle quali l' una era in buona e l' altra in mala fede.

Ora, la contraddizione non può spiegarsi altrimenti se non in base al riflesso che nel primo caso non si ha un vero diritto di accrescimento, ma una particolare necessità di cose (l' impossibilità di privare della sua parte di dominio il domino che non vi ha rinunziato) la quale spinge alla singolarità della soluzione. E diritto singolare si ha qui, mentre può affermarsi che diritto comune sia quello che trova esplicazione nel secondo caso, in cui se non si fa cenno di diritto di accrescimento gli è appunto perchè questo non esiste.

§ 116.

Ma vediamo se le fonti offrano qualche altra base più sicura alla costruzione giuridica del condominio.

Dig. 13. 6. 5. 15. Ulpianus *libro vicensimo octavo ad edictum*.

Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum si-

mul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

Celso, il figlio, ha scritto nel libro sesto dei digesti che, se un veicolo sia stato commodato o locato contemporaneamente a due persone, si può far questione se ciascuna di esse sia tenuta in solido o per la propria parte. Ed egli dice che non può sussistere dominio o possesso di due persone in solido, e che nessuna è proprietaria di una parte dell' oggetto materiale, ma ciascuna ha la proprietà per parti di tutto l'oggetto considerato *pro indiviso*.

La questione principale posta da Celso è questa: più persone hanno avuto in commodato od in locazione una stessa cosa.

Quale sarà la responsabilità dei più commodatari o locatari? È noto che, in linea generale, due sono gli obblighi derivanti dal contratto, così per il commodatario come per il locatario: godere della cosa da buon padre di famiglia, restituirla come si trova al momento in cui finiscono il commodato o la locazione. Ora, Celso decide appunto (nella continuazione del framm. per brevità non riportata) che, per quanto si riferisce al godimento, ciascuno risponde del proprio, mentre si è tenuti in solido per la restituzione.

A noi interessa il ragionamento dal quale il giureconsulto prende le mosse.

Egli esclude l' esistenza di un dominio appartenente per intero a ciascun condomino; quindi ripudia quel concetto che abbiamo visto vero per il condominio *iuris germanici*. Ed esclude anche che, pel condominio, possano aversi tante parti della cosa individualmente determinate su cui ciascuno abbia un diritto di proprietà indipendente; quindi ripudia anche il concetto di una proprietà *pro diviso*. Celso ammette, in vece, che ciascuno, di tutto il corpo considerato *pro indiviso*, abbia il dominio *pro parte*; non si ha divisione della cosa nè proprietà appartenente per il tutto a ciascuno, ma solo divisione del diritto di dominio su la cosa (« pro parte dominium habere »). Ma dunque Celso accetta l'idea della divisione del diritto di dominio, dal punto di vista giuridico? Pare che sì; e l' opinione di Celso è confermata da quei luoghi delle fonti in cui si parla di una *portio dominii* o *portio dominica* e si riferisce all' uso ed al godimento questa divisione ideale.

§ 117.

Dig. 45. 3. 5. Ulpianus, *libro quadragensimo octavo ad Sabinum*.

Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione adquirit, omnibus adquirit pro parte, qua dominium in eo habent. licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirat. sed si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei adquirat, cuius iussu stipulatus est.

Lo schiavo comune è di tutti (i proprietari), ma non come appartenente per intero a ciascuno, sì bene semplicemente per parti indivise, per modo che i proprietari ne hanno parti piuttosto dal punto di vista intellettuale che da quello fisico. E perciò se lo schiavo comune stipula od acquista alcuna cosa in base a qualunque

causa, acquista a tutti per quella parte per la quale hanno il dominio su di lui. Gli è però lecito stipulare o ricevere la tradizione della cosa nominatamente a pro' di alcuno fra i proprietari, a modo che lo acquisto si faccia solo a questi. Chè se non abbia nominatamente stipulato per quel padrone ma sempre per ordine di quello solo fra i padroni, noi seguiamo la stessa norma di diritto, che, cioè, egli acquisti per quegli soltanto, per ordine del quale ha stipulato.

Ulpiano è, anzi tutto, della stessa opinione di Celso, che non si abbia un dominio in solido sulla cosa comune. Egli ritiene che i condomini siano proprietari per parti indivise più ideali che materiali.

Ma queste parti indivise debbono intendersi della cosa o del diritto? I più ritengono che, poichè si parla di una divisione ideale e non reale, ciò che si nega è la divisione della cosa, non del diritto, che quindi sostanzialmente Ulpiano opini come Celso che il diritto è diviso tra i comproprietari.

Secondo noi, Ulpiano accenna ad un concetto diverso da quello di Celso; egli nega, sì, che la cosa sia divisa, ma limita la sua negazione alla divisione fisica, materiale. Ed afferma in vece che solo idealmente la cosa stessa può ritenersi divisa. Quindi alla cosa non al diritto, come in Celso, vanno riferite le *partes indivisae* di Ulpiano. E in questo avviso ci conferma il modo di esprimersi di Ulpiano: «*servus* communis.... pro partibus indivisis» egli dice, accennando evidentemente allo schiavo, non al diritto; e soggiunge «ŭt intellectu magis partes habeant quam corpore» appunto per dar rilievo all' antitesi tra comunione *pro indiviso* del corpo, come egli vuole la si intenda, e comunione *pro diviso* che egli, come Celso, ripudia.

Ulpiano, adunque, segue criteri diversi da quelli di

Celso: pensa alla divisione ideale della cosa e non del diritto.

Su questa base il giureconsulto afferma che lo schiavo comune acquista a ciascun comproprietario in proporzione della parte per la quale questi ha il dominio («pro parte qua dominium in eo habent»). Parrebbe che *parte* dovesse riferirsi al dominio; avremmo dunque un ritorno all' opinione di Celso? Evidentemente no; il *qua* non può intendersi altrimenti che riferendolo a quella *pars indivisa*, ossia alla porzione intellettuale della cosa, secondo il nostro modo di vedere, non del diritto.

Se dunque lo schiavo acquista alcuna cosa per stipulazione o per altra causa, l'acquisto viene diviso, in proporzione delle quote, fra tutti i condomini. In linea di principio, ciò avviene sempre che lo schiavo non indichi i nomi di coloro pei quali acquista, o li indichi tutti. Ma lo schiavo può stipulare o compiere una compravendita nominatamente a favore del solo domino Primus, ed allora la *nominatio servi* toglie l' acquisto agli altri condomini e lo attribuisce al solo Primus.

Altro titolo di eccezione all'acquisto da parte di tutti i condomini si ha quando lo schiavo abbia ricevuto ordine di acquisto per uno: Primus, pongasi, dà lo *iussus* allo schiavo Stichus di stipulare 100 in suo favore. In questo caso i 100 si acquistano al solo Primus, non agli altri condomini, anche se lo schiavo taccia la *nominatio* di Primus. E se lo schiavo non esegua l' ordine, ma nomini tutti i condomini, essi acquisteranno, ma Primus potrà rivolgersi contro di loro con l'*actio comm. divid.* per ottenere che depongano le loro parti rispettive in suo favore.

Altro titolo di eccezione è, in fine, quello per cui la *stipulatio* abbia avuto luogo «ex re unius domini». Ad esempio, Primus che ha venduto cosa propria e deve ri-

ceverne il prezzo di 100, ordina a Stichus di stipulare quei cento. Se Stichus nomina o anche non nomina Primus, l'acquisto si fa sempre a Primus; chè se in vece Stichus nomina altri condomini, Primus potrà farsi attribuire le loro quote di acquisto con l'*a. comm. dividundo.*

§ 118.

Sul fr. Dig. 45. 3. 5 di Ulpiano, che abbiamo esaminato, si fondano alcuni autori per sostenere che nel condominio si abbia una proprietà in solido a favore di ciascun partecipante. Se lo schiavo, essi dicono, può stipulare, acquistare, per ciascuno dei condomini individualmente, e si ha acquisto totale a favore dell'unico condomino, ciò vuol dire che questi ha un diritto totale, unico sullo schiavo comune, che lo schiavo appartiene per intero ai singoli condomini.

Ma si dimentica che qui l'acquisto ad uno solo fra i proprietari non avviene tanto in base al diritto di dominio quanto in base alla podestà del padrone sullo schiavo e sopra tutto alla volontà dello schiavo stesso. Tanto è vero ciò che se lo schiavo agisce in modo non rispondente all'ordine ricevuto dal padrone, poichè la volontà dello schiavo per sè non può essere influenzata dalla podestà di quegli, l'acquisto si compie senz'altro a favore dei nominati.

Si ponga il caso di una eredità lasciata a schiavo appartenente ad unico proprietario. Lo schiavo non è capace, quindi l'eredità si acquista al domino che ha dato lo *iussus*. E, se allo schiavo venga lasciato l'usufrutto, in base al principio generale che nella eredità e nei legati la persona dello schiavo è decisiva (salvo che per la *testamenti factio* ossia per la capacità) l'usufrutto deve commisurarsi alla persona dello schiavo e cessa solo nel momento della sua morte, non in quello della morte del padrone. Lo schiavo può acquistare pel proprietario e con lo *iussus* del proprietario l'eredità o l'usufrutto, ma non può questi costringerlo, nè ha mezzo giuridico per imporgli la propria volontà di accettare.

Così nel condominio: la base dell'acquisito è anche qui nella volontà dello schiavo. Egli è uno strumento di acquisto munito di volontà, e perciò non possiamo trarne conseguenze per giustificare questa piuttosto che quella teoria sul condominio.

§ 119.

Altro argomento in favore di una proprietà in solido dei soci si vorrebbe trovare nella teoria della responsabilità dei condomini riguardo alla cosa comune.

Qui il principio generale è, che tanto i vantaggi quanto i pesi e gli obblighi riferentisi alla cosa, vengono divisi fra i soci in proporzione alle quote rispettive. Se un obbligo deriva dalla comproprietà, quest'obbligo reale va ripartito fra i soci; la responsabilità è dunque divisa. L'opinione che combattiamo ritiene, in vece, che alcuni passi affermino la responsabilità solidale.

Esaminiamo ancora le fonti:

Dig. 9. 4. 8. Ulpianus *libro trigensimo septimo ad edictum.* Si servus communis furtum fecerit, quivis ex dominis in solidum noxali iudicio tenetur: eoque iure utimur. sed non alias poterit is qui conventus est evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum, nec ferendus est, si partem dedere fuerit paratus. plane si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in

solidum fuerit condemnatus, communi dividundo vel familiae erciscundae iudicio adversus eos experietur. ante noxale sane iudicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere iudicium: quamquam quis possit dicere evenire, ut, dum pars eive data (1) amittat actionem: dominus enim pro parte factus non potest cum socio noxali experiri. fortassis nec communi dividundo agere possit eius maleficii nomine, quod ante communionem admissum est: quod si non potest, evidenti iniuria adficietur. sed melius est dicere, competere ei communi dividundo iudicium.

Se lo schiavo comune abbia commesso un furto, chiunque dei proprietari sarà tenuto in solido col giudizio nossale: così portano le nostre norme giuridiche. Nè quegli che è convenuto potrà altrimenti sfuggire alla *aestimatio litis* se non dando a nossa tutto lo schiavo, e non gli si dovrà dare ascolto (2) se sarà pronto a darlo per una parte. Chè se poi egli verrà condannato in solido, pel fatto che i socii non erano disposti alla dazione, potrà agire contro di loro con l'*a. comm. divid.* o con quella *familiae ercisc.*

Ma certamente, prima di aver accettato lo *iudicium noxale*, potrà conseguire la propria sicurezza (ossia liberarsi) cedendo la propria parte, perchè non lo si costringa a ricevere lo *iudicium:* se bene alcuno possa dire, che per il fatto che gli si cede la parte venga meno l'azione: in fatti una volta divenuto proprietario *pro parte*

(1) ei cedatur.

(2) *Nec est ferendus* dice il testo; e poichè questa espressione è frequente nell'uso bizantino, potrebbe qui sospettarsi una interpolazione. Ma, anche a volerla ammettere, si tratterrebbe sempre di una interpolazione di forma, non di sostanza, perchè l' affermazione del testo risponde esattamente al concetto classico.

non può intentare l'azione nossale contro il socio. E forse non potrebbe nè pure agire con l'*a. comm. div.* per il delitto verificatosi prima della comunione. Ma se non può far questo egli subisce un torto evidente, quindi convien meglio dire che gli spetta l'*actio comm. divid.*

Spieghiamo anzi tutto i principi giuridici sui quali si fonda questo passo di Ulpiano.

Nel diritto antico, il proprietario dello schiavo ed il *pater familias* rispondono rispettivamente dei delitti dello schiavo e del figlio. Ma non si tratta qua di una responsabilità personale, tale che illimitatamente ed inseparabilmente aderisca alla persona del proprietario o del padre. Chè invece costoro, ove non vogliano sobbarcarsi il risarcimento del danno od il pagamento della pena, possono liberarsi ugualmente dalla responsabilità consegnando lo schiavo od il figlio al danneggiato (*noxae deditio*).

E questa consegna consiste, senza dubbio, nel trasferimento della proprietà dello schiavo al danneggiato; mentre è incerto se pel figlio non si trattasse di una specie di locazione (« in causa mancipii ») fattane dal padre al danneggiato fino a che questi non si fosse sodisfatto con il lavoro del colpevole. Per lo schiavo, la obbligazione del proprietario è certamente *servi nomine*; mentre pel figlio, se l'opinione accennata è vera, avremmo un' obbligazione personale del padre, non *filii nomine.*

Ora, il comproprietario convenuto in giudizio con la *actio furti noxalis* non può liberarsi dalla resposabilità di fronte al danneggiato consegnando la propria parte: egli deve dare a *noxa* tutto lo schiavo. Ma, si noti, ciò avviene quando il comproprietario ha già accettato lo *iudicium noxale*, perchè anche qui si ha un giudizio arbitrario in base al quale o il comproprietario

obbedisce e consegna lo schiavo, o, in caso di rifiuto, si procede alla *condemnatio* pecuniaria la quale ammonta a quanto l'attore giurerà essere il massimo interesse proprio (« ius iurandum in litem »).

Ma, perchè il comproprietario possa consegnare tutto lo schiavo, è necessario l'accordo dei condomini. Se questi consentono tutto è finito, e naturalmente non si procede alla *litis aestimatio;* ove questi rifiutino, poichè su loro ricade la colpa di una condanna pecuniaria tutta a carico del comproprietario che ha accettato il giudizio, questi potrà convenirli, a sua volta, con l' « actio comm. dividundo » o con quella « familiae erciscundae » per ottenere il rimborso proporzionale alle loro quote.

Nel caso, ad esempio, della *servitus oneris ferendi* il proprietario della casa servente è tenuto non solo ad un *pati* come in genere avviene per tutte le servitù, ma anche ad un *facere* consistente nell'obbligo di riparare il muro di sostegno; eppure egli può liberarsi da questo obbligo, che non è personale ma *rei nomine*, abbandonando la casa. Così il comproprietario, che non è tenuto personalmente ma *servi nomine* a risarcire il danno cagionato dallo schiavo, si libera cedendo all'attore la sua quota di comproprietà, rompendo cioè il suo rapporto di proprietà con lo schiavo.

Mentre se ha accettato il giudizio, una volta avvenuta la novazione processuale, egli ha assunto il rapporto processuale e non può liberarsi se non cedendo tutto lo schiavo o pagando, salvo il diritto di regresso contro i condomini.

Ma, nel primo caso (quando cioè abbia ceduto la propria quota prima della contestazione della lite) può sorgere uno seria obbiezione. Per il fatto che ha accettato la cessione, l'attore è divenuto, a sua volta, comproprietario dello schiavo; e questa sua qualità gli impedirà

di agire con l'azione nossale contro gli altri comproprietari, che ora sono suoi socii. Chè anzi non potrebbe nè pure esperimentare contro di loro l'*a. comm. dividundo* per ottenere il risarcimento del danno derivante dal delitto perchè questo fu compiuto dallo schiavo prima che egli entrasse nella comunione. Ma il giureconsulto non si ferma di fronte a questa obbiezione, e dichiara esplicitamente che il danneggiato subirebbe una nuova e troppo grave ingiuria, che, quindi, gli si dovrà concedere di agire con l' « a. comm. dividundo ».

§ 120.

Chiariti così i concetti ai quali si informa il ragionamento di Ulpiano si scopre senz'altro il punto debole della opinione di quelli che vi si fondano per trarne una prova della loro teoria sulla integrità del dominio.

Essi dicono, che quando si ammettesse la divisione riferita al diritto di dominio, non potrebbe spiegarsi la responsabilità solidale affermata da Ulpiano. Si sarebbe, quindi, quasi per forza portati ad ammettere che il dominio è integro presso i condomini, che ciascuno di essi ha una responsabilità intera di fronte ai terzi, e che solo nei rapporti interni della comunione la concorrenza fa sì che si arrivi alla divisione per parti « (concursu partes fiunt »).

Ora, come può darsi per certa questa responsabilità solidale dei condomini di fronte ai terzi, se la responsabilità in intero affermata nel framm. in esame è dipendente dalla contestazione della lite? Ma non dimostra questo stesso frammento, che prima della contestazione la responsabilità è parziale?

Potremmo quindi essere anche disposti ad ammettere che in teoria si abbia una responsabilità integrale, ma

non possiamo negare che in pratica qui essa si esplichi *pro parte*.

Bisogna anche tener presente che tutti, in genere, i casi di responsabilità solidale, sono casi quasi eccezionali espressamente fissati e regolati nelle fonti del diritto romano. È il riguardo verso il terzo che nelle singole circostanze ha fatto ammettere questa responsabilità solidale: si ricordi, come esempio, l'*actio de peculio*.

§ 121.

Con tutto ciò non possiamo nè meno escludere che il diritto romano abbia avuto questo concetto di un diritto appartenente in intero ad ogni comproprietario.

Abbiamo visto come le nostre fonti possano sfruttarsi utilmente per dar fondamento alle singole teorie sulla comproprietà, e come in esse il concetto della comproprietà venga innegabilmente riguardato da punti di vista disparati. Vi si parla di divisione dell'oggetto, e di *portio dominii*; vi si contempla l'antitesi tra « comm. pro diviso » e « pro indiviso » che richiama alla mente una divisione ideale; vi si accenna alla divisione del diritto; e vi si disciplina in determinati casi lo « ius adcrescendi » il quale induce ad ammettere un diritto integro a favore di ciascun condomino.

Tal che noi pensiamo sia vana fatica tentare la costruzione di una teoria unica, e sia meglio, in vece, contentarsi di guardare alla cosa nelle sue conclusioni pratiche.

Quello che dovette costituire il fatto storico iniziale del condominio, noi crediamo, si trovò a mano a mano in urto con le necessità pratiche, e si svolse come il bisogno pratico suggeriva, senza una direttiva costante.

Unico tentativo di ricollegare ad un sistema questa

multiforme materia del condominio può farsi, a parer nostro, tenendo presente l'istituzione romana della collegialità.

§ 122.

Costituitasi in Roma la repubblica, l'istituto della collegialità fu, per così dire, il diritto comune del diritto pubblico romano: per ogni carica più magistrati; e questi magistrati riuniti in numero di due o di più formano sempre una *unità*, un'unica magistratura.

Lo dice Ulpiano, Dig. 50. 1. 25:

Ulpianus *libro primo ad edictum praetoris*. Magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent.

I magistrati che occupano una stessa carica stanno in luogo di un solo uomo, vengono considerati come se ciascuno copra intera per sè tutta la magistratura. Si noti che il giureconsulto dice: *unius hominis*, non *unius personae*. Questa seconda espressione avrebbe potuto far credere che tutti i magistrati nel loro insieme costituissero una persona giuridica, come ente a sè, indipendente dai singoli. E ciò non è.

Un solo magistrato può, indipendentemente dagli altri colleghi, amministrare la magistratura per tutto il tempo per il quale dura la sua potestà (Cfr. Dig. 50. 1. 13), appunto perchè si hanno tante *potestates* quanti sono i magistrati (1), ma una sola magistratura. In conseguenza di ciò — nota il Mommsen (2) — i loro nomi figurano

(1) Dig. 50. 16. 173 Ulpianus *libro trigensimo nono ad Sabinum* « Collegarum » appellatione hi continentur, qui sunt eiusdem potestatis (collega è il magistrato che ha uguale potestà).

(2) Mommsen, *Dr. pubbl. rom.* nel *Manuel* del Marquardt, I p. 33.

in generale nell'antica lingua come completantisi, senza essere uniti da una congiunzione. E le date del tempo della Repubblica, come si presentano ad esempio nelle tessere dei gladiatori o nelle terre cotte di Veleja, trattano costantemente i nomi dei consoli secondo il tipo dei termini *usus fructus, usus auctoritas, actio empti venditi.* La congiunzione appare solamente dopo che l' antica designazione composta col prenome e col nome gentilizio viene sostituita dal *cognomen.* Come le parole riferentisi ad un unico istituto, così i nomi dei magistrati che hanno la stessa potestà vengono posti l' uno a canto all'altro senza congiunzione.

Ciascun collega è dunque pienamente e completamente investito di tutte le facoltà comprese nella carica, e ciascuno può esplicare la sua funzione indipendentemente dall'assenso preventivo o contemporaneo del collega. E si nota a questo proposito, che in ciascuno è così integra la potestà che se l' uno viene ad assentarsi od a morire durante il tempo di esercizio, il collega superstite non è legalmente obbligato a provocarne la sostituzione. Questi non è tenuto a ciò *stricto iure*, ma poichè i *mores* lo condannano suole richiederlo quando il caso si presenti (1).

Ma se ogni magistrato ha tutta la potestà inerente alla sua carica, ne consegue direttamente che alla potestà dell'uno può contrapporsi la potestà dell'altro, che l' uno può ostacolare l'altro (« *par potestas plus valet* ») come, del resto, è principio indiscusso di fisica che due forze eguali e contrarie si elidono. Quindi, l'atto compiuto contro il divieto del collega è atto radicalmente nullo e non può avere alcuna efficacia giuridica. Allo stesso modo che Sabino, nella legge 28 più volte citata,

(1) Cnfr. in Mommsen *l. c.* importanti casi individuali.

mette in rilievo pel condominio la prevalenza dell'atto proibitivo (« in re pari potior causa prohibentis »), anche per la magistratura, e non dai soli moderni ma anche da Plutarco e da Seneca, viene fatto il raffronto col condominio e viene posta in vista l'efficacia della proibizione. E questa si estende a qualunque, per quanto minimo, atto.

Ma poichè in pratica si sarebbe giunti così all'assurdo, ad un nihilismo pericoloso, si dovettero stabilire delle norme per rendere meno frequenti i conflitti ed assicurare il regolare funzionamento delle magistrature. Queste norme possono ricondursi a tre categorie: determinazione della preminenza per turno periodico; determinazione della preminenza col mezzo della sorte; compimento dell' atto in comune. Sono compiuti da un solo magistrato, a turno, quegli atti per i quali la consuetudine riguarda come impossibile l'azione comune. Si segue il criterio della sorte per quegli atti ufficiali che debbono compiersi una sola volta in tutto dai magistrati componenti il collegio, e per quelli che hanno un carattere straordinario. E finalmente la cooperazione dei colleghi era la regola per tutti i più importanti atti di amministrazione, e per tutti quelli che i magistrati dovevano compiere nella capitale dopo che il turno venne in disuso, salvo quelli, poco numerosi, che, seguendo un antico e rigoroso costume, non potevano essere compiuti che da una sola persona e sottostavano alla *sortitio* (1).

§ 123.

Raffrontiamo, ora, questi principi con gli altri, che già abbiamo esaminato, relativi al condominio.

(1) Cnfr. Mommsen, *op. e l. cit.*

Nel condominio si possono distinguere un lato *reale:* il diritto sulla cosa per se stesso, con tutte le conseguenze enumerate, e con l'azione reale per farlo valere di fronte ai terzi — ed un lato *personale* costituito dai rapporti fra i soci entro la cerchia della comunione, rapporti che possono regolarsi o sciogliersi con l'*actio comm. dividundo* (1).

Il diritto di dominio spetta integralmente a ciascun condomino, come integralmente spetta l'intera potestà a ciascun collega (lato reale); i rapporti fra condomini vengono regolati in pratica con l'*a. comm. divid.*, come in pratica norme speciali regolavano il funzionamento della magistratura (lato personale).

Per quali vie si giunse a questa identità di risultati, a questa riproduzione dei principii di diritto pubblico nel campo del diritto privato?

A noi pare che l'unica spiegazione suffragata da forti ragioni storiche sia la seguente; e per intenderla esattamente dobbiamo far capo al *consortium familiare*, di cui già abbiamo tenuto parola. Morto il capo della famiglia senza aver disposto per la successione, i figli in qualità di « *heredes sui* » subentravano nella posizione giuridico-patrimoniale del defunto, acquistavano il patrimonio in comune e restavano in quel « *consortium* » che fu poi detto « *necessarium* ». Ma l'origine di questo stato di cose è una successione di diritto pubblico: la successione nella sovranità del gruppo famigliare; e tutto il diritto ereditario romano si è modellato sulla successione nella sovranità. Solo in rapporto con questa poteva parlarsi di successione, per l'antico diritto di Roma.

(1) La comunione può sciogliersi in qualunque momento con la liquidazione della divisione. Nel diritto ultimo è lecito il patto di non addivenire alla divisione entro i dieci anni; ma per gravi motivi si può anche andar contro questo patto.

Ora, gli *heredes sui* (i figli, cioè, che succedono al padre quando questi non ha fatto testamento) subentrano anzitutto in una posizione giuridica di diritto pubblico; essi si trovano in parecchi ad occupare un'unica posizione, e, solo come conseguenza, acquistano tutti insieme anche i beni che sono come un accessorio di quella posizione.

Come la magistratura comprende un complesso di facoltà di diritto pubblico, così la posizione del capo di famiglia è una podestà di diritto pubblico. Anzi questa porge il tipo a quella, e la magistratura romana è così regolata, e presenta un parallelismo così spiccante col condominio, appunto perchè così era regolato il consortium.

Nel condominio posteriore, come nella magistratura, abbiamo un unico diritto appartenente per intero a più persone. Tutte queste persone lo esplicano integralmente di fronte ai terzi e lo hanno solo limitato riguardo al godimento, all'efficacia pratica, non al concetto teorico.

Estensioni e limitazioni della proprietà

§ 124.

La proprietà, abbiamo già avuto occasione di notarlo, si atteggia in modo diverso secondo la natura diversa delle cose che ne formano oggetto. Abbiamo già detto, ad esempio, che, se l'oggetto è mobile, la proprietà si presenta con caratteri più recisi e diremmo quasi con più esattezza di concetti, mentre si adatta maggiormente alla natura dell'oggetto e la segue più da vicino se questo è immobile.

Un principio che domina tutto il campo della proprietà è quello dell'accessione: chi è proprietario di una cosa

è per ciò stesso proprietario di quelle altre cose che ad essa si vengano a congiungere a modo da formare un tutto unico risultante dalla riunione e dalla fusione.

Il nostro codice civile, con molta ragionevolezza, tratta dell'accessione come di una conseguenza del dominio, e non ne fa (come per tradizione suol essere nei comuni trattati e nei giureconsulti) una speciale categoria dei modi di acquisto della proprietà. In fatti, per la congiunzione di una nuova cosa con quella che già formava oggetto della nostra proprietà, noi non acquistiamo un nuovo dominio, ma continuiamo ad essere proprietari della cosa, nel senso che questa è *sempre nostra* sebbene si sia modificata o trasformata. Ma a questo punto ci contentiamo di accennare semplicemente, per ora, poichè dovremo trattarne più ampiamente in seguito.

§ 125.

Vediamo, anzi tutto, come la proprietà si atteggi riguardo agli immobili. Studieremo questi vari atteggiamenti da due punti di vista. Quello dell'estensione, e quello della restrizione della proprietà.

Per quanto riguarda l'estensione, negli immobili, guardando con rigore alla cosa, noi dovremmo dire che il proprietario del suolo è proprietario di questo, semplicemente, e di niente altro all'infuori di questo. Comunemente, in vece, si afferma che il proprietario del suolo ha inoltre un diritto esclusivo su tutto lo spazio sovrastante e su tutto il sottosuolo che rispondono alla superficie di sua proprietà: « qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum » come dicevano i glossatori con frase imaginosa.

Nelle nostre fonti non v'è alcuna affermazione che autorizzi ad accogliere questa formula iperbolica; per

altro, in qualche loro espressione può scorgersi un accenno a questo diritto di chi ha il suolo sullo spazio sovrastante.

Dig. 8, 2, 1. Paulus *libro vicensimo primo ad edictum.* Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve neque altius tollendi servitutes impedit: sed immittendi protegendi prohibendi (1) item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit, quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

Se (fra due fondi) sia frapposto un suolo pubblico od una via pubblica, non ne vengono impedite le servitù di *iter*, di *actus*, o *altius tollendi* ma sì quelle di *immittere*, *protegere*, *proicere* e quelle di *flumen* e di *stillicidium* (2), perchè lo spazio d'aria che sovrasta a quel suolo deve essere libero.

Bisogna ricordare, a proposito di questo frammento, che perchè possa sussistere un diritto di servitù tra due fondi occorre che questi siano contigui; anzi, più esattamente, che questi si trovino in tal posizione rispettiva che l'uno possa rendere all'altro il servigio costituito dal contenuto di quel particolare diritto di servitù. E perciò, anche se due fondi non siano contigui ma separati da un suolo pubblico o da una via pubblica, il proprietario dell'uno potrà godere di una servitù di *iter*

(1) *proiciendi.*

(2) *Iter* semplice passaggio; *actus* passaggio con animali e con carri; *altius tollere* sopraelevare; *immittere*, immettere travi ed altro; *protegere*, costruire in modo che i balconi od il tetto di un edificio sporga in fuori; *proicere*, tenere una costruzione sporgente sul fondo del vicino. Tra *flumen* e *stillicidium* non sussiste che una differenza nell'esercizio pratico; *flumen* è la servitù di tollerare che nel proprio fondo l'acqua piovana proveniente dal fondo vicino scorra incanalata, mentre *stillicidium* è la servitù di tollerare che cada a gocce direttamente.

o di *actus* a traverso il fondo dell' altro per giungere al proprio fondo. E parimenti potrà sussistere la servitù di non sopraelevare, a vantaggio di uno dei due fondi divisi dalla via o dal suolo pubblico.

Ma le altre specie di servitù enumerate da Paolo, poichè importano una occupazione materiale dello spazio intercedente tra i due fondi, non potranno essere costituite quando questi siano divisi da suolo o da via pubblici, sui quali lo strato sovrastante deve essere assolutamente libero. È vero che si tratta di suolo in proprietà pubblica e non privata; ma qua non è la natura pubblica e non privata della proprietà che dà diritto a disporre dello spazio che le sovrasta, e quindi ad impedire che venga occupato, sì bene è una conseguenza, un accessorio, della proprietà per se stessa e, come tale, comune a quella pubblica e a quella privata. Vedremo in seguito entro quali limiti.

§ 126.

Dig. 43, 24, 22, 4. Venuleius *libro secundo interdictorum*. Si quis proiectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omnem etiam supra id coelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse.

Se alcuno abbia immesso uno sporto o lo stillicidio nel sepolcro, anche non toccando il monumento, con diritto si può agire contro di lui per il fatto che si è compiuta con violenza o clandestinamente qualche cosa nel sepolcro; poichè fa parte del sepolcro non solo il luogo in cui è inumato il cadavere, ma anche tutto lo spazio

aereo soprastante: e a questo titolo si può agire anche con l'*a. sepulchri violati.*

Rileviamo lo stesso principio affermato nel precedente frammento, solo che qua si parla di suolo religioso (chè tale è il sepolcro perchè dedicato agli dei inferi), là di suolo pubblico perchè destinato all'uso pubblico. In entrambi i casi trattasi di cose sottratte al commercio, e nondimeno si commette una illegalità compiendo una immissione qualunque nello spazio aereo che ad esse sovrasta.

I mezzi, poi, concessi dal giureconsulto al titolare del diritto di sepolcro sono l'*actio sepulchri violati*, in generale, e l'*interd. quod vi aut clam.*

§ 127.

Dig. 43, 24, 21, 2 Pomponius *libro vicensimo nono ad Sabinum*. In opere novo tam soli quam caeli mensura facienda est.

Quando si tratta di decidere (sul danno) di una nuova opera bisogna tener conto del suolo e dello spazio soprastante.

Anche in questo frammento il termine tecnico adoperato per indicare lo spazio sovrastante è *caelum*.

§ 128.

Ora, che esista un diritto su lo spazio sovrastante non può porsi in dubbio; le fonti lo affermano recisamente per la via pubblica e per il sepolcro, e ciò deve ammettersi in genere per la proprietà sul suolo, poichè via pubblica e sepolcro si atteggiano nelle esplicazioni pratiche alla stregua del diritto di proprietà. E, del resto, non v'è dubbio che i Romani considerassero que-

sto spazio come qualche cosa entro il quale i vicini non avessero diritti e sul quale, quindi, dovessero costituire apposite servitù se intendevano avvalersene in qualche modo. Come non v' è dubbio che dallo stesso punto di vista considerassero il sottosuolo, se bene non si rintraccino per esso affermazioni così recise come per il *caelum*. Può, in fatti, il proprietario del suolo scavarvi liberamente fin che dai suoi scavi non provengano danni ai fondi vicini.

Nè, d'altra parte, può imaginarsi proprietà del suolo priva della facoltà di disporre degli spazi che le sovrastano e di quelli che le stanno sottoposti.

Ma il punto grave è il limite di questa facoltà e la sua costruzione giuridica.

Dovremmo intendere per *caelum*, con i glossatori, tutto intero in altezza lo spazio soprastante? Potrà parlarsi, come di solito avviene, di proprietà sulla colonna d'aria soprastante? Ma la colonna d'aria, come l'*aqua profluens* è « res communis omnium » sulla quale, quindi, non si dà proprietà. E, in secondo luogo, proprietà vera e propria si ha solo sulle cose per sè stanti; ora, questo spazio non è cosa per sè stante ma è semplicemente qualcosa di accessorio della proprietà, è la proprietà che nelle sue manifestazioni si protende sopra di esso. Chè anzi da molti, e non a torto, si nega perfino l'esistenza di questo spazio, e si porta così la disputa dal campo giuridico in un campo filosofico poco fecondo di risultati pratici.

Il Pampaloni (1) in due studi ha sostenuto che il sottosuolo sia « res communis omnium » e quindi cosa non appropriabile. Ma, a prescindere dalla importanza e dalla

(1) *Studi per Bologna* p. 114 e *Rivista italiana per le scienze giuridiche.*

serietà che le dà il nome stesso del suo sostenitore, è tesi questa da accogliersi « cum grano salis » e, ad ogni modo, priva anche essa di resultati pratici.

Qualunque cosa si pensi delle varie teorie escogitate al riguardo, certo è che il buon senso dice già che un diritto estendentesi infinitamente nell' alto e nel basso non può ammettersi. Come non può un proprietario impedire che un pallone passi a cinquecento metri di altezza sul proprio suolo, così non ha diritto se non sopra uno spazio sovrastante o sottostante limitato. E questo limite è determinato a stregua dei mezzi che sono a disposizione dell'uomo per lo sfruttamento della sua proprietà.

§ 129.

Nelle fonti abbiamo alcune disposizioni sullo sfruttamento del sottosuolo le quali possono portar luce su questo punto.

Dig. 8, 4, 13, 1 Ulpianus *libro sexto opinionum*. Si constat in tuo agro lapidicinas esse, invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est: nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solacium (1) pro hoc domino praestat: ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque commoditas rei iure domino adimatur.

Se viene accertato che nel tuo campo esistono cave di pietra non può alcuno, che non abbia lo speciale diritto di far ciò, tagliar pietra a titolo pubblico o privato contro il tuo volere; a meno che a riguardo di tali cave non esista la consuetudine che chiunque voglia tagliarne

(1) *Solarium.*

non possa farlo se prima non ha pagato il solito *solarium* al proprietario.

E in ogni caso costui deve tagliare la pietra, dopo aver sodisfatto il proprietario, a modo che al proprietario legittimo non venga precluso l'uso della pietra necessaria nè si tolga la disponibilità della cosa.

Ulpiano decide in base al principio generale, che si ha un diritto al sottosuolo. Nessuno può tagliar pietre nel suolo altrui, perchè la proprietà sul suolo si estende a tutto quanto è nelle viscere della terra sottoposta.

È questo il sistema così detto romano, il quale vige ancora in qualche regione d'Italia, in cui appunto per poter procedere allo scavo occorre chiederne il permesso al proprietario.

Secondo un altro sistema derivato dal diritto feudale, è questo un diritto di regalia.

E secondo un terzo sistema, quello seguìto dalla legge mineraria del 1859 che si estende a gran parte d'Italia, la proprietà della miniera è completamente divisa dalla proprietà del suolo. Il proprietario non ha, come tale, nè diritto nè preferenza su le pietre del sottosuolo; per contrario, chi ha scoperto la miniera può chiedere in un primo stadio la dichiarazione di scoperta, e ottenere in un secondo stadio il permesso di ricerca onde cominciare i lavori di accertamento sulla potenzialità e sulla qualità dei prodotti sperati. Finalmente in un terzo stadio, una volta accertata l'esistenza di una vera e propria miniera o cava, si ha il decreto reale che crea una proprietà nuova del concessionario. Esistono ora due proprietà indipendenti, quella del concessionario e quella del domino del suolo, le quali debbono rispettarsi e sono protette a vicenda.

Il sistema romano, dicevamo, fa invece una proprietà unica del suolo e delle cave o miniere sottostanti; tanto

vero ciò, che in un caso in cui al marito era stata data in dote una terra si dice espressamente che egli ha diritto ai minerali che vi si trovino.

Per altro nei tempi dell'Impero si presero disposizioni con le quali veniva concesso ai terzi di scavare nel suolo altrui mediante prestazione di un decimo da farsi al fisco (1). Ed a molti conflitti, sui quali non intendiamo intrattenerci, tra diritto generale e diritti locali diedero luogo le miniere nei tempi inoltrati dell'Impero.

§ 130.

Il frammento in esame afferma inoltre che può sussistere una consuetudine di carattere pubblico, la quale crea dunque un vero e proprio diritto pubblico di scavare nel fondo altrui. In questa ipotesi ciascuno potrà acquistare tale diritto pagando un *solarium*, una indennità cioè stabilita in proporzione fissa per l'occupazione del sopra o sottosuolo altrui. Ed il *solarium* deve essere pagato preventivamente da colui che intende scavare; mentre, d'altro canto, si deve lasciare il necessario di pietre e non impedire la coltivazione al proprietario stesso.

Ulpiano dice che, eccettuato il caso della consuetudine, non si può tagliar pietre se non da chi ha lo *ius id faciendi*; bisogna dunque che esista un diritto di servitù.

Ora, sorge a questo proposito la questione se possa costituirsi come servitù prediale il diritto di scavare pietre.

L'essenza delle servitù prediali consiste in ciò, che

(1) Cfr. c. cod. 11. 7 (6). 3 Impp. Gratianus Valentinianus et Theodosius, a. 382.

si tratta sempre di un fondo il quale rende un servizio ad un altro fondo (donde anche la denominazione di *servizi fondiari*), e non può quindi concepirsi come servitù prediale il diritto di scavo concesso in vista della persona e non del fondo. E perciò si dovrà distinguere: se lo scavo di pietra o di arena o d'altre materie profitta al fondo direttamente, la servitù prediale può costituirsi; se, invece, si tratta di scavi per uso o per speculazione della persona, non è a parlare di servitù prediale, sì bene di servitù personale o di diritto di obbligazione.

Ma può presentarsi il caso in cui si intenda costituire una servitù non pel fondo, ma per una fabbrica che vi sovrasta e per la quale occorrono i materiali scavati nel fondo vicino: le terre argillose, ad esempio per una fabbrica di vasi. Potrà costituirsi questa come servitù prediale?

La questione rientra nell'altra più generale, se possa costituirsi una servitù a scopo industriale. Alla quale molti, il Laurent fra gli altri, rispondono negativamente, partendo dal concetto che lo sfruttamento del fondo stabilito in vantaggio di una persona e non di un altro fondo non possa costituire servitù prediale.

Secondo i principi giuridici romani, invece, si deve rispondere affermativamente.

Le nostre fonti presentano molto maggior larghezza di vedute su questo punto; esse ammettono che una servitù prediale possa costituirsi in vista dello scopo eminentemente industriale di escludere la concorrenza. Ed è caratteristico il fatto che negli scrittori di un secolo fà si trovi questa stessa affermazione. Ciò che potrebbe far credere ad uno spirito molto più progressivo di quello da cui sono animati gli odierni giuristi,

se non si riflettesse che quegli autori seguivano molto più strettamente i precetti romani.

Potremmo addurre molti passi a conferma di quanto diciamo, ma l'indagine ci porterebbe troppo lontani dal nostro argomento. Ci limitiamo ad esaminarne uno che è contenuto in questo stesso titolo dei Digesti.

D. 8. 4. 13. Ulpianus *libro sexto opinionum*. Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

Il venditore del fondo Geroniano fa a favore del fondo Botriano (che ritiene) una imposizione consistente nel divieto dell'esercizio della pesca del tonno in danno di questo fondo. Ora, osserva Ulpiano, se bene al mare che, per natura, è aperto a tutti, non si possa imporre alcuna servitù con disposizione privata, pure, richiedendo la buona fede del contratto che si osservi l'imposizione alla vendita, le persone dei possessori, o i successori nel loro diritto, rimangono obbligati all'imposizione alla vendita o alla stipulazione.

Ulpiano riconosce che una servitù la quale si riferisca al mare non può, in generale, ammettersi, ma, di fronte alla buona fede voluta dal contratto che ha avuto luogo nel caso speciale, egli attribuisce l'obbligo di osservar l'imposizione non solo al proprietario attuale ma a tutti i successori nel diritto particolare, *in ius*, venendo così ad ammettere una vera servitù prediale, a scopo industriale.

Il passo in esame offre, è vero, alcune difficoltà di

indole tecnica, ma su queste non ci indugiamo anche perchè possono facilmente superarsi. (1)

§ 131.

Veniamo ora alla determinazione dei limiti entro i quali si muove questo diritto del proprietario al soprasuolo ed al sottosuolo, poichè è impossibile ammettere che tale diritto si protenda in infinito.

Si suol dire, al riguardo, che il diritto si estende di tanto per quanto si estende l'interesse del proprietario del fondo. E questa formula non è che un riflesso dell'altra, per noi esatta, secondo la quale il diritto soggettivo è un interesse giuridicamente protetto, onde non può sussistere diritto dove quell' interesse manchi. Secondo altri autori dovrebbe dirsi piuttosto che il diritto si estende di tanto per quanto vi può essere la pratica attuazione di un'opera qualunque da parte del proprietario del fondo.

E, secondo altri ancora, il diritto si estende per quanto è possibile al proprietario di compiere alcuna cosa; possibilità che deve determinarsi alla stregua dei mezzi che sono a disposizione del proprietario, dato lo stato delle scienze e delle industrie.

Appunto per la sua stretta connessione con la definizione del diritto soggettivo noi accogliamo la prima formula, sebbene essa possa apparire alquanto vaga; alla sua indeterminatezza cercheremo di supplire fissando i criteri principali atti a determinar meglio questo interesse.

(1) Cfr. *Teoria generale delle obbligazioni*, Lezioni di dir. romano raccolte dall'avv. S. Cugia e da I. Cugusi, Napoli, Pierro 1902 pag. 26 seg.

Innanzi tutto bisogna tener presente che l' interesse varia con i tempi, con i luoghi, con le condizioni della scienza e dell'industria. Non possono stabilirsi a priori i limiti dell' interesse umano: ciò che non è possibile oggi può esser possibile domani, e quello che in un dato ambiente sociale può apparire degno di tutela può non esserlo ugualmente in un altro ambiente. Ond'è che anche le formule proposte dagli altri scrittori si conciliano con questa da noi accolta, nel senso che possono essere di guida alla determinazione dei limiti dell'interesse.

§ 132.

Si è però obbiettato, contro il criterio dell'interesse, che esso possa essere utile fino ad un certo punto, fino a che cioè, si tratti di determinare il concetto degli atti *ad aemulationem*, ma che dal punto di vista giuridico, per quanto si riferisce alla proprietà, esso sia privo d'importanza. Il Windscheid, ad esempio, sostiene che il diritto di proprietà sia teoricamente indefinito, che, quindi, il proprietario abbia diritto di porre in essere e di impedire qualunque atto. La considerazione dell' interesse interverrebbe solo quando il proprietario si valga di questo suo diritto indefinito per ostacolare altri, nell' intento esclusivo di arrecargli un danno, e senza utilità pratica dal canto proprio. In tale ipotesi si ha l'atto *ad aemulationem*, il quale può, o non, essere vietato dalle singole legislazioni. Il recente codice civile germanico ha accolto la teoria del divieto; non così il nostro codice, se bene una deplorevole giurisprudenza propenda ad ammetterlo.

Noi riteniamo, che tanto per la nostra quanto per la legge romana non debba ammettersi il divieto degli atti *ad aemulationem*; che solo possa dirsi, così per

la proprietà come per ogni altro diritto, che i limiti debbono rintracciarsene nell' interesse, in quanto al di là dell'interesse manca il diritto.

Il diritto romano escludeva, in via di principio, il divieto degli atti, *ad aemulationen*; lo ammise solo negli ultimi tempi, limitatamente, in materia di regime d'acque. Non accogliamo, quindi, l' opinione del Windscheid. Senza dubbio egli ha ragione di sostenere che il diritto del proprietario oltrepassa i limiti del suolo; ma non per ciò trattasi di un diritto indefinito, piuttosto, anche al di là del suolo esistono limiti imposti da ciò che l'interesse pratico, secondo le determinate condizioni della scienza e dell'industria, può consentire.

§ 133.

Dal criterio, adunque, dell' interesse giudicato alla stregua delle particolari condizioni di tempo e di ambiente, dipende la soluzione dei vari quesiti che si presentano su questo punto.

Così potrà il proprietario vietare, quando il proprio interesse ne resti danneggiato, non solo tutte le sporgenze dei fondi vicini sul proprio fondo, a qualunque altezza si trovino, ma anche tutti gli scavi, tutte le gallerie praticate anche a considerevole profondità.

Specialmente per le gallerie il divieto è venuto spesso in discussione presso i consessi giudicanti; e la nostra giurisprudenza ha affermato in modo forse troppo reciso il diritto del proprietario di impedire tali opere. Non vi ha dubbio che in certi casi il divieto è legittimo. Vogliamo citarne uno che, a nostro avviso, fu esattamente risolto. Tizio aveva venduto a Sempronio una estenzione di terreno attigua alla propria e, come la propria, destinata all' industria dello scavo della creta.

All'atto della vendita si era pattuito di costruire a spese comuni una via di accesso dalla quale sarebbe derivato un vantaggio significante ai due fondi. Più tardi si vide che la strada sarebbe stata troppo dispendiosa, onde il venditore pensò di costruirsi un passaggio piú economico a traverso il sottosuolo del compratore Sempronio. Questi ricorse ai giudici per far valere il proprio diritto di divieto, e il Tribunale di Cassino prima, indi la Corte di appello e quella di Cassazione di Napoli accolsero le sue ragioni dichiarando ch'egli aveva interesse ad impedire lo scavo della galleria perchè il suolo poteva servirgli per usi propri.

Ma suppongasi il caso di una galleria ferroviaria che attraversi le viscere di una montagna ad un migliaio di metri di profondità dal suolo che mi appartiene. Anche qui tutto dipende dall'interesse: se dimostro che a quella profondità esistono cave, miniere, sorgenti che io ho la possibilità di sfruttare, dimostro con ciò il mio interesse ad impedire che vi si pratichi la galleria. E se, nondimeno, si proceda all'espropriazione, potrò far salvi i miei diritti al risarcimento di tutti i danni attuali e futuri.

§ 134.

Lo Jhering adduce parecchi esempi per dimostrare che l'estensione della proprietà si limita in altezza e in profondità al bisogno pratico, all'interesse del proprietario. Tra gli altri cita un caso, relativo al diritto sulla colonna aerea, non raro nei paesi alpini.

Sono frequenti, nelle Alpi, le pareti rocciose sovrastanti a picco sui fondi posti a valle. Potranno i proprietari di questi fondi impedire che vengano costruite delle logge o dei balconi sporgenti dalla parete rocciosa?

Lo Jhering crede che essi non lo possano: la loro opposizione sarebbe meramente cavillosa, fatta per *chicane*, ossia col solo scopo di dar molestia e danno agli altri. Si può essere d'accordo con lo Jhering, ma non si deve accogliere la sua negazione così recisa. Bisogna anche qui ammettere che se, per una ipotesi qualunque, il proprietario a valle può temere un danno o dimostrare un interesse, ha per ciò stesso anche il diritto di opporsi alla costruzione del balcone o della loggia.

Altra importante questione è sorta a proposito del trasporto di legna od altri materiali, come spesso lo si suol fare, a mezzo di funi o corde metalliche tese a considerevole altezza su fondi altrui. Possono impedire ciò i proprietari di questi fondi? Il caso si presentò, se non erriamo, dinanzi al Tribunale di Como; ed alla sentenza scrisse una nota il prof. Gabba nella « Giurisprudenza italiana ». Noi riteniamo che il diritto di opporsi sia pienamente giustificato dal grave pericolo continuo che, per l'eventuale spezzarsi delle corde di trasporto, incombe sui fondi sottostanti (1).

E molti esempi, ancora, di giurisprudenza viva e recente potremmo addurre. Bastano, del resto, questi pochi a convincere come nessun criterio più di questo che fa capo all' interesse pratico si presti a dare soluzioni eque, e al tempo stesso rigorose, in tutta la esposta materia.

(1) Alcune leggi speciali disciplinano attualmente presso di noi tutta la materia relativa al collocamento di fili aerei pel trasporto di energia elettrica. Nondimeno anche qui si ha spesso occasione di ricorrere ai principi generali accennati nel testo.

Limitazioni della proprietà

§ 135.

A canto all' estensione trova immediatamente posto la restrizione della proprietà. Campo, anche questo, ricco di applicazioni pratiche e di difficoltà teoriche.

Dal fatto stesso che la proprietà non può praticamente vivere isolata, deriva la necessità che essa, come l'individuo, debba adattarsi a subire queste restrizioni in special modo evidenti nella proprietà immobiliare.

È sempre un interesse generale quello che impone tali limiti, ed è in base ad esso che la legge disciplina la proprietà a modo che queste limitazioni possano esistere. Per altro, sebbene la base sia l' interesse generale e, diciamo pure, la necessità pubblica, esistono casi in cui la limitazione si rivolge ad un particolare raggio di proprietà, si appunta verso una specificazione determinata di quell'interesse più generale. Ciò avviene sopratutto nei rapporti di vicinanza.

Partendo da tali concetti noi distinguiamo due sorta di limitazioni: limitazioni di ordine pubblico, e limitazioni a favore dei privati. Le une e le altre possono presentarsi nettamente separate, ma possono anche coincidere. E in questo secondo caso il privato può avvantaggiarsi di quella che è limitazione nell' interesse pubblico, e quindi agire per farla valere.

§ 136.

Le limitazioni della proprietà sono svariate, e per ciò si hanno conseguenze diverse per ogni singola limitazione.

Esse possono consistere: 1° nel tollerare che altri faccia, 2° nel non fare, 3° nell'obbligo di fare. A proposito di queste ultime notiamo che, anche se si voglia — contro la nostra opinione — ritenere esatto pel diritto romano e pel diritto moderno, il principio « servitus in faciendo consistere nequit » esso non è applicabile che alle servitù costituite per fatto dell'uomo e non alle limitazioni derivanti da legge. Per queste è indubbiamente constatato che il proprietario può essere costretto anche a fare.

Dalle limitazioni, in fine, derivano diritti di obbligazione o diritti reali a favore del terzo nell'interesse del quale vengono stabilite; e noi ne vedremo casi speciali in seguito.

§ 137.

Non seguiremo il sistema, troppo frequente nei moderni scrittori, di formare delle categorie delle limitazioni della proprietà in base a criteri individuali. Noi esamineremo, in vece, singolarmente le varie limitazioni di cui si ha traccia nelle fonti del diritto romano; e solo in seguito, a conclusione di tale esame, vedremo se ed entro quali limiti esse possano raggrupparsi in categorie e da qual punto di vista possano sistematizzarsi i concetti.

Il diritto romano offre una copiosa messe nel campo delle limitazioni fondate su motivi di pubblico interesse, sebbene il sistema della proprietà privata romana sia su larga base individualistico. Di tali limitazioni alcune si mantennero e sono giunte fino a noi, altre si rammentano come semplici ricordi storici.

Inst. II. 1 § 4. Riparum quoque usus publicus est iuris (1) gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad

(1) *Iure.*

eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt.

L'uso delle rive, come quello del fiume stesso, è pubblico per diritto delle genti, e pertanto è data facoltà a chiunque di attraccarvi la nave, di legarne le funi agli alberi che vi nascono, di riporvi qualche carico, al modo stesso che chiunque può liberamente navigare pel fiume. Ma la proprietà di esse appartiene a coloro con i predii dei quali son congiunte, e per questo motivo sono in proprietà di costoro anche gli alberi che vi nascono.

Siamo di fronte a quella stessa figura che in diritto moderno vien detta « servitù di strada alzaia », per la quale la parte della riva non destinata alla coltivazione deve essere lasciata libera per l'uso pubblico. Qui si potrà deporre un carico, legar le navi, non solo, ma anche transitare trainando barche, pontoni, come suol farsi nelle regioni traversate da corsi d'acqua; si potrà insomma far uso della riva come se fosse pubblica se bene venga esplicitamente dichiarato che essa è in proprietà privata.

In questo passo abbiamo, inoltre, la prova che non sempre è vero che le *res publico usui destinatae* debbano appartenere ad un ente di diritto pubblico.

Lasciando da banda la questione se il diritto dell'ente pubblico, del Comune ad esempio, sulle cose destinate ad uso pubblico sia diritto di proprietà, o diritto di carattere pubblico speciale (1), certo è che qua il titolare

(1) Secondo gli uni, non potrebbe trattarsi di diritto di proprietà perchè mancano i caratteri dell'alienabilità e dell'usucapibilità; si ha, insomma, una categoria di cose fuori commercio. Secondo altri, poichè la proprietà si foggia sempre a seconda della destinazione della

del diritto di proprietà è un privato, e non di meno la cosa è destinata all' uso pubblico.

Da questa affermazione possono trarsi importantissime conseguenze. Innanzi tutto è un errore negare che possa considerarsi come acqua pubblica quella degli acquedotti delle città, solo perchè non si rintracciano in essa i caratteri dell'*aqua profluens*.

Bisogna distinguere: se esistono convenzioni speciali le quali ne attribuiscano la proprietà al Comune, non può sorgere questione. In mancanza di convenzioni in questo senso, bisogna dire che le acque appartengono al privato ma sono destinate all'uso pubblico.

In pratica si discusse se nel caso in cui le fontanine di una città siano mal tenute debba ricorrersi all'autorità giudiziaria od a quella amministrativa; ma è evidente che la prima non può sindacare sul modo di manutenzione, ma può bene pronunziarsi sul danno che eventualmente ne derivi.

In un altro caso, quello in cui l'acqua proveniente da un comune scorra in un altro comune contiguo, potrà l'autorità giudiziaria imporre il modo di tenere le acque, ordinare al perito l' esecuzione di lavori e magari far procedere a questi con la forza? No, certamente. Poichè si tratta di cosa destinata all'uso pubblico non può essere inceppato il movimento dell'autorità amministrativa; nel caso, quindi, si dovrà ricorrere al Ministro dei lavori pubblici.

Questioni sorgono frequentemente anche in materia di strade vicinali. Molte volte le strade su terreno pri-

cosa che ne è oggetto, niente impedirebbe di ammettere qua una proprietà con caratteri speciali derivanti dalla destinazione ad uso pubblico, un diritto di proprietà eminente. In pratica nessun dubbio che, se reddito di questi terreni vi è, esso spetti all'ente al quale appartengono. Quindi le difficoltà sono più teoriche che pratiche.

vato sono soggette ad una servitù di passaggio per parte degli abitanti. Ora, poichè si tratta di servitù discontinua, secondo le norme del nostro diritto privato, essa non potrebbe stabilirsi per prescrizione (1). Prevale però l'opinione che, poichè si tratta anche di una servitù di uso pubblico e non privato, non sia assoggettabile alla restrizione portata dal nostro codice civile. Su questo punto le Cassazioni di Roma e di Torino sono venute in contrario avviso.

§ 138.

Altre limitazioni del diritto di proprietà sono inspirate da ragioni d'igiene e di sicurezza pubblica. A queste appartiene l'*ambitus*, pel quale doveva correre tra edificio e edificio, nella città di Roma, uno spazio fissato nella misura legale di due piedi e mezzo. Anzi, secondo alcuni scrittori, si tratterebbe di uno spazio di cinque piedi poichè i due piedi e mezzo dovrebbero assegnarsi separatamente a ciascuno dei due edifici contigui. In base alle testimonianze di scrittori classici non giuridici, noi crediamo però più sicura la prima opinione.

L'*ambitus*, come dicevamo, era inspirato da ragioni d'igiene, ma sopra tutto di sicurezza. Esso risale a' tempi antichissimi in cui le abitazioni erano costruite a guisa di capanne, con materiali facilmente incendiabili. Quindi l'*ambitus* era destinato a rendere più facile e pronto l'isolamento del fuoco. Pare che a punto dopo l'incendio gallico venisse stabilita questa prescrizione, che poi andò lentamente in discuso come è provato dalla figura del *paries communis*, così frequente nelle fonti, la quale non può concepirsi se non senza l'*ambitus*.

(1) Art. 630 cod. civ.

A Pompei è ancora visibilissima questa autonomia delle case per la quale non solo è possibile una più rapida estinzione degli incendi, ma è anche reso autonomo, a traverso l'intercapedine costituita dall'*ambitus*, lo scarico delle acque.

Pare che in Roma l'obbligo di serbare questo spazio fosse ripristinato dopo una seconda grave esperienza: l'incendio di Nerone.

§ 139.

Inspirato a ragioni di sicurezza ed anche di estetica è il divieto di lasciar rovinare gli edifici.

Vi sono passi in cui si impone ai magistrati l'obbligo di restaurare gli edifici pericolanti e di impedire le demolizioni quando non si abbia certezza di ricostruzione. Specialmente si ha in mira il decoro della Città (*publicum decus — ne Urbs ruinis deformetur*), e si vuol porre argine alla deplorevole speculazione che lucrava sulle vendite di marmi e di ornamenti preziosi ricavati dalle demolizioni.

Dig. 39, 2, 46 pr. Paulus *libro primo sententiarum*. Ad curatoris rei publicae officium spectat, ut dirutae domus a dominis extruantur.

È obbligo, cioè, del curatore della città, far demolire dai proprietari le case diroccate. Abbiamo qui una disposizione di carattere eccezionale, poichè in linea di principio, ciascuno è libero di far ciò che vuole della propria casa anche, quindi, di lasciarla andare in rovina. Tutt'al più egli sarà obbligato alla *cautio damni infecti* di fronte ai terzi che temono danno dalla rovina. E nè anche per questo danno sarà tenuto, se i terzi non avranno provveduto in tempo a richiedere la *cautio*.

Però, per gravi ragioni di ordine pubblico lo Stato interviene. Nel framm. in esame è la città che interviene, a mezzo del suo curatore, obbligando alla ricostruzione. In mancanza della quale si hanno sanzioni speciali: il magistrato, cioè, ricostruisce e fa pagare la spesa, oltre (come nelle leggi di Malaca e di Salpensa) una metà in più.

Per ottenere il rifacimento delle spese dal cittadino recalcitrante si dà un'azione popolare, libera cioè a qualunque cittadino, con condanna a vantaggio della cassa pubblica.

§ 140.

Già le XII Tavole contenevano una disposizione rivolta a tutelare l'aspetto della Città contro le deturpazioni estetiche (1). Esse prescrivevano che il materiale di costruzione adoperato per un edificio non potesse essere separato dall'edificio stesso, salvo nel caso in cui l'edificio venisse demolito. In compenso accordavano al proprietario del materiale congiunto all'edificio un'azione speciale, l'*actio de tigno iuncto*, contro il costruttore, per ottenere il doppio del valore del materiale.

Questa stessa azione al doppio era accordata contro chi piantava i pali altrui nelle proprie vigne.

Il divieto di ritogliere i materiali propri è sempre giustificato nelle fonti con il motivo, che non si vuole la deturpazione della Città (*ne Urbs ruinis deformetur*); ed è un motivo di cui non può porsi in dubbio l'esattezza storica se bene non paia ugualmente ragionevole la sua applicazione ai pali delle vigne. Certamente però,

(1) Bruns—Mommsen—Gradenvitz, *Fontes* Tab. VI, 7: Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito.

anche qui dev'essere intervenuto un favore per l'agricoltura, e per le vigne, in special modo, che pare fossero circondate di ogni più sollecita e minuziosa cura.

Anche in questo divieto abbiamo una restrizione del diritto di proprietà, in quanto il proprietario del materiale o dei pali non può rivendicarli. È vero, senza dubbio, che tutte le volte che un oggetto viene congiunto ad un altro se ne perde la proprietà, poichè non si può rivendicare se non ciò che ha una esistenza a sè; ma, in tale ipotesi, il proprietario ha l'*actio ad exhibendum* per chiedere la separazione dell'oggetto suo e poterlo poi rivendicare. L'*actio ad exhibendum* costituisce lo stadio preliminare della rivendica; essa non è che un mezzo accordato dal diritto per arrivare a rendere autonoma la cosa (« ut separetur et deinde vindicetur »). Ciò, in vece, non può ottenersi nel *tignum iunctum;* il proprietario del *tignum* o attende la demolizione dell'edificio per rivendicare il proprio materiale, o ne chiede senz' altro il doppio del prezzo; e, una volta ottenuto il doppio, perde la proprietà.

§ 141.

Come pel *tignum iunctum*, tutte le disposizioni che seguirono relative alle demolizioni di edifici in genere, furono inspirate a scopi di pubblico interesse. I magistrati, come accennavamo, furono incaricati di impedire le demolizioni che non tendevano alla ricostruzione, e di far eseguire i restauri. Si ebbero nelle diverse epoche diverse competenze magistratuali di cui sarebbe troppo lungo occuparci, e la materia venne, a volta a volta, regolata da senatoconsulti, da leggi speciali e da leggi municipali.

Così, come dicemmo, la proibizione si estese contro

quegli speculatori che separavano i marmi e gli ornamenti artistici dagli edifici cittadini per rivenderli a prezzi altissimi, e per ornarne le ville fuori città, e furono concesse azioni popolari per impedire questo depauperamento delle case di nobile aspetto.

Con una costituzione imperiale si provvedette rigorosamente ad impedire il passaggio di tali preziosi ornamenti dalla città in campagna, si dispose che il colpevole dovesse perdere la proprietà della villa, ma venne esplicitamente dichiarato che per il trasporto da edificio ad edificio della stessa città o da una città in un' altra non v' era ragione di confisca. Altre costituzioni, non di meno, lo vietarono ove si fosse trattato di città poste in province diverse.

§ 142.

A parte tutto questo, le fonti contengono inoltre norme relative all'altezza degli edifici. Spesso vi si accenna ad un limite massimo di altezza; e forse Augusto per primo lo stabilì nella misura di 70 piedi. Dopo di lui un altro imperatore, Nerone o Caligola, fissò l' altezza massima di 60 piedi, e nel periodo romano-ellenico altre disposizioni furono prese al riguardo.

Tutto ciò è estraneo al diritto repubblicano; nella Repubblica l' unico freno contro l'altezza smodata dei palazzi era d' indole non giuridica. La Repubblica è normalmente il regime del sospetto, si guarda con diffidenza al cittadino che vuol eccellere, sia pure nelle meno significanti circostanze della vita. Così i Romani repubblicani non vedevano di buon occhio il concittadino che elevava la propria casa sopra il livello delle altre; nel loro pensiero quell'atto si trasformava in un tentativo di ripristinare la monarchia; l' opinione pubblica mormorava.

E ciò bastava per giustificare l'intervento dell'autorità, i censori, i quali imponevano la diminuzione dell'altezza dell'edificio. L'intervento dei censori, a punto, indica che trattasi di un freno d' indole etico-sociale, non giuridica.

§ 143.

Anche attualmente esistono regolamenti municipali che fissano limiti all'altezza degli edifici e determinano o la distanza che deve intercedere fra i caseggiati o la cubatura dei cortili. Qual' è la natura giuridica di queste limitazioni? Quale ne è la sanzione? Dovrà intervenire l'autorità amministrativa per far togliere di mezzo l'opera compiuta contro il regolamento, o potranno anche i vicini che ne soffrono danno agire per far osservare il regolamento quando non venga fatto rispettare dall'autorità municipale?

Per diritto romano è difficile poter rispondere affermativamente. Certo qua si tratta di disposizioni d'indole amministrativa, ma il diritto romano introduceva frequentemente in questi casi l'azione popolare. Ora, l'azione popolare non è azione con cui il cittadino faccia valere un diritto *iure privatorum;* è invece un diritto pubblico quello che egli afferma esser stato violato, e quindi, nel caso, ciò che egli lamenta è la lesione di un diritto oggettivo. Unico riguardo alla lesione dell'interesse del privato si ha col dare la preferenza, nella proposizione dell'azione popolare, a colui che ha ricevuto maggior danno dalla violazione della disposizione oggettiva.

Esiste però qualche caso, anche nel diritto romano, in cui viene favorito in prima linea l'interesse del privato. Un esempio, per la materia in questione, se ne ha nella Costituz. di Zenone Cod. 8, 10 (tit. « de aedificiis privatis ») c. 12, la quale stabiliva che in Costantinopoli non si potesse più, d'allora in poi, togliere la vista del mare alle case vicine; chi avesse voluto farlo avrebbe dovuto costruire ad una distanza di 100 piedi dalle case a cui toglieva il prospetto. Qui, non v'è dubbio, si prende in considerazione l'interesse privato dei vicini più che l' interesse pubblico. La costituzione di Zenone venne estesa in progresso di tempo a tutte le città dell' Impero.

Un caso simile a questo si presentò per Napoli quando si trattò di costruire nella collina di Posillipo e nel Corso Vittorio Emanuele. I Borboni avevano limitato di diritto e di fatto le costruzioni in quelle località. Alla loro caduta si sollevò questione anzi tutto sul punto se quei decreti potessero considerarsi ancora sussistenti, in secondo luogo se potessero farsi valere dai privati. Così a Genova il regolamento edilizio pone un limite all'altezza dei palazzi; e ad un genovese che, in base a quel regolamento, chiedeva la demolizione della parte eccedente del palazzo vicino fu risposto in prima istanza che a ciò egli non aveva diritto, che solo l' autorità municipale avrebbe potuto agire. Egli ricorse con varia fortuna, finchè la Cassazione di Roma partendo dalla definizione della proprietà data dal Cod. civ. (art. 436), riconobbe che egli aveva interesse e quindi diritto a proteggere la sua proprietà contro chi della proprietà faceva un uso contrario ai *regolamenti.*

Il Ferrini, nel trattato sulle servitù, ha lungamente combattuto questa teoria, che però costituisce ormai uno *ius receptum.* Egli osserva che, per quanto sia illegale l'atto compiuto dal vicino che eleva oltre l'altezza consentita, occorre ancora dimostrare che da questa illegalità deriva un diritto a favore del vicino che agisce in giudizio. Dalla illegalità dell'atto del primo non deriva senz' altro la legalità dell'atto del secondo.

Dubbio non vi può essere sulla legalità di un ricorso alla giustizia amministrativa; l' art. 24 della legge sul Consiglio di Stato che introduce il giudizio legittimo permette a qualunque *interessato* di ricorrere alla IV Sezione. Sola difficoltà può nascere quando le limitazioni introdotte dal Regolamento municipale siano inspirate da ragioni di igiene, di edilizia etc. le quali non tocchino direttamente l' interesse del singolo. Ma secondo noi è chiaro che tali ragioni di ordine pubblico, in qualunque modo formulate, coincidono sempre con quelle del privato, le quali ne partecipano in più o meno larga sfera. Quindi il ricorso del vicino alla giustizia amministrativa dovrebbe sempre ammettersi. Ma a questo punto si riannoda una serie di questioni secondarie che richiedono lunga discussione, e che perciò crediamo meglio omettere.

§ 144.

I Romani si occupavano con cura della distribuzione delle acque e provvedevano con rigore alla tutela degli acquedotti. Tanto era sentito il bisogno dell'acqua e così abbondantemente essi sapevano provvedersela che la maggior parte di quella di cui anche attualmente è fornita Roma vi correva già in maestose condutture nell' epoca imperiale.

A tutela degli acquedotti era stabilito il divieto di fare certe costruzioni e piantagioni ad una distanza dall'acquedotto minore di quella stabilita. Contro il violatore era data un' azione popolare con multa ed obbligo di togliere le costruzioni o le piantagioni dal raggio vietato. Norme speciali al riguardo furono fissate con la *lex Quintia de aquaeductibus.*

§ 145.

Su ragioni d' igiene è fondato il divieto, che però appartiene al periodo romano-ellenico, di stabilire officine e fabbriche entro la città, specialmente quelle di vetro e di ferro.

E su ragioni igieniche si fondano le molte disposizioni concernenti il divieto di seppellire e di cremare i cadaveri in città. Nel periodo antichissimo il seppellimento aveva luogo in casa; ma ciò fu vietato da una disposizione delle XII Tavole, appunto a tutela della salute degli abitanti. Mentre il divieto della cremazione è dovuto piuttosto al pericolo degl' incendi.

Ma mentre da un canto le norme relative a questa materia si moltiplicavano e variavano da periodo a periodo, riflettendo nuove tendenze e combattendo quelle dei diritti locali; dall'altro una ne rimaneva sempre ferma ed immutata, la quale era costituita da una limitazione della proprietà fondiaria a favore della religione dei sepolcri. È l' *iter ad sepulchrum*, di cui tratta il seguente framm.

Dig. 11. 7. 12 pr. Ulpianus *libro vicensimo quinto ad edictum.* Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses et iam compellere debet iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.

Se alcuno ha un sepolcro, ma non la via per giun-

gervi, e dal vicino gli si proibisca il passaggio, l'imperatore Antonino col padre rescrisse che la via al sepolcro si suol chiedere a titolo di precario, e si suol concedere che tutte le volte che non è dovuta la si ottenga da colui che ha il fondo attiguo. Ma questo rescritto che dà facoltà di ottenerla, non produce anche azione civile: si dovrà, invece, ricorrere in via straordinaria al preside, e questi deve costringer il vicino a concedere la via mediante giusto compenso. Sempre però il giudice deve considerare il luogo piú opportuno affinchè il vicino non soffra gran detrimento.

Ci troviamo di fronte alla figura del passaggio necessario. Notiamo che questo istituto è assolutamente estraneo al periodo classico del diritto romano. Noi non troviamo stabilita nelle fonti classiche una servitù legale di passaggio a favore dei fondi interclusi (1) nè altro caso di passaggio necessario vi è contemplato allo infuori di questo dell' *iter ad sepulchrum*. È vero che in una serie di passi riferentisi all' interpetrazione di contratti e di disposizioni testamentarie od alle norme da seguirsi nel giudizio di divisione, si decide che debba essere concesso al proprietario di un fondo il diritto di passaggio a traverso il fondo altrui; ma la decisione è basata sulla presunta volontà delle parti contraenti, o

(1) Tale è, invece, quella stabilita nel nostro cod. civ. art. 593: « Il proprietario, il cui fondo è circondato da fondi altrui, e che non ha uscita sulla via pubblica nè può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo.

Questo passaggio deve stabilirsi in quella parte per cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica sia più breve, e riesca di minor danno al fondo su cui viene concesso.

La stessa disposizione può applicarsi a chi, avendo un passaggio nei fondi altrui, abbisogni al fine suddetto di ampliarlo pel transito di veicoli ».

del defunto, o sui principii che regolano il giudizio divisorio. Quando, ad esempio, il testatore lascia parte di un fondo all'erede e parte al legatario, e questa si trova ormai divisa da quella dalla via pubblica, potrà il proprietario del fondo legato effettuare il passaggio come lo effettuava il defunto? Il Brugi (1) risponde che bisogna interpretare la volontà del defunto nel senso che egli, avendo dato il fondo, deve necessariamente aver voluto dare anche il diritto di accedervi, quasi un *adminiculum* dell'oggetto della disposizione testamentaria. Ciò si deve ammettere anche più facilmente quando, in vece che la proprietà, sia stato legato il semplice usufrutto, poichè questo dura temporaneamente e quindi è meno grave la servitù che incombe sul fondo che deve tollerare il passaggio.

Il Riccobono combatte questi risultati (2). Egli esamina la questione in rapporto alle servitù costituite tacitamente o come suol dirsi, per destinazione del padre di famiglia. E dimostra che il diritto romano classico non ammetteva questo modo di costituzione delle servitù prediali, il quale è un prodotto, e involontario per giunta, del rifacimento giustinianeo. Ma il Riccobono eccede nel senso che egli si limita a combattere pei passi comunemente addotti l'opinione di una costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia. Ora, pur essendo d'accordo su questo punto, si deve al tempo stesso ammettere che nel caso di legato, ad esempio, non si fa che interpretare la volontà del defunto per rendere valida una disposizione che altrimenti sarebbe inutile.

(1) *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali.* Estr. dall'*Archivio giurid.* anni 1880, 81, 84.

(2) Riccobono, *La destinazione del padre di famiglia* 1896 (Estr. dalla *Riv. it. per le scienze giurid.*)

Lo stesso dicasi pei contratti. Si è venduto, pongasi, una parte di terreno la quale non ha uscita sulla via; ora, il contratto di compra-vendita è di buona fede; il venditore, come è noto, non è obbligato per diritto romano, a trasferire la proprietà (questa passa solo in seguito, per effetto della tradizione) ma a *vacuam possessionem tradere, rem habere licere*. E ripugnerebbe alla buona fede, e non sarebbe possibile il godimento della cosa, se il compratore fosse costretto a rimanere chiuso in un cerchio senza uscita. Anche qui, dunque, la servitù di passaggio è una conseguenza del contratto di compra-vendita.

Finalmente, nei giudizi divisori il giudice deve provvedere a modo che in ogni singola parte l'attività dell'individuo possa liberamente esplicarsi. E se egli non si è attenuto a questo criterio nello stabilire le parti, ed ha quindi omesso di concedere specificatamente il passaggio, questo deve intendersi ugualmente attribuito poichè anche qua siamo in materia di buona fede.

§ 146.

Quei passi, adunque, nei quali il diritto di passaggio è concesso sebbene non in base ad una espressa costituzione di servitù, ce lo mostrano come una conseguenza dell'interpretazione della volontà delle parti. Indipendentemente da ciò, come dicevamo, non si ha traccia nelle fonti di una vera servitù legale di passaggio. E ciò s'intende senz' altro in base al sistema di ripartizione dei terreni costantemente seguito dai Romani. Con la divisione in parcelle regolari, limitate da vie dell'ampiezza di cinque piedi (1) praticata con la maggior

(1) Si discute se queste vie limitanee fossero in proprietà pubblica o privata.

precisione dagli agrimensori (1) si rendeva inutile il passaggio a traverso i fondi altrui, e non aveva occasione di sorgere la questione sulla servitù di passaggio necessario (2).

(1) Ecco come il BRUGI *op. cit.* parte I p. 13. descrive la *limitatio* degli agri:

« Nel limitare il terreno la posizione dell' augure dovea essere « tale che volgendo egli il dorso al nord guardasse verso mezzo- « giorno ritenendosi che gli dei dimorassero a settentrione e do- « vendo egli guardar sulla terra com'essi. Pertanto la linea prin- « cipale veniva tracciata sul suolo da settentrione a mezzogiorno e « dicevasi *cardo, cardo maximus* (asse della terra); conduceasi poi « una linea da levante a ponente (*ab ortu solis ad occasum* come « dice Festo) che intersecasse la prima ad angolo retto e dicevasi « *limes decumanus o decimanus* (forse perchè formava quasi un X « romano) e dagli antichi *dextratus et sinistratus* (secondochè lo si « considerava rapporto all'oriente o all'occidente).

« Queste due linee fondamentali segnavansi all'estremità del ter- « reno da *limitare* e tracciando altrettante parallele all'una e al- « l'altra delineavansi gli agri costituiti da una serie di rettangoli « uniformi, assai vivo contrasto fra un prospetto topografico antico « ed uno dei giorni nostri. Accadeva talvolta che la divisione in « rettangoli non potesse comprendere precisamente tutto quanto il « terreno da dividersi: rimanevano perciò alcune particelle di suolo « adiacenti al limitato che costituivano i *subseciva*, idealmente ri- « masti nel dominio dello Stato, ma godute da vari possessori cui « infine vennero regalate. Le linee parallele al *cardo maximus* e « alla *decumana* segnavansi mediante travi dette *limites* costituenti « i confini dei campi ed indicavano del pari le vie correnti fra i « campi medesimi.

« È naturale che l'intersecarsi dei *limites* transversali e orizzon- « tali formasse frequenti crocicchi (*grumae*) agli angoli dei campi. »

(2) Notiamo che nell'antico diritto romano esisteva, anche per gli *agri limitati*, una specie di servitù di passaggio necessario, stabilita a favore dell'agricoltura. È questa il *circumactus* pel quale era lecito all'agricoltore di trapassare i limiti del proprio campo in quegli angoli in cui l'aratro non avrebbe altrimenti voltato senza lasciare insolcata una parte considerevole di terreno. Ma trattasi di una figura che sparì ben presto.

Unica eccezione è il passaggio necessario al sepolcro.

Il sepolcro romano deve esser posto fuori della Città; ciò è prescritto dalle XII Tavole ed è confermato da vari rescritti imperiali. In via eccezionale la sepoltura entro la cerchia dell'Urbe veniva decretata per gli uomini insigni e per i guerrieri valorosi, ma abitualmente i sepolcri avevano posto in terre private o presso i margini stradali (come si osserva ancora lungo la via Appia) forse per evitar danni all' agricoltura o forse, anche, perchè fossero esposti alla pietà dei passanti. In quest'ultimo caso non v'era pericolo di interclusione; nel primo, in vece, quando il sepolcro era collocato in quella parte del fondo che non aveva adito, il proprietario poteva esser costretto a concedere il passaggio. Il quale, dice il giureconsulto, normalmente si suol chiedere e concedere a precario, senza diritto cioè da una parte nè obbligo da l'altra. Chè, se il proprietario non si mostra accondiscendente, e non sodisfa a quest' obbligo imposto dal *favor religionis* e dalla pubblica opinione, in base al rescritto imperiale si potrà ricorrere al magistrato.

E poichè il rescritto imperiale non crea diritto civile, il magistrato procederà *extra ordinem* ossia interverrà in via amministrativa. Questo è, del resto, il procedimento normalmente usato per dar efficacia alle innovazioni introdotte dal diritto imperiale.

Ripetiamo che questo dell' *iter ad sepulchrum* è il solo caso che fa eccezione; nondimeno esso è bastato ai giuristi del diritto intermedio per costrurre tutta la teoria del passaggio necessario !

Nel periodo dei post-glossatori l'*iter ad sepulchrum* fu applicato, per via d'interpretazione estensiva, se bene costituisse una figura dello *ius singulare*, ai casi più diversi. Erano i tempi in cui i testi romani venivano stra-

namente travisati e contorti per far che servissero alla disciplina degli interessi della vita pratica. Così si spiega come perfino il diritto commerciale allora nascente potesse esser regolato con le norme del vetusto diritto romano. E così si spiega come l'*iter ad sepulchrum* venisse sempre concesso indipendentemente dal sepolcro pur che se ne pagasse il prezzo e si verificassero le due condizioni del massimo vantaggio pel concessionario e del minimo incomodo pel concedente.

Per il nostro diritto, la servitù di passaggio necessario è regolata dall'art. 593 del cod. civile, secondo il quale il passaggio deve stabilirsi in quella parte per cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica sia più breve e riesca di minor danno al fondo su cui viene concesso. E poichè in pratica può accadere che il giudice stimi che la via a traverso il fondo del proprietario convenuto non sia la più breve o la più comoda, e quindi respinga la richiesta dell' attore, sarà sempre miglior partito—*ad cautelam*—chiamare in giudizio tutti i proprietari dei fondi circostanti perchè il giudice, in base a perizia, stabilisca il tracciato della via.

§ 147.

Questi esaminati finora sono tutti casi di restrizione del diritto di proprietà nell' interesse pubblico diretto. Vedremo in seguito come esistano delle restrizioni che se bene introdotte nell' interesse pubblico, mirano in prima linea a favorire il privato. Fra queste due sorta di restrizioni vi è una categoria intermedia, nella quale gli scrittori sogliono comprendere certi obblighi di fare imposti ai proprietari contigui alla pubblica strada. Vero è che altri negano che in questi ultimi casi si tratti di restrizioni della proprietà; ma noi ci limiteremo

per ora ad indicarli, riserbando la soluzione della questione al seguito quando, in base all' esame delle singole figure, cercheremo di classificarle e di sistematizzare l'intera materia.

Notiamo intanto che, secondo le fonti, questi obblighi debbono ritenersi imposti non alla persona come tale, ma alla persona come proprietaria della cosa; in ragione, cioè, della cosa stessa: *fundi nomine* non *personae nomine*. Trattasi nella maggior parte dei casi di strade costruite col contributo dei proprietari dei fondi vicini: *collatione vicinorum*, come dicono le fonti. Queste strade, chiamate strade agrarie-vicinali nelle fonti giuridiche e negli scritti degli agrimensori, pur essendo in proprietà privata, sono destinate all' uso pubblico e perciò tocca ai fondi vicini, e quindi ai rispettivi proprietari in ragione di essi, non personalmente, la *collatio* e la *munitio viarum*.

Dig. 50, 4, 14, 2. Callistratus *libro primo de cognitionibus*. Viarum munitiones, praediorum collationes non personae, sed locorum munera sunt.

Sono oneri inerenti ai luoghi, non alle persone — dice Callistrato — le riparazioni delle vie e i contributi dei predii.

Ed appunto su questo frammento principalmente si fondano quegli autori i quali sostengono che non di obbligazioni si tratti, ma di vere e proprie restrizioni della proprietà. Notiamo che, se fosse vero il principio « servitus in faciendo consistere nequit » e se fosse vero che queste restrizioni della proprietà sono delle servitù legali, noi ci troveremmo qui di fronte a vere e proprie servitù legali con obbligo di *facere* consistente nel contribuire alla riparazione della via.

Vedremo però che non sempre è esatto quel principio.

Dal diritto romano questa restrizione è pervenuta

anche al diritto moderno; così i proprietari di case prospicienti sulla via possono esser tenuti a contribuire per il restauro dei marciapiedi, ed il Municipio ha i mezzi per esigere dai singoli proprietari le quote rispettive se abbia anticipato la spesa. Sorge però questione se l' obbligo di contribuire sia a carico dei proprietari attuali o di quelli che erano tali nel momento della costruzione della strada. Secondo noi non può esservi dubbio che, trattandosi di obbligo *fundi nomine*, siano tenuti in linea diretta i proprietari attuali, salvo regresso contro i precedenti.

§ 148.

Altra restrizione sotto forma di obbligo positivo consisteva nell'obbligo fatto ai proprietari di tenere pulita la via nel tratto prospiciente alla propria casa. Ma trattavasi di un obbligo che non si faceva valere in via giudiziaria. Era il *curator viae* che vigilava sulla nettezza delle strade; quando la via era sporca egli provvedeva dandone in appalto la manutenzione, e l'appaltatore era autorizzato ad esigere con i mezzi legali l'importo della spesa da quei proprietari che non l'avessero rimborsato entro trenta giorni.

Ma è inutile continuare nell' emunerazione di questi casi speciali; a noi basta rilevare, per ora, che esistono nel diritto romano restrizioni della proprietà le quali importano obbligo di fare, in vista di una pubblica utilità.

§ 149.

E veniamo alle restrizioni cui già accennammo le quali non mirano direttamente a proteggere un pubblico in-

teresse ma favoriscono in prima linea il privato a pro' del quale è introdotta la limitazione. Sono restrizioni che trovan luogo specialmente nei rapporti tra fondi vicini; onde si suole denominare diritto di vicinanza tutta questa materia.

Per diritto romano valgono principi dei quali molti oggi non han più efficacia; e, per contrario, molte delle norme attuali non hanno esempio nella giurisprudenza romana.

Per i Romani il principio generale è, che il proprietario di un fondo non ha diritto di immettere nulla nel fondo del vicino; intendendosi per fondo non la sola superficie di terreno, ma anche il sottosuolo e la colonna d'aria soprastante. Se, quindi, il vicino costruisca sul limite del proprio fondo un muro a modo che la linea della facciata, o i tetti od i balconi, sporgano sull'area del fondo attiguo, il proprietario di quest'ultimo avrà diritto di chiedere che la nuova costruzione sia demolita per la parte che eccede il limite. Come per il suolo pubblico e come pel sepolcro, così pel fondo privato vige la massima: « *omne caelum liberum esse debet* ». Ma il suo rigore è mitigato in vista della cordialità e della mutua condiscendenza che deve presiedere ai rapporti di vicinanza.

Il vicino, ad esempio, può essersi attenuto strettamente alla linea limite, ma il muro per un evento qualsiasi ha formato una protuberanza; potrà pretendersi la demolizione dell'intera facciata, la restituzione *in pristinum?* Le fonti rispondono che il vicino può tollerare queste piccole infrazioni, e che se la sporgenza non ecceda il mezzo piede egli non ha diritto di chiedere la demolizione; appunto in base a quel principio di tolleranza reciproca, ed all'altro espresso in forma broccardica (che, però, non ha avuto origine dal caso in esame),

« de minimis non curat praetor » (1) inteso nel senso di minimi danni ed applicato ai rapporti tra vicini.

§ 150.

Dig. 8. 5. 14. 1 Pomponius *libro trigensimo tertio ad Sabinum.* Si paries communis opere abs te facto in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere ius tibi non esse parietem illum ita habere.

Se la parete comune, per un'opera compiuta senza la tua partecipazione, si sia inclinata dalla parte della mia casa, io potrò agire contro di te per far dichiarare che non hai il diritto di tenere così la parete.

Qui è affermato il principio generale, rigoroso: il muro sporge sulla casa del vicino, e questi ha diritto di ottenere, per mezzo dell'azione negatoria, che il muro sia rimesso in posizione verticale.

Ma la eccezione alla quale abbiamo accennato è contenuta nel seguente frammento dello stesso titolo, l. 17 pr.

Alfenus *libro secundo digestorum.* Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se.

Se fra due case vi sia una parete che faccia pancia a modo da sporgere nella casa del vicino per mezzo piede o più, bisogna agire per far dichiarare che non

(1) La massima: *de minimis non curat praetor* deve esser riferita alla *restitutio in integrum*, per la quale un atto valido per diritto civile viene tolto di mezzo in forza di gravi motivi, quali il dolo o la minore età. Il pretore esige che il danno derivante dal negozio giuridico sia rilevante, altrimenti non concede la *restitutio in integrum:* e in questo senso si afferma che egli non tien conto di inezie (*de minimis non curat*). Il broccardo si suole completare così per i tempi attuali: *nunc vero de minimis tantum!*

vi è diritto a far sporgere così nel proprio fondo quella parete contro il proprio volere.

Si può far togliere, dunque, solo quel muro che giunge al mezzo piede o più, oltre la linea di limite. Ma è costretto il vicino a ridurre l'opera a modo che non sporga affatto, o basta che egli ne demolisca tanta parte quanto basta per ridurla al mezzo piede di sporgenza ? Le fonti non danno alcuna risposta diretta, ma è facile giungere alla conclusione che debba procedersi alla rimozione totale. Quel minimo di mezzo piede è concesso perchè si tratta di una eccedenza involontaria, e perchè si vuole che non si inaspriscano i rapporti tra vicini; ma quando la sporgenza supera la misura stabilita e non è più possibile evitare la demolizione, tanto fa, dovendosi procedare ai lavori, che si torni al normale. Chè, anzi, se la parete dopo la demolizione si ricostruisse ancora sporgente per mezzo piede o meno, o si togliesse solo la parte eccedente il mezzo piede, si avrebbe ora una sporgenza non più dovuta al caso, ma voluta. Riteniamo, perciò, che si debba rimettere l'opera nelle condizioni normali. Solo il giudice potrà dispensare dalla riduzione fino alla verticale e consentire la sporgenza del mezzo piede, quando la demolizione completa possa presentare grave pericolo o importare spese sproporzionate.

A questo proposito dobbiamo dire che, secondo alcuni scrittori, questo del *semipes* non sarebbe un criterio da seguirsi rigorosamente; piuttosto vi si conterrebbe una indicazione del giudice, alla quale egli potrebbe, o non, uniformarsi. Noi ripudiamo questa opinione, anzi tutto perchè il modo in cui si esprime Alfeno è rigoroso e preciso, in secondo luogo perchè siamo in tema di proprietà dove è logico che l'usurpazione, anche se ammessa, sia contenuta entro limiti fissi.

§ 151.

Altra restrizione di carattere particolare e quella che si fonda sull' *interdictum de glande legenda*, pel quale il proprietario del fondo ha il diritto di entrare ogni tre giorni nel fondo del vicino a cogliervi i frutti che vi siano caduti dal proprio.

Per intendere esattamente il fondamento di questo interdetto bisogna risalire ai principi. È principio generale, che nessuno può arbitrariamente recarsi nel fondo o nella casa altrui per prendere la cosa propria che possa eventualmente trovarvisi. Ma è anche principio generale indiscusso che ciascuno ha diritto di riprendere il possesso della sua cosa. Onde, o si addiviene tra le due parti ad una soluzione bonaria, o si dovrà ricorrere al giudizio. E in questa seconda ipotesi l'azione più ovvia è la rivendica, che per altro esige, da parte del vicino il quale pretende la cosa, la prova della sua proprietà, e la prova del possesso nel vicino che gli si oppone. Ma si noti, basta che il primo dimostri che questi è anche semplice detentore: *habet restituendi facultatem*. Se poi la cosa si trova unita a quella del vicino dovrà prima sperimentarsi l'azione *ad exhibendum*.

Esaminiamo, intanto, un passo in cui si fa cenno di questi principi generali; in seguito verremo all'eccezione ed alle sue conseguenze.

Dig. 10. 4. 5.' 3 Ulpianus *libro vicensimo quarto ad edictum*. Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas, sic tamen ut totum tollas: ceterum alias non posse.

Celso scrive che il letame che tu hai radunato sullo spazio mio, puoi ottenere di riprenderlo per mezzo del-

l'azione *ad exhibendum*, a patto però che tu lo tolga tutto: altrimenti non puoi. Dunque, con questa azione si può ritogliere il mucchio di letame adunato sull' altrui fondo, e si deve ritogliere tutto il mucchio, perchè non si ha diritto di mantenervene ancora una parte contro il volere del proprietario dello spazio. Continua Ulpiano:

§ 4 Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum Neratius scribit. unde quaerit Neratius utrum de futuro dumtaxat damno an et de praeterito domino agri cavendum sit, et ait etiam de praeterito caveri oportere.

E se anche una zattera sia stata sbattuta dalla violenza del fiume sul campo di un altro, Nerazio scrive che può convenirsi questi *ad exhibendum*. In base a ciò Nerazio si domanda se debba darsi cauzione al proprietario del campo solo pel danno futuro od anche per quello avvenuto, e afferma che bisogna dar cauzione anche per quello avvenuto.

Il proprietario riprende la zattera, che non per suo volere si trova sul fondo dell' altro, con l' *a. ad exhibendum*; ma pei danni che possa aver arrecato, e per quelli che possano ancora verificarsi nel trasportarla via, deve dare una *cautio*, ossia stipulare solennemente una garanzia dinanzi al pretore. Questa è « condicio sine qua non »: o si promette di pagare i danni, o non si può riavere la zattera.

§ 152.

Dig. 10. 4. 15. Pomponius *libro octavo decimo ad Sabinum*. Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse

me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo mimus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo mimus eum thensaurum effodiam tollam exportem. quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest.

Il mio tesoro si trova nel tuo fondo e tu non permetti che io lo dissotterri: se tu non lo hai rimosso dal luogo dove si trova, Labeone dice che, legalmente, io non posso agire in rapporto ad esso contro di te con l' *a. furti* o con l' *a. ad exhibendum*, poichè tu non lo possedevi nè hai procurato dolosamente di cessare di possederlo, giacchè può darsi che tu non sappia che nel tuo fondo si trova quel tesoro. Non è però iniquo che, quando io giuri che la mia richiesta non è fatta per procurare fastidi, mi si conceda l'interdetto o lo *iudicium* in questi termini: che se non sarà dipeso da me il non esserti stata concessa cauzione in rapporto all'opera pel danno eventuale, tu non possa impedirmi con la violenza di scavare, prendere ed esportare quel tesoro. Chè se poi il tesoro è furtivo, si può agire anche con l'*a. furti*.

Tesoro è, secondo le nostre fonti, quella « vetus pecuniae depositio cuius memoria non exstat ». Se il tesoro è trovato dal proprietario del fondo in cui giace, spetta interamente a lui; se lo ritrova altri per caso, metà spetta allo scopritore e metà al proprietario del fondo. Però col tempo il fisco vi mise su le mani e ne pretese una parte. Questo per la teoria della proprietà; perchè bisogna notare che per il possesso non è necessario che *memoria non exstet*. Per il possesso è tesoro qualunque

oggetto prezioso nascosto, anche se di esso si conosca il proprietario.

§ 153.

Occorre che il tesoro sia veramente nascosto e che si faccia qualche cosa per trovarlo? Il caso si presentò alla Corte di Appello e, crediamo, anche alla Cassazione di Roma. Una violenta mareggiata aveva distrutto certi ruderi antichi sulla costa del Lazio ed aveva messo in luce una statua preziosa. Alcuni pescatori la scorsero nel passare e se ne impadronirono. Il proprietario allora la rivendicò, adducendo che i pescatori non vi avevano alcun diritto perchè niente avevano fatto per scoprirla. E fu giustamente risposto da quei consessi giudicanti, che la statua apparteneva in proprietà per metà al proprietario del fondo e per metà ai pescatori: perchè anche in questo caso si era di fronte ad un oggetto prezioso *cuius memoria non exstat*, e sempre d'invenzione si trattava, tanto è vero che se il fondo fosse stato *nullius* i pescatori avrebbero potuto acquistare per intero la statua. Così si contemperarono i due diritti del proprietario e degl'inventori.

§ 154.

Occorre, sempre per la teoria della proprietà, che della deposizione dell'oggetto prezioso non si abbia memoria. A proposito di questo requisito è istruttivo il caso pratico seguente verificatosi in tempi non molto lontani a Praga.

Eseguendosi scavi e demolizioni per il rinnovamento edilizio di quella città fu trovata una gran quantità di monete d'oro nel punto in cui sorgeva l'abitazione di

un personaggio che era stato arso vivo ed al quale erano stati confiscati i beni durante le persecuzioni del secolo XV. Sorse lite tra lo Stato e l'ultimo proprietario della casa domolita, sulla proprietà delle monete ritrovate. E in tal circostanza fu esattamente giudicato che le ricchezze dissepolte appartenevano allo Stato, in base alla sentenza di confisca e in base al fatto che nessuno le aveva usucapite, (si noti che era stato rintracciato un documento in cui il condannato stesso confessava di nascondere le sue ricchezze per sottrarle alla confisca). Chè se la confisca non ci fosse stata, si sarebbe dovuto far ricerca degli eredi e tra essi dividere il patrimonio scoperto.

Nel caso, si trattava di una *vetus pecuniae depositio*, ma non di tesoro, perchè non concorreva il secondo requisito: *cuius memoria non exstat.*

§ 155.

Un'ultima questione a proposito del tesoro. Quale azione si potrà sperimentare contro il proprietario del fondo in cui il tesoro trovasi nascosto se egli impedisce che vi si acceda per esportarnelo?

Ben inteso che il proprietario non deve aver commesso alcun atto diretto ad impadronirsi del tesoro.

Non può sperimentarsi l'*a. furti*, la quale presuppone la *contrectatio* del possesso, ossia il passaggio della cosa dal possesso dell'uno nel possesso dell'altro; e qui non può di certo affermarsi che il proprietario possieda il tesoro pel semplice fatto che trovasi nel suo fondo.

Nè può sperimentarsi l'*a. ad exhibendum*, la quale, come preparazione all'azione reale, ha gli stessi requisiti dell'azione di rivendica; ossia esige che il convenuto abbia il possesso reale, od abbia cessato di possedere dolosamente.

Si dovrà dunque agire chiedendo che si dichiari tenuto il proprietario a tollerare che si porti via il tesoro dal suo fondo. E in tal caso come potrebbe tutelarsi il proprietario contro le eventuali molestie prodotte da colui che compie le ricerche nel fondo? Crediamo che il proprietario possa ottenere la *cautio damni infecti* o, se questa per una ragione qualunque non è possibile, chiedere che si giuri che ciò non si fa *calumniae causa*.

Anche nella ipotesi che abbiamo discusso, come si vede, resta fermo il principio generale che si può sempre riprendere la cosa propria agendo giudiziariamente, non arbitrariamente.

§ 156.

L'*interdictum de glande legenda* stabilisce un regolamento specifico a favore del proprietario confinante; questi ha diritto d'introdursi nel fondo vicino per coglierví i frutti cadutivi dal proprio albero. Senza dubbio, a nessuno può esser lecito di introdursi arbitrariamente in terre altrui; e, d'altra parte, è certo che la cosa mobile nostra quando si trovi unita all'immobile di altri diventa un accessorio di questo, ed occorre esperimentare prima l'*a. ad exibendum* per poterla poi rivendicare.

Evidentemente tutto questo procedimento apparve troppo lungo nel caso speciale in esame (il quale doveva anche essere frequentissimo) e per ciò si pensò addirittura di permettere, in forza di questo interdetto, al proprietario dei frutti caduti l'ingresso nel fondo vicino per coglierli.

L'interdetto *de glande legenda* è riprodotto nel *Dig.* 43 28 fr. unico.

Ulpianus *libro septuagensimo primo ad edictum*. Ait praetor: « Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto ». 1. Glandis nomine omnes fructus continentur.

Dice il pretore: « Io proibisco che si adoperi la violenza per impedire che il proprietario dei frutti che cadono dal suo fondo in quello di altri, li raccolga e li tolga *tertio quoque die* ». Sotto il nome di *glans* deve poi intendersi, soggiunge Ulpiano, ogni sorta di frutti. O, in altri termini, qualunque prodotto di alberi che sia utile e che il proprietario sia solito raccogliere.

Si disputa sulla esatta interpretazione della frase *tertio quoque die:* secondo gli uni significherebbe « ogni tre giorni », secondo gli altri « alternativamente, un giorno sì, ed uno no ». Noi accogliamo quest'ultima interpretazione, che risponde meglio all'uso scritto della lingua classica latina.

Come rilevasi già dalla sua forma, l'interdetto *de glande legenda* è un i. proibitorio; il pretore seguì il solito sistema proprio, accordando protezione ad una consuetudine agricola già imperante in Roma.

Riassumendo: normalmente il proprietario dei frutti, senza ricorrere all'autorità giudiziaria, può introdursi nel campo vicino al solo scopo determinato di coglierveli; è sufficiente a ciò l'arbitrio privato purchè lo si esperimenti a giorni alternati.

§ 157.

Importante, anche, in materia di restrizioni al diritto di proprietà è il caso contemplato nell'interdetto *de arboribus caedendis*.

È principio generale di diritto che nessuno possa invadere lo spazio aereo sovrastante al fondo altrui; qualunque immissione fattavi (rami o sporgenze) è illegale e perciò stesso deve esser tolta.

Dig. 43, 27, 1 pr. § 1. Ulpianus *libro septuagensimo primo ad edictum.* Ait praetor: « Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quo minus eam adimas, tunc, quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto ». Hoc interdictum prohitorium est.

Il pretore così dispone: « Se dipende da te il togliere l'albero che dalla tua si sporge sulla casa altrui, e tu non lo fai, io ti proibisco di usare la violenza per impedire che il proprietario vicino tagli quell'albero e se lo tenga per sè ».

Anche questo interdetto è proibitorio, come quello precedente, ed anche per questo sarà lecito introdursi nella casa del vicino per tagliare i rami, se questi volontariamente non lo faccia.

Il fr. *Dig.* cit. così prosegue:

§ 2. Si arbor aedibus alienis impendeat, utrum totam arborem iubeat praetor adimi an vero id solum, quod superexcurrit, quaeritur. et Rutilius ait a stirpe excidendam idque plerisque videtur verius: et nisi adimet dominus arborem, Labeo ait permitti ei, cui arbor officeret, ut si vellet succideret eam lignaque tolleret.

Sorge questione sul punto, se il pretore ordini il taglio dell' intero albero o di quella sola parte che invade lo spazio aereo. Rutilio risponde che lo si deve recidere dalla radice, e così pensano i più. Labeone, poi, soggiunge, che se il proprietario si oppone alla richiesta di tagliar lui l'albero, il vicino avrà facoltà, se voglia, di tagliarlo da sè e di portar via le legna.

Il framm. continua avvertendo che sotto la denominazione di *arbores* si ricomprendono anche le *vites* (1),

(1) Evidentemente si allude all'antica azione *de arboribus succisis*, ed al rigorismo dell' antica terminologia processuale. Gaio (4, 11)

e che anche l'usufruttuario, non il solo proprietario, può valersi dell'interdetto.

Al § 7 è riportato il seguito dell' editto pretorio:

Deinde ait praetor: « Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto ».

Continua il pretore: « Se tu non vuoi sfrondare fino all'altezza di quindici piedi da terra l'albero che dal tuo sovrasta sul campo del vicino, io ti proibisco di impedire con la violenza a quest'ultimo di farlo e di tôrsi le legna ».

È la seconda parte dell' interdetto; la prima si riferiva ai fondi urbani, questa è dettata per i fondi rustici. Il pretore vuole che i rami degli alberi sovrastanti al fondo altrui siano recisi a non meno di 15 piedi da terra. La disposizione, del resto, non è originale perchè anche le XII Tavole provvedevano a questo caso (1) e in questo senso, concedendo però un' azione.

Anche pei fondi rustici, se il proprietario, invitato, non tagli debitamente i rami, il vicino potrà entrare nel fondo e farsi ragione da sè.

Nell'interpretazione di questa parte del framm. si discusse su la frase: « quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas ». Da alcuni si sosteneva che essa volesse indicare: al di là dei 15 piedi. Ma la fattura della frase ci persuade per la nostra interpretazione.

Riassumendo: tanto se si tratti di fondi urbani quanto di fondi rustici, è data facoltà al proprietario molestato di entrare nel fondo vicino e di farsi ragione, sempre

riferisce appunto il caso di colui che perdette la causa per aver detto *vites* in vece di *arbores*.

(1) Cnfr. Dig. 43, 27, 1, 8.

che il proprietario del fondo dal quale si origina la molestia non ottemperi all'invito di farla cessare.

§ 158.

Altra disposizione che ha carattere di restrizione della proprietà e che risale, anche, al tempo delle XII Tavole è quella che si fonda su l'*actio aquae pluviae arcendae*.

L'*actio aquae pluviae arcendae* era data originariamente al proprietario del fondo inferiore contro il proprietario del fondo superiore il quale compiesse nel proprio fondo lavori tali da provocare violente immissioni d'acqua col modificare lo scolo delle acque che discendono naturalmente per la china del terreno. Alla sua volta, però, il proprietario del fondo inferiore è tenuto a sopportare il displuvio naturale delle acque dal fondo superiore.

È una limitazione reciproca derivante dalla posizione dei fondi.

Ma, ripetiamo, tanto il diritto romano, quanto le legislazioni moderne vogliono che questa limitazione della proprietà sia osservata in modo che il proprietario dell'un fondo (quello inferiore) non sia tenuto ad altro che a ricevere, e il proprietario del fondo superiore a non fare. E per ciò se questi volesse incanalare le acque verso il fondo sottostante, non potrebbe farlo se non facendosi costituire una particolare servitú.

Del resto, non bisogna credere che ogni sorta di opera sia vietata al proprietario del fondo superiore. Se, ad esempio, il danno al fondo inferiore è derivato dal fatto che il proprietario del fondo sovrastante ha usato del suo diritto di proprietà col cambiar la coltura del terreno, il mutamento non è illegale od arbitrario. Egli non ha fatto che esercitare il suo diritto di proprietà

sul fondo. E quindi il proprietario sottostante avrà solo l'azione negatoria per impedirgli ciò. A sua volta, però, il proprietario sovrastante potrà agire contro il proprietario sottostante se questi ha compiuto opere che impediscono lo scolo naturale delle acque.

§ 159.

Un importante frammento, a riguardo dell' *a. aquae pluviae arcendae* è il seguente:

Dig. 39, 3, 2, 5 Paulus *libro quadragensimo nono ad edictum*. Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod iure facere possit. quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur.

Lo stesso Varo dice: la violenza delle acque fece rovinare l'argine che si trovava nel fondo del vicino, per il che è avvenuto che l'acqua piovana mi ha recato nocumento. Varo dice, che se l'argine era naturale, io non posso costringere il vicino con l'*a. aquae pluviae arc.* a ricostruirlo od a permettere che sia rifatto; e a que-

sta stessa conclusione arriva anche se l'argine sia artificiale ma dati da tempo immemorabile; chè se invece la sua costruzione sia recente, egli pensa che il vicino sia tenuto con *a. a. pl. arcendae.*

Labeone poi crede che se l'argine sia artificiale, anche se dati da tempo immemorabile si possa agire per ricostruirlo: poichè con quest' azione non può costringersi alcuno a far cosa utile al vicino, ma può impedirglisi di nuocere o di porre in mora colui che compie un' opera che può compiere solo colui cui spetta il diritto di ciò fare. Ma, pur mancando l'*a. a. pl. arcendae*, tuttavia credo che mi competa un'azione utile o un interdetto contro il vicino se io desidero di ricostruire nel fondo di sua proprietà l'argine che, una volta fatto, può giovare a me, ed a lui in vero non sarà per nuocere affatto; ciò consiglia l'equità anche se manchiamo di una particolare disposizione di legge all'uopo stabilita.

Il fondo inferiore aveva dunque, nella specie del fatto in esame, un argine di sbarramento che impediva l'irrompere dell'acqua piovana dal fondo vicino.

La violenza dell'acqua aveva distrutto questo argine. Questione: potrà costringersi il proprietario del fondo superiore a ricostruirlo? Varo e Labeone non sono concordi.

Il primo distingue: tanto se l'argine era naturale, quanto se era artificiale ma datava da tempo immemorabile, il proprietario del fondo superiore non poteva essere costretto a ricostruirlo. Per Labeone, in vece, basta che l'argine sia artificiale, a qualunque tempo rimonti la sua costruzione perchè si sia tenuti a ricostruirlo o a permettere che lo si ricostruisca.

L'*a. a. pluviae arcendae* mira ad impedire che il proprietario del fondo superiore faccia opera alcuna tendente ad incanalare artificialmente l'acqua per im-

metterla nel fondo inferiore. Ma se un argine cade, sia esso naturale od artificiale, antico o recente, il proprietario del fondo in cui l'argine si trovava non può essere tenuto a rifarlo perchè il danno derivante dalla caduta non egli lo ha cagionato, ma un fattto naturale indipendente dalla sua volontà.

Poi il frammento segue: ma se è vero che l'*a. a. pl. arc.* qui non può esperimentarsi, pur tuttavia, se io proprietario del fondo inferiore vorrò ricostruire l'argine così come era prima, per essere rimesso nell'antica condizione, dovrò ottenere un qualche rimedio (azione utile o interdetto). E ciò in base alla considerazione, che l'argine, quando sia rifatto, a me recherà un bene mentre non porterà danno al proprietario superiore.

Non può esservi dubbio che quest' ultima parte sia tutta di fattura giustinianea. Da tutto il ragionamento che precede, riportato dai due giuristi Varo e Labeone, non si rileva affatto l'esistenza di questa ragione utile pel diritto classico.

Il diritto classico si attiene alla rigida interpretazione della norma; è quello giustinianeo che, in vece, mira a conciliare ad ogni passo lo stretto diritto con l'equità. Inoltre si noti, che la celebre motivazione basata sul « mihi non nocet et alteri prodest » è puramente giustinianea. E Giustiniano la introdusse largamente così in questo come in altri campi del diritto.

§ 160.

Continuando nell'esame delle particolari restrizioni di diritto positivo, dobbiamo ricordarne ancora una che risale agli ultimi tempi di Giustiniano. Questi fece divieto di costruire o fare altrimenti in guisa da togliere

il vento alle aie del vicino; (1) ciò in aperto contrasto col principio che chi è proprietario del suolo lo è anche della colonna d'aria sovrastante, e del suolo sottostante. È un divieto che mira a proteggere gl'interessi dei proprietari agricoli, e che ha molti punti di somiglianza con la *servitus altius non tollendi* nel campo degli iura in re aliena.

§ 161.

Altra restrizione di diritto classico è quella che vieta al proprietario di valersi del proprio arbitrio per restringere le invasioni del vicino.

A rigore, il proprietario può, in base al principio « unicuique in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat » prendere sul proprio fondo le disposizioni che più gli convengono. Quindi anche distruggere le opere del vicino che invadano il sopra o il sotto suolo di sua proprietà.

Già vedemmo che per il taglio di alberi invadenti la colonna d'aria del suo fondo il proprietario può agire direttamente, anzi introdursi persino nel fondo del vicino per compiere l'opera, se questi, richiesto non provvede da sè.

§ 162.

Casi da studiare per la loro speciale importanza sono questi due: quello in cui le radici dell'albero appartenente al fondo vicino si siano immesse nel proprio, e quello in cui l'acquedotto del vicino passi a traverso il proprio terreno senza che si sia concessa all'uopo una speciale servitù.

(1) Cod. 3. 34, 14, 1.

Nel primo caso si deve agire giudiziariamente con la *negatoria*, e attendere la sentenza; nel secondo, si può senz'altro recidere l'acquedotto.

Vediamo nelle fonti la ragione di questa diversità.

Dig. 47. 7. 6. 2. Pomponius *libro vicensimo ad Sabinum*. Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit non esse ei ius (sicuti tignum aut protectum) immissum habere. si radicibus vicini arbor aletur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit.

Se un albero ha immesso le radici nel fondo del vicino, questi non potrà reciderle, ma potrà agire per dimostrare che l'immissione delle radici non costituisce un diritto spettante al vicino (come pel *tignum* o pel *protectum*). Se anche l'albero è alimentato dalle radici che sono nel fondo del vicino, tuttavia esso è di proprietà di colui, nel cui fondo si trova il tronco (1).

Il ragionamento di Pomponio è chiaro: se il tuo albero immette le radici nel mio fondo, egli dice, io non potrò reciderle perchè la proprietà delle radici, essendo parti queste costitutive dell'albero. ti appartiene. Potrò solo agire perchè sia dichiarato che tu non hai diritto di lasciare le radici nel mio fondo, valendomi dell'*a. negatoria*, e quindi, solo dopo ottenuta l'autorizzazione, reciderle.

Dig. 9, 2. 29. 1. Ulpianus *libro octavo decimo ad edictum* Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses, posse me tecum damni iniuria agere Proculus scribit: debuisti enim mecum ius mihi non esse protectum habere agere: nec esse aequum damnum me pati reccisis a te meis tignis. aliud

(1) *Origo*, qua. sta ad indicare il punto in cui l'albero sorge; è la base del tronco.

est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cuius domum traiectus erat aquae ductus citra servitutem, rescripsit iure suo posse eum intercidere, et merito. interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.

Procolo scrive, che se tu abbi reciso una sporgenza di mia proprietà che io illegalmente mantenevo sopra la tua casa, io potrò agire contro di te per avermi tu arrecato un danno ingiusto. In fatti tu avresti dovuto agire contro di me perchè io non avevo il diritto di tenere la sporgenza sulla tua casa, nè è giusto che io debba subire un danno in seguito alla recisione che tu hai compiuto dei miei materiali. Differentemente deve dirsi in base al rescritto dell'Imperatore Severo, che stabilì legalmente potere recidere l'acquedotto colui a traverso la casa del quale fosse passato senza che egli avesse concessa una speciale servitù. E ciò risponde a giustizia; poichè il punto importante è, che questi ha agito sulla cosa propria, mentre quegli ha agito sull'altrui.

Il frammento in esame dimostra come non in tutti i casi la immissione possa essere rimossa arbitrariamente dal proprietario del fondo violato. Quando appunto ciò non è lecito, bisogna ricorrere all'*a. negatoria*; chè se la rimozione è avvenuta senza il preliminare esperimento della via giudiziaria. il proprietario a danno del quale essa fu compiuta potrà rivolgersi contro il danneggiante con l'*a. legis Aquiliae*.

Diversamente accade quando un acquedotto passa per il mio fondo senza una mia speciale concessione. Io proprietario potrò benissimo recidere l'acquedotto senza incorrere in alcuna responsabilità per *damnum iniuria datum*. E la ragione della differenza si spiega agevolmente: quando io distruggo la sporgenza del fondo vicino, io opero *in alieno* perchè essa forma parte di quel fondo. Sarà una sporgenza illegale quanto si voglia, ma essa giuridicamente è del vicino e non mia, nè può essere lecito ad alcuno di farsi giustizia da sè su ciò che appartiene ad altri.

Invece l'acquedotto che passa pel mio fondo forma parte integrante della mia proprietà per tutta la lunghezza in cui lo attraversa, onde, recidendolo o distruggendolo, io recido o distruggo cosa di mia proprietà.

Bisogna dunque distinguere tra il caso in cui la cosa altrui violante il mio diritto di proprietà permanga di proprietà del vicino, e il caso in cui la cosa del vicino violante venga a cadere in mia proprietà.

Nel primo caso si può solo ricorrere all'*a. negatoria*; nel secondo, si può a proprio arbitrio farsi giustizia da se stessi.

§ 163.

Esaurita così la parte che si riferisce alle restrizioni legali della proprietà, passiamo ad esaminare un punto di carattere più generale; vogliamo dire quelle restrizioni stabilite semplicemente in base al rapporto di coesistenza fra le varie proprietà immobiliari.

Abbiamo già detto, che è impossibile imaginare una proprietà, in special modo quella immobiliare, con caratteri tali di esclusività e di assolutezza da metterla quasi all'infuori ed al disopra dell'ambiente sociale in cui essa si svolge. Quando si afferma che il proprietario possa sul proprio fondo compiere tutti gli atti per lui utili, o, viceversa, respingere ogni influenza altrui senza preoccuparsi delle dannose conseguenze del suo procedere, si affermano principi contrari alla logica ed ai fatti.

Ai fatti, sopra tutto, i quali s'incaricano di dimostrare, che sempre, dove è vivere sociale, allo stretto diritto di proprietà si sostituisce un reciproco comportamento di concessioni, di tolleranza, di adattamenti, senza dei quali la proprietà si tramuterebbe ben presto in una rocca inutile a cui sarebbe impossibile l'accesso e donde sarebbe difficile l'uscita.

Le nostre fonti si occupano con frequenza dei rapporti di vicinanza, e formulano criteri in proposito, che ancora oggi possono ritenersi esatti.

È importante un frammento che ha dato luogo a vivaci dispute fra gli interpreti: esso si occupa della immissione di fumo nel fondo altrui. Al proprietario di un fondo non può negarsi il diritto di accendervi il fuoco; ma potranno i proprietari vicini impedire la immissione nei propri fondi del fumo che viene a svilupparsi ed a diffondersi trasportato dalle correnti aeree? Se si guardasse al rigido diritto, tale immissione dovrebbe dichiararsi illecita; ma ognun vede che, alla stregua dello stesso criterio, non la sola immissione di fumo, ma mille altri impercettibili legami pei quali l'un fondo può trovarsi continuamente in rapporto con l'altro, dovrebbero essere dichiarati illeciti. E ne deriverebbe una insopportabile condizione di cose per cui lo svolgersi della proprietà sarebbe continuamente inceppato. In base a questi motivi, la modica immissione di fumo deve essere tollerata, nè viene concessa azione per farla cessare.

Ma suppongasi una immissione tale, che il suo perdurare minacci seriamente le condizioni dei fondi confinanti; come nel caso in cui una *taberna casiaria*, ove continuamente si affumica il formaggio, produca una inquietante quantità di fumo. Ciò eccede i limiti e le convenienze della vita normale, onde al proprietario

molestato dovrà essere concesso un mezzo per rimuovere ogni ulteriore turbativa.

Sono queste, appunto, le ipotesi che vengono formulate e risolte nei seguenti passi:

Dig. 8. 5. 8, §§ 5. 6 Ulpianus *libro septimo decimo ad edictum.* Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare.

Il giureconsulto Aristone rispose a Cerellio Vitale che egli era d'opinione non potersi a diritto immettere del fumo da una *taberna casiaria* nei sovrastanti edifici, a meno che non esistesse all' uopo una speciale servitù. Lo stesso giureconsulto continua: anche dal piano superiore in quelli inferiori non è lecito immettere del-

l'acqua od alcunchè d'altro, poichè ciascuno può agire liberamente nella sua proprietà fin che non compie immissione in quella d'altri, e l'immissione di fumo è simile a quella d'acqua. Può dunque il proprietario superiore agire contro quello inferiore perchè sia dichiarato che questi non ha diritto di fare così. Dice inoltre Aristone, che Alfeno scrive potersi agire anche per fare dichiarare che altri non ha il diritto di tagliare pietre nella sua proprietà in modo da farne cadere le schegge nel mio fondo. Dice dunque Aristone, che a colui che prese a locazione una *taberna casiaria* dai Minturnensi, può esser proibita l'immissione del fumo dal proprietario superiore, però i Minturnensi sono tenuti di fronte a quegli in base alla locazione; e aggiunge che si può agire con colui che immetta il fumo per far dichiarare che egli non ha diritto ad immetterlo. Quindi, per contrario, si potrà agire anche per far dichiarare che si ha tale diritto. Ciò che mostra di ammettere anche Aristone. Per altro, potrà anche aver luogo l'*interdictum uti possidetis*, se alcuno venga proibito di far uso come meglio gli piaccia della propria cosa.

Nel libro 41.° delle *lectiones* di Pomponio si discute se uno possa agire perchè sia dichiarato che egli può o non può fare nella sua proprietà un fumo non grave, quale, per esempio, il fumo prodotto dal focolare. Ed egli dice che non si può agire, come non si può agire per far dichiarare che si ha diritto di far fuoco, o di sedersi, o di lavare nel proprio.

Non può impedirsi al proprietario di accendere il fuoco in casa propria: il fumo che normalmente viene prodotto da un focolare che non serve se non agli usi domestici deve essere tollerato, in linea di principio, dai proprietari circostanti. Ma quando questo fumo dilaga con spire imponenti, come nel caso della *taberna casiaria* affittata dal Municipio di Minturno, non può essere più lecita una così grave molestia a danno dei vicini. Qui non si tratta più di una immissione normale che le necessità della vita sociale rendono tollerabile: è un vero e proprio danno che si arreca agli altri. E perciò il giureconsulto concede al proprietario molestato l'azione negatoria contro il *casiarius* che lo affumica.

Ma, d'altra parte, questi aveva locato la taberna appunto per esercitare la propria industria, onde dovrà aver modo di rivalersi contro il locatore, quando tale esercizio gli viene impedito. Egli otterrà dunque il risarcimento dei danni sperimentando l'*actio ex conducto* contro il Municipio minturnense.

§ 164.

Il frammento esaminato ci apre l'adito ad un'altra importante questione in tema di rapporti tra vicini. Quando non sono in lotta i vari proprietari, ma solo i coinquilini tra di loro, con quali azioni potranno questi regolare i loro rapporti reciproci? Evidentemente, qui non è a parlare di azioni negatoria o confessoria, che sono azioni reali sperimentabili solo dal proprietario, e non dal coinquilino; non di azione personale contro il coinquilino perchè con questi non si ha alcun rapporto di obbligazione. Nè si può ricorrere in base al danno aquiliano, perchè bisogna dimostrare che il danneggiante è in colpa.

Non resta quindi all'inquilino che di rivolgersi contro il proprietario locatore, onde se siano diversi i proprietari dei vari piani di una casa, la lite si risolverà tra proprietario e proprietario, sempre, s'intende, che l'atto compiuto dal coinquilino sia un atto non vietato espressamente dalla legge; poichè in questo ultimo caso è la

legge stessa che direttamente lo reprime, e non è a parlare di azione alcuna.

§ 165.

Per stabilire se l'atto posto in essere da un proprietario sia un atto normale non eccedente i limiti dell'esercizio della proprietà non si hanno altri criteri se non quelli pratici derivanti dall'osservazione diretta dell'ambiente, del momento, e delle circostanze sociali.

Qui in Napoli, ad esempio, sorse lite tra l' inquilino del primo piano ed il proprietario della casa il quale aveva affittato la bottega sottostante ad un carbonaio. L' inquilino lamentava la continua immissione del pulviscolo di carbone nei suoi appartamenti.

Si chiedeva: ha ecceduto il proprietario, col concedere il piano terreno al venditore di carbone? I giudici risposero che egli non aveva ecceduto, perchè era logico che in una grande città, come è Napoli, si trovassero dovunque dei venditori di carbone. A noi non pare questa una decisione troppo ragionata. Si sarebbe dovuto distinguere tra case situate in vie secondarie, ove già l'inquilino deve presumere di andare incontro a molestie di tal genere, ove queste, anzi, costituiscono il minor male, e case poste nelle vie principali, in quartieri signorili in cui non sono supponibili questi impuri e sporchi contatti. Nel secondo caso soltanto, si sarebbe potuto affermare che il proprietario aveva ecceduto perchè aveva compiuto un atto non rispondente alla consuetudine cittadina.

Dicasi lo stesso per tutte quelle industrie che producono del fumo. Se trattasi di un genere di industria che si suole esercitare entro città, indifferentemente, non si potrà impedire l'immissione di fumo. Ma se normalmente

le si esercita in punti determinati o fuori la cinta della città, chi non si trovi in tali zone potrà ottenere la rimozione della molestia. Nè crediamo sia d'ostacolo allo sperimento dell'azione la concessione amministrativa fatta a tale industria. Altro è la liceità in fatto di diritto privato, altro la concessione amministrativa. I diritti dei terzi non possono essere menomati da questa, e resta sempre aperto l'adito all'autorità giudiziaria per ottenere il risarcimento dei danni. Il quale si può conseguire anche di fronte ad un decreto di espropriazione per pubblica utilità (1).

§ 166.

Il passo da noi esaminato contiene due criteri importanti in riguardo alla disciplina dei rapporti di vicinanza.

Il primo è un criterio che per la sua assolutezza può portare a conseguenze pratiche gravissime (« in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat »). Il secondo, accennato da Pomponio nelle parole « fumum *non gravem* », offre, invece, soluzioni concilianti e rispondenti alle necessità della vita sociale.

(1) È un caso toccato proprio alla nostra Università. Quando la ditta Cook costruì la ferrovia elettrica al Vesuvio vennero, tra gli altri, espropriati a causa di pubblica utilità anche alcuni terreni appartenenti all'Osservatorio Vesuviano. Per la vicinanza delle correnti elettriche, gli strumenti sismici dell' osservatorio non poterono più funzionare. Donde una lite annosa per ottenere dalla Ditta costruttrice della ferrovia il risarcimento dei danni, o la costruzione di un nuovo padiglione per l'Osservatorio, lontano dal campo delle correnti elettriche. Secondo noi, non può sussistere dubbio sulla fondatezza delle ragioni dell' Osservatorio. L'art. 46 della legge sulle espropriazioni, dice infatti chiaramente: « è dovuta un'indennità ai proprietari dei fondi, i quali dalla esecuzione dell'opera di pubblica utilità vengano gravati di servitù, o vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto ».

Col primo criterio viene stabilito, che a chiunque è lecito di procedere, come meglio gli talenti, nel fondo proprio, purchè non compia immissione nel fondo altrui. E poichè per immissione, come dimostrano del resto gli esempi del fumo e delle schegge addotti nel frammento, deve intendersi l'introduzione di un oggetto corporeo, tangibile, se ne dovrebbe dedurre che in moltissimi altri casi in cui questa immissione materiale non sussiste, e non pertanto si soffre una molestia, non sarebbe concessa azione per farla cessare. Sarebbero escluse le immissioni di rumori, o di odori, nè si potrebbe agire quando, ad esempio, il proprietario vicino recida nel proprio una vena che portava l'acqua anche al mio campo, o compia tal sorta di scavi che la stabilità del mio terreno ne sia minacciata.

Ma nei primi due casi (rumori, odori), osserva il Windscheid che l'immissione non manca; l'odore si espande e varca i limiti del fondo, le onde sonore penetrano anch'esse nella proprietà altrui. E perciò se questi suoni o questi effluvii sono normali a quel determinato ambiente, bisognerà pure tollerarli; chè se eccedano, potrà farsi valere il criterio della immissione perchè l'inconveniente venga rimosso.

Ma nel caso dello scavo, od in quello del taglio della vena d'acqua, non può certo parlarsi di immissione. E pure, pel primo, la quiete del vicino è compromessa, e dal secondo può risultargli danno non lieve.

Le nostre fonti affermano che in questo ultimo caso si può agire contro il vicino se egli abbia operato dolosamente, con l'intenzione cioè di arrecare un danno. In tale ipotesi si parla di atto *ad aemulationem* e viene concessa l'azione. Ma la teoria degli atti *ad aemulationem* è esclusivamente dovuta ai compilatori giustinianei, ed è stata elaborata proprio per eliminare la frequenza

delle dispute in tema di regime di acque. Il diritto classico si atteneva strettamente al rigorismo della formula: *in suo hactenus facere* etc. In vece il diritto giustinianeo, partiva dal concetto che l'acqua era un elemento sul quale sussisteva un diritto universale più alto e più degno di considerazione che non fosse quello del semplice proprietario.

Nel primo caso, quello degli scavi minaccianti la stabilità del terreno, l'azione per il risarcimento dei danni non poteva sperimentarsi se dal proprietario minacciato non si era chiesta preventivamente la *cautio damni infecti*. Torna anche qui quel criterio generale, a cui già accennammo, che cioè il diritto romano concedeva il suo appoggio di preferenza a quegli che mostrava di sapersi tutelare.

Se quindi il proprietario che teme il danno provvede a farsi dare la cauzione, il risarcimento gli è dovuto, ma sulla base concreta della stipulazione della cauzione. Chè se la *cautio* non venga concessa, il magistrato ordinerà una prima immissione provvisoria, e quindi quella definitiva, nel possesso del fondo in cui lo scavo fu compiuto.

Più utile e più fecondo nelle applicazioni pratiche si appalesa in vece il secondo criterio, alla stregua del quale si deve guardare se il singolo atto compiuto dal proprietario si presenti con caratteri di gravità, ossia ecceda i limiti delle idee comunemente accettate in un determinato ambiente. È un criterio oggettivo su cui possiamo fondarci, e di cui la giurisprudenza si serve con buoni risultati (1).

(1) Si presentò ai tribunali tedeschi il seguente caso: il proprietario di un fondo vicino ad una grande fabbrica di zucchero aveva iniziato un allevamento di api su vasta scala. Si doleva il proprietario della fabbrica perchè la sua produzione era decimata dalle in-

§ 167.

Vediamo ora nelle fonti l'applicazione di questo criterio oggettivo.

Dig. 8, 2, 19, pr. Paulus *libro sexto ad Sabinum* Fistulam iunctam parieti communi, quae aut ex castello aut ex caelo aquam capit, non iure haberi Proculus ait: sed non posse prohiberi vicinum, quo minus balineum habeat secundum parietem communem, quamvis umorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet. sed Neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut adsiduum umorem habeat et id noceat vicino, posse prohiberi eum.

Procolo dice che illegalmente si tiene aderente alla parete comune un canale che prende acqua dal deposito superiore o dal cielo. Ma non si può proibire che il vicino tenga il bagno lungo la parete comune, anche se questa ne assorba umidità, allo stesso modo che non si può impedire al vicino di effondere dell'acqua nel suo triclinio o nel suo cubicolo. Però, dice Nerazio, se tale è l'uso del tepidario che ne derivi una umidità continua, si potrà proibirglielo.

Si tratta dunque di vedere se, in base all'immissione di umidità nella parete, si abbia il diritto di impedire al vicino l'uso della stanza da bagno. E si decide giustamente, che non si può costringere a ciò il vicino quando del tepidario questi faccia un uso normale. Il bagno ri-

vasioni delle api a sciami, e chiedeva il risarcimento dei danni. La questione fu decisa in favore del proprietario della fabbrica, non in considerazione del dolo del proprietario delle api, ma in base al solo criterio che quell'allevamento eccedeva i bisogni della vita normale e quindi non avrebbe potuto farsi che in luogo adatto e con le debite cautele.

sponde ad una necessità della vita quotidiana (e bisogna tenere anche presente l'uso comune e costante che del bagno facevano i Romani), nè la piccola molestia che viene arrecata può esser motivo sufficiente per far dichiarare illecito l'atto del vicino. Ma se l'uso del tepidario è senza interruzione, ossia eccede i bisogni del vicino, od è esercitato per speculazione, il danno cagionato al proprietario attiguo può avere i caratteri della gravità (si ricordi il *fumus gravis* del fr. precedente) ed egli può esperimentare l'*a. negatoria* per far rimuovere l'abuso.

§ 168.

Dig. 8, 5, 17, 2. Alfenus *libro secundo digestorum.* Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.

Da colui lungo la parete del quale il vicino aveva posto un deposito di sterco a causa del quale la parete marciva, si domandava in qual modo potesse costringersi il vicino stesso a rimuovere il deposito. Io risposi — dice Alfeno — che, se il vicino avesse fatto ciò in luogo pubblico, lo si poteva costringere con l'interdetto; se in luogo privato, bisognava agire in base alla non esistenza della servitù. Chè se colui che mi interrogava avesse fatto la *stipulatio damni infecti*, poteva per mezzo di tale *stipulatio* ottenere ciò che di danno gli fosse eventualmente toccato per tal fatto.

Il giureconsulto opinà che il letamaio debba essere

rimosso; evidentemente perchè il tenerlo in quella località non risponde all'uso ed al bisogno della vita pratica e perchè il danno che viene prodotto al proprietario del muro è grave. Circa la via giuridica per ottenere la rimozione. Alfeno distingue due casi: o il letamaio è in luogo pubblico, od è in luogo privato.

Se è in luogo pubblico, qualunque cittadino che ne risente danno può agire per ottenere la rimozione con l'interdetto popolare « ne quid in loco publico fiat ». Se, invece, il letamaio si trova in luogo privato, colui che riceve la molestia può agire direttamente con l'*a. negatoria servitutis* per far dichiarare che al vicino non compete il diritto di tenere addossato al muro quel deposito, oppure, quando si sia ottenuta dal vicino la *cautio damni infecti*, agire in base a questa per conseguire, oltre che la rimozione, anche il risarcimento del danno.

§ 169.

Dig. 39. 2. 24. 12 Ulpianus *libro octogensimo primo ad edictum.* Item videamus, quando damnum dari videatur: stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium loci operis damnum fit. ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei praecisae sunt: an tenear? ait Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum. si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

Vediamo, dice Ulpiano, in qual caso si possa dire che si è cagionato un danno, poichè la *stipulatio damni infecti* si riferisce a quel *damnum* che, per il vizio della costruzione, deriva all'opera locale. Supponi che io apra

un pozzo nella mia casa, e che per il fatto dell'apertura vengano recise le vene d'acqua di un altro pozzo. Sarò tenuto? — Trebazio dice che io non sono tenuto per il *damnum infectum*; infatti non si può ritenere che per un vizio della mia opera ti si dia danno a mezzo di quella cosa nella quale ho esercitato il mio diritto di uso. Se però io scaverò così profondamente, che alla tua parete venga a mancare la stabilità, io incorrerò nella *stipulatio.*

Si afferma che non può recar danno ad altri chi fa uso del proprio diritto, e che, quindi, nel caso speciale, nè anche la *stipulatio damni infecti* potrà invocarsi da chi pretenda di essere risarcito pel fatto che al suo pozzo è venuta a mancare l'acqua in seguito agli scavi fatti dal vicino nel proprio fondo.

Qui non può aversi danno, perchè questo giuridicamente si verifica solo allorquando altri compie opera non rispondente al proprio diritto; nè può parlarsi di atto *ad aemulationem* perchè questo suppone un agire doloso. Nell' esempio addotto il vicino non ha fatto che un' opera utile, forse anche necessaria, alla sua proprietà. Atto di emulazione può dirsi solo quello compiuto con l' unico scopo di danneggiare il vicino (ad es: l' innalzamento di un muro altissimo per togliere completamente la vista al vicino).

Nel frammento in esame è contenuta l' espressione *committetur stipulatio*, la quale ha bisogno di chiarimento. Si dice che la *cautio*, o la *stipulatio* che le sta a fondamento, *committitur*, non appena si verifica il fatto in base al quale si può agire per ottenere il pagamento della cauzione. Nella *cautio damni infecti* questo fatto non può verificarsi che una sola volta, e cioè non appena i lavori compiuti dal proprietario promittente compromettano effettivamente la stabilità del fabbricato di proprietà dello stipulante. Della *cautio usu-*

fructuaria si suol dire in vece, che *pluries committi potest*. È noto, che l'editto pretorio costringeva l'usufruttuario a promettere, con garanzia di cauzione: 1.) di godere della cosa da buon padre di famiglia (*usurum boni viri arbitratu*) 2.) di restituirla alla fine dell'usufrutto (*restituturum quod exstabit*). Pel primo punto, è evidente, si poteva incorrere nella stipulazione più di una volta, perchè più di una volta l'usufruttuario avrebbe potuto operare da cattivo amministratore al riguardo della cosa. E appunto, solo pel primo caso è vera l'espressione: *pluries committi potest*, non per il secondo, il quale *committitur semel* in quanto la non restituzione della cosa, o di quanto ne resta, non può verificarsi che una sola volta, al termine dell'usufrutto.

§ 170.

Dig. 39. 2. 66. Ulpianus *libro octogensimo primo ad edictum*. Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia eaque iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti (1) lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. mihi videtur vera esse Proculi sententia.

Procolo dice, che quando alcuno compie con diritto qualche cosa nel proprio, non è tenuto in base alla stipulazione, sebbene abbia promesso al vicino pel *damnum infectum*. Ad esempio, se tu hai dei caseggiati a canto ai miei e, usando del tuo diritto, li sopraelevi, o se derivi la mia acqua in un tuo campo vicino, o con un condotto, o con una fossa, sebbene in questo caso tu mi tolga l'acqua e in quello la luce, non di meno a me non competerà azione in base a quella stipulazione, appunto perchè non si deve ritenere che arrechi un danno colui che impedisce ad altri di godere di un vantaggio di cui fin ora godeva, ed intercede una grande differenza tra il fatto che alcuno arrechi un danno o, invece, impedisca di godere un vantaggio per lo innanzi goduto.

(1) *uti* KRUEGER.

Fin qui il giureconsulto Procolo; Ulpiano soggiunge di essere dello stesso avviso di Procolo.

È sempre lo stesso concetto, che cioè si incorre nella stipulazione solo quando si è arrecato al vicino un danno in senso giuridico. Ora, questo danno non può ammettersi se colui che ha dato motivo alle doglianze del vicino non ha menomamente usurpato i diritti di quest'ultimo. La sopraelevazione di una casa, lo scavo di un canale o di una fossa pei quali l'acqua scorra nel proprio invece che nel fondo vicino, costituiscono altrettanti *facere in suo*, entro i limiti cioè della proprietà, e quindi perfettamente leciti. Lo svantaggio che al vicino ne deriva, non costituisce in tale ipotesi, un danno di cui il diritto tien conto.

Notisi però che non basta il *facere in suo* per far ritenere lecito un atto compiuto dal proprietario; occorre « *iure* facere », onde il principio generale trova già una limitazione nella parola stessa del giurista, il quale esige che vengano osservati i limiti, diremo così, naturali della proprietà, non solo, ma che, anche atte-

tenendosi entro questa cerchia, non si esercitino facoltà che di diritto non competono.

§ 171.

Dall'esame particolareggiato che abbiamo fatto delle limitazioni della proprietà, escono ancora più rafforzati i principi cui si è già accennato fuggevolmente.

Non può esistere proprietà, specie immobiliare, dicevamo, senza limitazioni.

Ma queste limitazioni, a loro volta, possono derivare dalla legge o dal fatto dell'uomo. Nel primo caso, è la legge che studia le condizioni economiche e sociali del popolo al quale s'impone, è il diritto positivo che determina il contenuto pratico della proprietà in armonia con le condizioni dell'ambiente; onde la proprietà sorge in concreto con una determinata configurazione della quale le limitazioni sono ad un tempo le linee di confine e i segni d'individualizzazione. Non si può parlare di servitù in riguardo alle restrizioni legali, appunto perchè servitù è un concetto relativo, subordinato al concetto più generale di libertà, il quale a sua volta, non è un concetto astratto, ma assume determinate forme concrete nei diversi periodi della storia.

Il concetto di libertà è essenzialmente negativo, nel senso che esso non è rappresentabile alla mente umana se non per mezzo di linee - limite preventivamente fissate.

A questa stregua si dice libero l'uomo che non può essere obbligato se non di fronte a determinate limitazioni, e perciò il concetto di libertà assume aspetti e configurazioni varie da ambiente ad ambiente, da una legislazione ad un'altra.

Così un fondo è libero, in quanto appunto gode di

tutte le facoltà comprese entro i limiti, le restrizioni della proprietà fissate dal diritto positivo. Non si può quindi parlare di servitù vera e propria quando trattasi di limitazione introdotta dalla legge: di servitù può parlarsi solo quando al fondo vien tolta una facoltà che gli spetta in ordine alla conformazione generale che la proprietà ha ricevuto in un determinato diritto positivo.

Quando la legge prescrive che non venga operata alcuna immissione dall'uno nell'altro fondo, essa afferma un principio generale valido per tutte le proprietà fondiarie; quindi una limitazione concreta che intacchi la proprietà di alcuni e lasci libere quelle di altri non sussiste, e qui non può parlarsi di servitù.

Ma esistono limitazioni, che sebbene introdotte dalla legge hanno figura e sostanza di vere servitù. Così è per il passaggio necessario, perchè in tesi astratta i fondi non sono tutti costretti a tollerare il passaggio, e questo non ne colpisce che alcuni determinati. Qui si tratta proprio di una restrizione limitata ad alcune proprietà, di un rapporto analogo a quello che passa tra fondo dominante e fondo servente. E in tal caso si parla di servitù legali, in quanto appunto la legge non impone questa servitù se non ai fondi che si trovano in condizioni determinate.

Dovrà dirsi lo stesso per quelle disposizioni legali che impongono una distanza fissa fra proprietà e proprietà immobiliare, fra costruzione e costruzione?

§ 172.

Esaminiamo un passo del Digesto, che lascia luogo a qualche dubbio.

Dig. 10. 1. 13. Gaius *libro quarto ad legem duodecim*

tabularum. Sciendum est in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem dicitur tulisse: nam illicita est: ἐάν τις αἱμασιὰν παρ' ἀλλοτρίῳ χωρίῳ ὀρύττῃ, τὸν ὅρον μὴ παραβαίνειν· ἐὰν τειχίον, πόδα ἀπολείπειν· ἐὰν δὲ οἴκημα, δύο πόδας. ἐὰν δὲ τάφον ἢ βόθρον ὀρύττῃ, ὅσον (1) τὸ βάθος ἦ, τοσοῦτον ἀπολείπειν· ἐὰν δὲ φρέαρ, ὀργυιάν. ἐλαίαν δὲ καὶ συκῆν ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν, τὰ δὲ ἄλλα δένδρα πέντε πόδας.

Deve ritenersi che nell'*a. finium regundorum* sia da osservarsi ciò che fu scritto quasi sulla traccia di quella legge che si dice fosse data da Solone ad Atene, poichè quivi è scritto: Se alcuno fa una costruzione presso l'altrui fondo, non ecceda il confine: se si tratta di un muro interceda lo spazio di un piede, se di una casa, lo spazio di due piedi. Se si scava un sepolcro oppure una fossa l'intervallo sia pari alla profondità, se un pozzo l'intervallo sia di un' *orgia.* Si pianti poi l'olivo od il fico a nove piedi di distanza, gli altri alberi a cinque piedi.

Si tratta qui del regolamento de' confini tra fondo e fondo. La fissazione dei limiti può aver luogo anche in occasione di una qualunque fra le due altre azioni divisorie (*communi dividundo, familiae erciscundae*) ma qui tale fissazione non è che una conseguenza necessaria dello scopo principale a cui tende l'azione (la divisione o il regolamento del condominio, la divisione dell'eredità), e se vi è una zona di proprietà contestata, l'arbitro *communi dividundo* o *familiae erciscundae* agisce sempre entro i limiti dello *arbitrium* attribuendo all'uno piuttosto che all'altro tale zona, o dividendola fra i due proprietari. In vece nell'azione *finium regundorum* non

(1) ἂν *ins.*

viene nè anche subordinatamente in contestazione la proprietà; con essa si chiede il rispetto delle distanze che debbono intercedere fra fondo e fondo o fra opera e fondo. Gaio si riporta alla tradizione che attribuiva la compilazione delle XII Tavole ad una commissione legislativa recatasi in Grecia per studiare le leggi di Solone ed il loro funzionamento pratico (1); egli riferisce per ciò, sulle orme della legge di Solone, le distanze che anche per la legge romana delle XII Tavole avrebbero dovuto intercedere tra i fondi.

Ora, si dovrà parlare in questo caso di servitù legale, o di restrizione sorta con la proprietà? Qual'è la natura di questa restrizione che sussiste, in casi anche più frequenti, nel diritto moderno?

Per noi, non vi ha dubbio che anche questo rientri fra i casi di restrizioni sorte con la proprietà. Essa risponde ad un bisogno che il legislatore ha fissato *a priori*, e per ciò fa parte di quelle facoltà che in un dato ambiente sociale si stimano necessarie per l'esistenza e per lo sviluppo della proprietà.

È da ricordare in proposito il concetto sostenuto dal Brugi nei suoi Studi sulle *Servitù prediali romane.* Egli sostiene che il vero concetto di servitù prediale non risponde ad una *necessità* ma ad una *utilità* dei fondi.

Il proprietario, mosso dall'interesse individuale e dal giusto desiderio di godere maggiormente la cosa, cerca di creare in questa nuove qualità utili che garantiscano un profitto maggiore. Le *necessità* dei fondi sono già sodisfatte dalle regole della vicinanza indipendente dal patto, e consistente vuoi in determinate regole, vuoi in appositi istituti giuridici. Un fondo vien detto *optimus*

(1) È noto che ormai i più ritengono che la commissione abbia potuto recarsi a preferenza nella *Magna Grecia.*

maximus dai giureconsulti romani quando è nella sua condizione normale, nel suo stato di piena libertà e comodità, quindi quando è libero di ogni servitù passiva, non solo, ma anche quando, pur essendo privo di ogni servitù attiva, esso è sodisfatto in tutte le sue *necessità* e trovasi in una condizione pienamente e comodamente sfruttabile dal proprietario. La servitù prediale, convenzionale o testamentaria, rappresenta, secondo il Brugi, una *melior causa praediorum*; quella, in vece, che si suol chiamare *servitù legale* non può esistere come tale, non ha cioè nè il carattere nè lo scopo di servitù prediale.

MODI DI ACQUISTARE LA PROPRIETÀ

§ 173.

I modi di acquistare la proprietà, secondo il diritto romano, dipendono da fatti di differente natura, che possono essere classificati sotto diversi punti di vista. Accenneremo brevemente alle principali distinzioni che si sogliono fare.

Anzi tutto la proprietà poteva essere acquistata per modi che aveano la loro base nel diritto pubblico, o per modi appartenenti esclusivamente al diritto privato.

Appartengono alla prima categoria l' *assignatio* e l' *addictio* dell' *ager quaestorius*, la *sectio bonorum*, l' *emptio sub corona*, la *dedicatio*, la confisca (*consecratio*, *publicatio bonorum*). Alla seconda (quelli su cui noi più specialmente ci tratterremo) la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *usucapio*, l' *occupatio* etc.

L'acquisto della proprietà poteva essere fondato sullo *ius civile* o sullo *ius gentium*, onde la distinzione in modi *iuris civilis* e *iuris gentium*. *Quarumdam rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarumdam iure civili* (§ 11 Inst. De r. d. 2. 1; Gaius II, 65).

§ 174.

È naturale che il diritto antico non conoscesse i modi di acquistare dello *ius gentium*, appunto perchè non attribuiva efficacia al medesimo; anzi, non lo conosceva. Gli acquisti non fatti nelle forme dello *ius civile*, si legittimavano solo con la *usucapio*. Ma quando lo *ius gentium* venne mano a mano facendosi strada nella coscienza giuridica romana, quale efficacia avevano i modi da esso introdotti? Avranno essi dato sulle cose la proprietà civile, *dominium ex iure Quiritium*, o solo la naturale, il così detto *in bonis habere*? È un punto assai controverso; e vi fu chi scrisse un libro appunto sulla nostra questione: lo Scheurl.

L' ipotesi più fondata è che nei primi tempi i modi naturali non attribuissero se non l' *in bonis habere*. Indi la necessità della usucapione per acquistare il diritto sulle cose ereditarie, che erano considerate come *nullius*.

Ma certi modi, che si sogliono classificare fra quelli *iuris gentium*, già fin dai tempi antichissimi ebbero efficacia civile. Così il proprietario del suolo diventa proprietario dell' edificio costrutto da altri; e benchè l' *accessio* sia modo di acquisto *iuris gentium*, se il dominio sul suolo era quiritario, lo sarà pur quello sull'edificio.

Ai tempi del diritto classico questo stato di cose era radicalmente cangiato. La tradizione già a' tempi di Cicerone trasferiva la proprietà quiritaria delle *res nec mancipi*; e Ulpiano ce la dipinge come il modo peculiare di alienazione di queste (XIX-7): *Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi*. Così sicuramente si può affermare che la *occupatio* dà il *dominium ex iure Quiritium*. E per l' accessione abbiamo la legge

Dig. 6. 2. 11. 7 Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*. Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit. Si afferma, dunque, recisamente, che il terreno aggiunto per alluvione, ci appartiene allo stesso titolo cui ci appartiene il fondo.

E, finalmente, per proporre la *rei vindicatio* basta anche lo allegare un modo di acquisto *iuris gentium*:

Dig. 6, 1, 23 pr. Paulus *libro vicensimo primo ad edictum*. In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium adquisivit.

O si acquisti per diritto delle genti, o si acquisti per diritto civile si ha sempre la *in rem actio*, la *rei vindicatio*, che è, per così dire, la qualifica del diritto quiritario.

Non fanno ostacolo le obbiezioni del Puchta. Secondo lui, Paolo può anche voler dire, che tale efficacia hanno *alcuni*, non tutti i modi *iuris gentium*. Ma sarebbe un modo di esprimersi a bastanza poco corretto. Nè giova il dire che Paolo non parla di CIVILIS *in rem actio*, ma di *in rem actio* semplicemente; perchè dal titolo in cui è il testo, e dal non esservi indicazione contraria, appunto si deduce, che qua si parla della rivendica civile.

Ancora: che i giureconsulti classici non facessero in genere distinzione fra le due sorta di modi in ordine alla proprietà trasferita, è pur provato da ciò, che nel notare le differenze fra lo *in bonis habere* e il *dominium ex iure Quiritium*, non accennano a questa, che sarebbe fondamentale, del diverso modo con cui possono sorgere.

§ 175.

Importantissima è la distinzione fra modi di acquisto *originari* e *derivativi*. Certo le fonti non fanno espressamente questa distinzione; ma la consacrano in realtà colle loro decisioni relative ai diversi effetti. E d' altra

parte è una distinzione della più alta importanza pratica.

Dicesi *originario* quel modo di acquistare in cui la proprietà nostra sorge per la prima volta *ex novo*, indipendentemente dal fatto e dal diritto di un' altra persona.

Dicesi, in vece, *derivativo* quello per cui la proprietà da noi acquistata non è se non una continuazione di una proprietà già esistente, e da questa viene derivata.

Mentre là il diritto ha in sè la determinazione del proprio contenuto e della propria estensione, qua ha luogo quel che si domanda *successione* in senso tecnico, e il diritto acquistato è identico a quello di chi ce lo ha trasmesso, e prende norma dal contenuto ed estensione di questo.

Questa successione, poi, può essere a titolo universale o a titolo particolare, secondo che ha per oggetto un patrimonio intero, od una o più cose determinate.

Le fonti, nel primo caso, parlano di *adquisitio per universitatem*, di *successio in universum ius*; nel secondo di *successio in rem, in singulam rem, in singulas res.* (1)

Però, quanto è all' acquisto della proprietà, conviene fare un'osservazione. Acquisto derivativo diretto di essa si ha solo nella successione a titolo particolare: in quella a titolo universale l'oggetto immediato dell'acquisto è il patrimonio, come complesso di rapporti giuridici condensati ad unità distinta e separata da essi. La proprietà non è acquistata che mediatamente, come conseguenza dell'acquisto del tutto. Ciò non toglie però che anche

(1) V. però lo studio del prof. C. Longo, *L' origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano* in *Bull. dell' Ist. di D. R.* anno XIV fasc. II - IV, V - VI, anno XV fasc. V - VI.

qua vi sia acquisto di proprietà, contrariamente a quanto afferma il Windscheid.

§ 176.

Nelle fonti troviamo differenti enumerazioni dei diversi modi di acquistare la proprietà. E fra le varie relazioni vi è una certa discordanza, che però è semplicemente apparente.

Varrone (1) parlando dell'acquisto di uno schiavo, *res mancipi*, accenna a sei differenti modi:

In emptionibus (servorum) dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cesserit, qui potuit cedere, et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cuius publice veniit.

Ulpiano, in vece, dà la seguente enumerazione.

Lib. Sing. Regularum XIX, 2:

Singularum rerum dominium nobis adquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiudicatione, lege.

È facile intendere la ragione delle differenze fra le due relazioni. Varrone parla tanto dei modi a titolo universale, che di quelli a titolo particolare: Ulpiano solo di questi. Onde tace della eredità e della *sectio bonorum*, che importano successione *per universitatem*. Alla sua volta Varrone non parla della *traditio*, perchè si occupa dell'acquisto di uno schiavo, che, come notammo, è *res mancipi*; non parla dell'acquisto *ex lege*, perchè è certo che Ulpiano accenna a quello introdotto dalla legge Giulia e Papia, mentre Varrone visse prima di

(1) *De re rustica* II, 10, 4.

questa. La *emptio sub corona* ai tempi di Ulpiano era andata in disuso, o, come pensa il Puchta, non esisteva più come modo a sè, confondendosi con la vendita comune.

Gaio (*Inst.* II. 65 e seg.) aggiunge anche gli altri modi di acquistare *iuris gentium*. Egli parla della *mancipatio*, della *traditio*, della *in iure cessio*, della *usucapio* (tutte queste sotto il concetto comune di alienazione); poi della *occupatio*, della *alluvio*, e in genere dell'accessione, della specificazione. Indi passa ad esaminare le *adquisitiones per universitatem*.

Teofilo (*Parafr.* II, 2, pr.; II, 9. 6) enumera cinque modi *iuris civilis*, e quattordici *iuris gentium*. Ma a questa enumerazione possono pur farsi delle aggiunte.

Mancipatio e in iure cessio

§ 177.

Fra i modi di acquisto di diritto civile interessano sopra tutti la *mancipatio* e la *in iure cessio*.

Per intendere l'essenza, la sfera di applicazione, e gli effetti di questi due istituti occorre cominciare col descriverne le formalità. Essi sono modi di acquisto di carattere fittizio od imaginario, e gli scrittori classici designano appunto la *mancipatio* come una *imaginaria venditio*, e la *in iure cessio* come una *imaginaria vindicatio*.

La *mancipatio*, considerata in riguardo alla forma, rientra nel concetto del *gestum per aes et libram*. Quindi le due parti dovevano compiere l'atto in presenza di cinque testimoni, cittadini romani e puberi, e di un *libripens* che teneva la bilancia. Si pesava il metallo (rame) che rappresentava il prezzo della cosa che si alienava;

poscia, quando la moneta diventò mezzo di scambio, restò la formalità del pesamento, ma come mera solennità non come realtà.

Il *mancipio accipiens*, mettendo nella bilancia il pezzo di rame che simboleggiava il prezzo, e toccando la cosa che acquistava, pronunciava le parole solenni: « Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio, eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra ».

La *in iure cessio*, come già dicemmo, non era se non una finta rivendica: epperò da questa toglieva le sue disposizioni essenziali.

L'acquirente e il cedente si recavano presso Il magistrato, pretore, preside della provincia (*in ius*). Il primo affermava nei modi solenni che la proprietà quiritaria della cosa che doveva acquistare gli apparteneva, ossia *rem vindicabat;* il secondo, richiesto dal magistrato se, come era necessario nella rivendica, contravendicava la cosa, negava o taceva. In tal caso si aveva o una vera e propria *confessio in iure*, o il convenuto ritenevasi *pro confesso*.

Così stando le cose, formalmente era accertata nel modo più chiaro la proprietà dell' attore, e il pretore, senza rimandare le parti d'innanzi al giudice, *rem addicebat*.

Nel primo caso, quello della *mancipatio*, avevasi un contratto extragiudiziale in presenza di testimoni, con vendita e apprensione della cosa. Nella *in iure cessio* si aveva una vera e propria finzione giudiziale.

§ 178.

Gaio, *Inst.* I § 119, riferisce le parole solenni e le formalità della *mancipatio*.

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, ima-

ginaria quaedam venditio, quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aenam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

Sebbene Gaio affermi che l'istituto della *mancipatio* è peculiare dei cittadini romani, occorre tuttavia ricordare che anche presso i Latini, esso costituiva un atto abitualmente applicato negli scambi commerciali. Ed ancora nelle leggi di *Malaca* e di *Salpensa* noi ne troviamo fatta menzione. Così che piuttosto che un istituto di origine puramente romana, la *mancipatio* dovrebbe più esattamente considerarsi come un istituto già sorto e sviluppatosi anteriormente alla individualizzazione di Roma fra le genti che formavano il ceppo latino; la *mancipatio* visse ancora presso la gente romana senza sparire presso le nazioni sorelle.

§ 179.

In ordine alle diverse formalità della *mancipatio* occorrono ancora alcuni brevi riflessi.

Anzitutto è da accennare ad un'opinione assai diffusa secondo cui la *mancipatio* non sarebbe stata per lo innanzi se non una solenne operazione, che facevasi d'innanzi al popolo convocato nei comizi, l'assenso del quale sarebbe stato quello che avrebbe dato efficacia alla traslazione della proprietà. Col tempo, e per maggior praticità, i cinque testi sarebbero stati a rappresentare le

cinque classi, in cui il popolo era diviso secondo l'organamento dato a Roma da Servio Tullio.

Questa opinione è un riflesso dell'idea, anch'essa a bastanza diffusa, che negli atti solenni i testi stiano a rappresentare le diverse parti in cui il popolo era distribuito. Così, a proposito dei numeri 3, 5, 10, che indicano i testi necessari secondo la diversa natura degli atti, fu detto che derivano dalle tre antiche tribù, dalle cinque classi, dalle dieci *gentes* di una curia.

Ora, due gravi obbiezioni possono farsi contro tale ipotesi applicata alla *mancipatio*.

In primo luogo, se effettivamente i cinque testi fossero stati a rappresentare le cinque classi dell' ordinamento serviano, si sarebbe trattato di un numero imposto tassativamente, e, come non lo si sarebbe potuto restringere così non lo si sarebbe potuto nè anche allargare. Invece Gaio si limita a dire che i testi debbono essere *non minus quam quinque*; donde si può argomentare che, se fosse parso opportuno di adibirne un numero maggiore, ciò sarebbe stato perfettamente lecito. Il numero di cinque non è, dunque, assolutamente invariabile.

In secondo luogo, trattandosi di rappresentare l' assemblea deliberante, è logico che il simbolo riproduca quegli elementi del popolo che sono chiamati a votare, in altri termini, si dovrebbero avere tanti testi quanti gruppi votanti. Ora, secondo l'ordinamento serviano, votano le centurie, non le classi. Epperò, bene a ragione osserva Hölder, (1) che non tanti testi quante erano le classi, ma quante erano le centurie si sarebbero dovuti richiedere. E, d'altra parte, non è neppur serio imaginare che, per quanto piccola fosse la originaria portata del commercio romano, dovesse chiamarsi tutto il popolo per presenziare ad ogni minima alienazione.

(1) HÖLDER, *Beiträge zum Erbrecht*, 1881 p. 51.

Oltre che dei cinque testi le nostre fonti fanno menzione di un *libripens* e di un *antestatus*.

Il *libripens* è colui che tiene in mano la bilancia con cui va pesato il metallo. Poichè nelle origini la *mancipatio* è una vendita, e d'altra parte nello scambio quotidiano non si fa ancora uso del metallo monetato, occorre necessariamente la bilancia per pesare il metallo rude che costituisce il prezzo della cosa che si acquista.

L'Epitome di Gaio del *Breviarium Alaricianum* (I. 6. 3) nomina anche l'*antestatus* fra le persone che assistevano alla mancipazione:

Quinque testes cives romani in praesenti erunt, et pro illo qui libripens appellatur, id est stateram tenens et qui *antestatus* appellatur, alii duo, ut septem testium numerus impleatur.

Ancora, se ne fa menzione in tre strumenti di donazione a noi pervenuti (*Instrum. donat.* Flav. Artemidori, Flav, Syntrophi, et Statiae Irenes).

Dal *Breviarium* parrebbe che si trattasse di persona diversa dai testimoni; e quindi dovremmo dire che, con i testimoni il *libripens* e l'*antestatus*, sono in tutto sette le persone (escluse le parti) che si richiedono per l'atto della *mancipatio* (1).

In realtà l'*antestatus* non è un personaggio che necessariamente deve essere distinto dai testimoni. La donazione di Flavio Artemidoro (2) fa i nomi del libripende

(1) Anche nell'antico testamento " per mancipationem „ se ai cinque testi si aggiunge il "libripens„ ed il " familiae emptor „ si ottiene questo numero sette, che in seguito, per la diminuita importanza del " familiae emptor „ è rappresentato dal numero di sette testimoni richiesti per l'atto.

(2) V. Bruns, *Fontes* pag. 294. Questa donazione che è interessante oltre che per il punto di vista in questione, anche per la natura dell'oggetto donato — *ollaria et cineraria* — formerà oggetto di più lungo esame in seguito.

e dell'antestato: « libripende M. Herennio Iusto; antestatus est Ti. Iulium Erotem ». Così quella di Statia Irenes (1) « libripende Claudio Dativo, antestato Cornelio Victore »; e così pure quella di Flavius Syntrophus (2): « libripende Ti. Claudio Phileto. Antestatus est T. Flavium Theopompum ». L' *antestatus* è dunque un personaggio di cui può dirsi che la menzione non manchi nei documenti originali che possediamo. Ma di gran lunga più importante per la risoluzione del problema che ci occupa è il testamento di C. Longinus Castor, un veterano della flotta di Miseno. Il testamento ci è giunto quasi completo nella traduzione greca scritta su un papiro che fu scoperto in Egitto (3). Orbene il testamento di Longino Castore mostra direttamente che l'*antestatus* non è distinto dai cinque testimoni, ma fa parte di essi, e contribuisce a formare con gli altri quattro, con il *familiae emptor* e con il *libripens*, i sette testimoni di cui l'editto pretorio esige il sigillo *(signum*, d'onde *signatores)* sul testamento. Aggiungasi che in un passo di Clemente Alessandrino all'*antestatus* si dà la qualità di intermediario, si accenna ad obbligo da esso assunto. Pare dunque che egli fosse uno chiamato dalle parti, perchè cercasse il *libripens* ed i testimoni (4). Nella mancipazione egli non figurava se non come teste: con la chiamata di queste persone la sua missione speciale era finita. Quindi nell' atto compiuto *per aes et libram* egli non aveva una funzione speciale; e se è indicata la sua qualità gli è che occorre sapere chi possa deporre in giudizio della regolare *rogatio* dei testimoni. Era, infatti,

(1) Bruns *l. c.* p. 295.

(2) Bruns *l. c.* p. 296.

(3) *Aegyptische Urkunden aus den Koeniglichen Museen zu Berlin* I. 326. V. la traduz. latina in Girard, *Textes* p. 771.

(4) *Licet antestari?* è la domanda che vien rivolta ai testimoni.

requisito essenziale che i testi fossero stati espressamente chiamati ad assistere all'atto; essi dovevano presenziare *ad hoc*, e non per mero caso. (1) Ciò spiega anche perchè nè Gaio, nè Ulpiano, ne parlino a proposito del *per aes et libram gestum:* in effetti la funzione dell'antestato si svolge fuori dell'ambiente in cui si compie l'atto, ed all'atto, in sè, è estranea.

Il silenzio di quei giureconsulti, non deve indurci in errore; essi hanno scritto opere principalmente teoriche, e finchè ci si limita a studiare gli istituti nei libri teorici non si può contemplarne il movimento e gli atteggiamenti nella vita pratica. Solo i documenti che di questa ci restano possono offrirci l'occasione di completare lo studio. E qui ne è proprio il caso: il fatto che gli autori giurici non registravano la funzione dell'*antestatus* non avrebbe potuto mai autorizzare l'affermazione che tal funzione non esistesse nella realtà della vita.

§ 180.

Le parole solenni pronunziate dall'acquirente all'atto della mancipazione hanno offerto occasione a due moderni scrittori — lo Eisele e lo Schlossmann — di combattere la comune opinione che ritiene la mancipazione anteriore nel tempo alla stessa fondazione di Roma.

In realtà, la formula solenne della *mancipatio* racchiude due parti che sono l'esplicazione di due concetti nettamente scindibili l'uno dall'altro.

Nella prima parte (Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio) si ha l'affermazione solenne della

(1) La frase " testimoni debitamente rogati „ è usata anche attualmente in molti rogiti notarili.

proprietà; nella seconda (isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra), si ha l'affermazione solenne dello acquisto fatto.

Appunto la reciproca posizione di questi due concetti nel periodo, è apparsa contradittoria allo Schlossmann.

Nel suo scritto (1) egli si sforza di dimostrare l'impossibilità di una qualsiasi giustificazione della formula della *mancipatio* dal punto di vista del diritto e della logica.

Egli nota che la *mancipatio* contiene la dichiarazione di una sola delle parti, mentre si sarebbe attesa una constatazione dell'accordo fatta da entrambe, e che il contenuto e la formulazione di questa dichiarazione unica, non offre alcun sodisfacente significato. Infatti questa formula consta di due proposizioni, delle quali l'una contiene una inesatta affermazione del compratore (che la cosa gli appartiene per diritto quiritario, sebbene egli non ne sia ancora proprietario), e l'altra un ordine unilaterale, la cui efficacia giuridica resta incomprensibile (l'ordine cioè, che la cosa sia per lui acquistata).

Ma l'impossibilità di giustificare questa formula non starebbe solo in questo, che le singole proposizioni per se stesse non hanno senso alcuno, ma anche nella dissonanza, che esse presentano nella loro connessione. E per ciò la spiegazione sua deve ricercarsi in altro campo che in quello della logica.

Secondo lo Schlossmann, la prima proposizione si spiegherebbe col fatto che essa è stata tolta dalla *in iure cessio*; e ciò a sua volta egli desume dal fatto che la proposizione stessa e l'apprensione della cosa coincide perfettamente con il cerimoniale della *in iure cessio*.

(1) SCHLOSSMANN S., *In iure cessio* und *mancipatio* Kiel 1904 Lipsius E Tischer.

Quindi, la *mancipatio* sarebbe più recente della *in iure cessio*, e questa non si sarebbe applicata a tutti gli oggetti. La *mancipatio* si sarebbe introdotta per alleggerire il magistrato. La seconda proposizione potrebbe provenire solo dal campo della *emptio venditio* e si sarebbe introdotta per assicurare la prova completa dello acquisto.

§ 181.

Noi non sappiamo vedere nella formola della *mancipatio* tutta questa illogicità e tutta questa artificiosità che allo Eisele ed allo Schlossmann è piaciuto di scorgervi.

Se è vero, ed essi per primi lo riconoscono, che negli istituti dei tempi primitivi, in confronto con quelli che appartengono ad epoche più avanzate, si riscontrano forme e concetti molto semplici, anzi quasi infantili, niun dubbio potrebbe sussistere sulla precedenza nel tempo della *mancipatio* in confronto con la *in iure cessio*.

L'artificiosità e la complicazione risaltano maggiormente nella seconda, a prescindere anche dal fatto che lite senza contestazione, e accordo, ripugnano al carattere primitivo dell'azione.

In realtà, poi, la formula della *mancipatio* si può spiegare senza uscire dai campi della logica. Bisogna riflettere al significato primitivo della espressione « isque mihi emptus esto » della seconda parte della formula.

Emere oltre il significato classico di pagare per ricevere una cosa, ha anche, nell'antico linguaggio romano, quello di « prendere, apprendere ». Si ricordi, che a proposito dell'antica *coemptio* matrimoniale le nostre fonti dicono che gli sposi *invicem se emebant*; e questa espressione s'intende meglio se la si riferisce, non ad un acquisto, ma all'apprensione compiuta dall' uno sull' altra anche con la violenza.

L'*emere*, nell' antichissimo matrimonio romano, non era la compra che si svolge tra i propizi commerci della pace, ma era la rapina operata tra genti in continua attività guerresca. Come nel matrimonio, così nella compra, l'acquisto fatto dal Romano è un acquisto di guerra; è l'atto brutale del prendere, dell'afferrare con violenza. Si ricordi la testimonianza di Gaio: « maxime sua esse credebant quae ab hostibus manu capiebant ».

Se così è, l' affermazione solenne fatta all' atto della mancipazione significa, che chi vuole acquistare afferma di essere proprietario della cosa e di prenderla, di impadronirsene, poichè ne paga effettivamente il prezzo.

È la tecnica dei popoli primitivi: avveduta ma parsimoniosa, e appunto per ciò suscettibile delle più varie applicazioni.

Così, mentre per lo innanzi la *mancipatio* si sustanziò in una compra-vendita per denaro, si venne man mano derogando al requisito del prezzo vero, e la *mancipatio* potè adattarsi ai negozi giuridici più variati (mancipazione di uomini liberi, alienazioni d' eredità, donazioni, testamenti).

§ 182.

Considerata in ordine alla forma, la *mancipatio* rientra nel concetto del *gestum per aes et libram*: considerata riguardo alla sostanza è una vera e propria compra-vendita. Da un canto trasferimento della proprietà e del possesso di una cosa, dall'altro del prezzo che era e dovea essere sempre e interamente in denaro.

Ma prima di venire a trattare del prezzo occorre che ci soffermiamo su una questione preliminare.

Gaius, *Inst.* I § 119 cit. così si esprime:...,. is qui mancipio accipit, *aes* tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA ; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.

Colui che riceve la cosa in mancipio tiene in mano il pezzo di bronzo, pronuncia le parole solenni, quindi percuote con il bronzo la bilancia, e consegna questo bronzo a colui dal quale riceve in mancipio, quasi a guisa di prezzo. La seconda espressione (aere percutit libram) va dunque posta in relazione con la prima (aes tenens); trattasi di un seguito di atti durante i quali lo acquirente non abbandona il pezzo di bronzo; solo in fine egli lo consegna all'altra parte.

Ma non tutti gli scrittori accolgono la lezione *aes tenens*. Secondo alcuni dovrebbe preferirsi l'altra: *rem tenens*, e quindi il *mancipio accipiens* non terrebbe in mano il bronzo, sì bene la cosa che è oggetto della compra.

Noi riteniamo preferibile la lezione *aes tenens* sia perchè il successivo percuotimento della bilancia col bronzo importa che colui che acquista già tenga in mano il metallo, sia perchè la relazione gaiana non accenna ad alcun mutamento nel *mancipio accipiens*. Questi avrebbe dovuto lasciare la cosa e prendere il bronzo, e ciò non vien detto. È vero che *rem tenens* corrisponde meglio al significato di *emere* = prendere, cui abbiamo accennato, ed è anche vero che queste occupazioni possono conciliarsi, imaginando un agire contemporaneo di entrambe le mani; ma senza dubbio Gaio ci avrebbe informato della necessità di una contemporanea apprensione della cosa con l'una mano e del bronzo con l'altra.

Una circostanza così caratteristica non gli sarebbe, al certo, sfuggita.

Ad ogni modo, è questo un punto di importanza secondaria, che è difficile poter risolvere con sicurezza in base alla succinta narrazione di Gaio.

§ 183.

Ai tempi di Gaio, l'acquirente consegnava il bronzo all'alienante, come se fosse il prezzo: ma bilancia e bronzo ormai non erano che simboli. Originariamente, in vece, l'*aes* aveva realmente funzione di prezzo. Il denaro, come mezzo di scambio non era peranco conosciuto, il metallo era il mezzo di scambio più in uso, e se ne determinava la quantità pesandolo. Quando la moneta pubblica fu introdotta, si sarà continuato per un po' a pesare, essendo incomodo il pesare grandi quantità, ma alla fine il pesare divenne una pura formalità, e la *mancipatio* da una vera e propria vendita, da uno scambio immediato di cosa dinanzi al magistrato ed ai testimoni, divenne una *imaginaria venditio*, e non conservò nè anche più l'unico scopo originario.

§ 184.

Il formulario della mancipazione riportato in Gaio (l. c.) non permette di affermare con sicurezza se fosse fatta menzione del prezzo che effettivamente veniva sborsato. Doveva pronunziarsi solennemente anche il prezzo? Non ostante il silenzio di Gaio, noi crediamo con il Voigt che occorresse nella formola specificare la somma di denaro costituente il prezzo.

Anzitutto vi è un fr. Vaticano che lo prova (1); in

(1) *Vat. fragm.* 50.

secondo luogo trattasi qua di un atto solenne, nel quale tutti gli elementi essenziali (e tale era il prezzo, dal momento che la *mancipatio* praticamente rappresenta una vera e propria vendita) dovevano risultare in modo solenne. Altra prova, se ancora fosse necessario addurne, si ha nella *mancipatio* finta, fatta *sextertio, nummo uno*: anche qui il prezzo vien pronunziato, se bene trattisi di un prezzo irrisorio.

Altra questione connessa a questa di cui ci siamo occupati è, se l'indicazione del prezzo — poichè era indispensabile — si facesse tra le parole solenni che costituivano la essenza della mancipazione (quelle stesse riferiteci da Gaio), o in altra parte dell' atto: la *nuncupatio*. Ma su questo punto ci riserbiamo di esprimere la nostra opinione in seguito.

§ 185.

Vediamo ora quali persone potessero compiere la mancipazione, e quali cose essere mancipate.

La mancipazione può essere compiuta da chi ha il *commercium*, quindi da cittadini romani e da latini, e si compie, secondo l' affermazione precisa delle fonti, sulle *res mancipi*.

Così che dobbiamo ritenere che fosse impedita l'alienazione di *res nec mancipi* per via di mancipazione.

Per altro, si trovano qua e là nei testi testimonianze di alienazioni per mancipazione di cose *nec mancipi*. Trattasi per lo più di casi in cui certamente la mancipazione è sviata dalla sua funzione normale. Così nel testamento per mancipazione, che è una *mancipatio* di tutta la *familia* (patrimonio e persone), di un complesso quindi il quale evidentemente non può costituire una *res mancipi*. Così nella *coemptio* del matrimonio *cum*

manu, il quale non costituisce affatto un vero e proprio trasferimento di proprietà.

Ma più grave è il fatto che qualche documento dimostra e qualche fonte afferma in modo reciso che la mancipazione nella sua funzione di atto di trasferimento della proprietà può riferirsi anche alle *res nec mancipi*.

La donazione di Artemidoro, che già abbiamo citato per altro riguardo, attesta che le *ollae cinerariae*, e i *columbaria* e *ollaria* potevano essere mancipati, se bene si trattasse di cose *nec mancipi*.

E un passo di Plinio parla della mancipazione di smeraldi e perle: « Lolliam Paulinam... vidi zmaragdis margaritisque opertam... Quae summa quadringenties hs. colligebat, ipsa confestim parata *mancipationem* tabulis probare ». E poco appresso: « et hoc (sc. margaritae) aeternae prope possessionis est: sequitur heredem, *in mancipatum* venit, ut *praedium* aliquod ».

Dunque le perle si potrebbero mancipare come qualunque predio. Come intendere queste testimonianze?

§ 186.

Si sono tentate innumerevoli spiegazioni, forzando spesso i testi per togliere ostacoli inesistenti. Andremmo troppo in lungo se volessimo solo accennare alle più serie. E per ciò ci limitiamo ad esporre la nostra opinione.

A nostro avviso, questi documenti non solo dimostrano la possibilità della alienazione *per mancipationem* di *res nec mancipi*, ma servono anche di riprova a quel concetto che superiormente esponevamo: che, cioè, il documento vivo spesso completa, di fronte alle schematiche affermazioni del libro didattico, il quadro di quello che realmente avviene nella pratica della vita giuridica.

Certamente, nelle origini non si concepì mancipazione se non di *res mancipi*. Ma in questo stato di cose non si poteva restare. La *mancipatio* da un canto per il suo carattere formale, e dall'altro per le sue garanzie, ebbe un uso comunissimo. Si voleva estenderla oltre il suo campo naturale, a cose, cioè, di tale importanza che, pur non essendo *mancipi*, esigevano tutte quelle garanzie e tutte quelle formalità. E ciò si fece. Sia pure che la mancipazione di tali cose fosse nulla, sempre essa era utile a procurare la prova solenne della volontà manifestata dalle parti, e sempre si sarebbe avuto una trasmissione del possesso con volontà corrispondente, quindi una *traditio* rivestita delle forme della mancipazione. Mancavano gli elementi formali per costituire una valida mancipazione, ma restavano quelli sufficienti per la tradizione; e il senso dell'economia giuridica portava fin d'allora a ritener valido quel negozio che poteva costruirsi con gli elementi rimasti in piedi di un negozio giuridico nullo. La mancipazione di una cosa *nec mancipi* corrisponde alla tradizione della cosa stessa e produce l'effetto di trasferire la proprietà quiritaria come l'avrebbe trasferita la mancipazione.

§ 187.

La mancipazione crea il diritto di proprietà e crea obbligazioni; in altre parole, essa è un modo di acquisto ed è un modo di costituire obbligazioni; ma questa seconda conseguenza è solo accessoria, oppure è unica, come vorrebbe qualche scrittore moderno?

Vediamo, anzi tutto, quali obblighi possano sorgere dalla *mancipatio*.

1.°) L'alienante è tenuto per l'evizione di fronte all'acquirente. Egli, cioè, è tenuto con l'*actio auctoritatis*

a pagare il doppio del prezzo della cosa alienata se questa non era di sua proprietà e non poteva quindi difenderla di fronte alla rivendica del vero proprietario.

2.°) L'alienante il quale ha dichiarato che il fondo mancipato ha una determinata misura, è tenuto con l'*a. de modo agri* a pagare all'acquirente il doppio del valore di ciò che manca alla misura dichiarata.

Si ha dunque nel primo caso una responsabilità in base al difetto assoluto di proprietà; nel secondo, una responsabilità in base al difetto parziale di proprietà.

Si suole affermare che questa responsabilità ha il suo fondamento nel precetto sancito dalle XII Tavole (VI. 1): « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto ». È utile porre a confronto questo testo con la legge *D.* 2. 14. 48.

Gaius *libro tertio ad legem duodecim tabularum.* In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.

Diciamo subito che il frammento gaiano non poteva riferirsi originariamente alle tradizioni. Poichè fu tolto dal Commentario alle XII Tavole, esso doveva costituire, nella sua originaria concezione, un commento al precetto della Tav. VI. 1. cit. I compilatori, sostituendo *traditionibus* a *mancipationibus*, attribuirono a quelle una efficacia che Gaio aveva accordato a queste in base alla legge delle XII Tavole. Della interpolazione si ha inoltre un indice formale nel « manifestissimum est » che è del linguaggio dei compilatori.

Secondo il nostro modo di vedere, queste due fonti si limitano ad affermare l'obbligatorietà di qualunque dichiarazione contenuta nella *mancipatio*, ma sempre non eccedente lo scopo dell'atto, cioè il trasferimento della proprietà, e consentanea al suo carattere.

§ 188.

Altri, in vece, pensa che le XII Tavole sancissero, e Gaio confermasse, l'obbligatorietà di ogni sorta di dichiarazione, anche non rivolta al trasferimento della proprietà, anche eccedente lo scopo della mancipazione, contenuta nella *nuncupatio* della mancipazione stessa.

Questa opinione non può essere accolta. E qui cade in acconcio riprendere lo esame della *nuncupatio*, anteriormente interrotto.

Senza dubbio la formula della mancipazione lasciava un discreto margine alle particolari dichiarazioni dell'alienante. Così egli poteva designare il fondo venduto *uti optimus maximus*, nel qual caso l'acquirente era indotto a ritenerlo libero da ogni servitù; chè se alcuna servitù vi avesse gravato contrariamente alla dichiarazione dell'alienante, questi sarebbe stato tenuto per essa (1). Così la dichiarazione che lo schiavo o l'animale venduto è scevro da qualunque vizio, dà luogo senz'altro ad un'azione contro l'alienante per ottenere il risarcimento del danno, ove lo schiavo o l'animale abbiano qualche grave difetto.

Ma potrà dirsi che qualunque dichiarazione, qualunque clausola accessoria (*lex mancipii*) non coperta dalla formula diretta della mancipazione, e quindi eccedente il suo scopo, produca obbligazione? Noi non lo riteniamo. La legge delle XII Tavole non può avere voluto ciò. Essa

(1) Anzi da alcuni si andò più oltre, sino a ritenere che la dichiarazione *uti optimus maximus* designasse il fondo come fornito di tutte le servitù attive occorrenti per l'esercizio della proprietà; e l'alienante fosse quindi responsabile anche per la mancanza di queste. Troviamo, per altro, dichiarazioni delle fonti che inducono ad escludere questa responsabilità.

deve essersi riferita semplicemente a tutte quelle dichiarazioni dell'alienante che eranno connesse, concordanti, con il carattere primitivo della *mancipatio*, non mai a quelle che ne esorbitavano.

Una prova della verità di quanto affermiamo si ha nel *pactum* o *lex fiduciae*.

Nella *mancipatio fiduciae causa* l'acquirente si obbligava alla restituzione della proprietà ricevuta, e in particolare alla rimancipazione, sotto determinate condizioni, della cosa acquistata. La *fiducia* si prestava per molteplici scopi pratici; sopra tutto per costituzione di pegno (fiducia *cum creditore* contracta) o per deposito o per mandato (fiducia *cum amico* contracta). Or bene, se fin dall'epoca delle XII Tavole ogni patto aggiunto alla mancipazione fosse stato obbligatorio ed avesse prodotto azione, fin da allora si sarebbe potuto ripretendere la cosa mancipata *fiduciae causa*. Ma se è certo che così fosse nel diritto classico, è altrettanto certo che così non stavano le cose nel diritto antico.

Concludendo, la disposizione delle XII Tavole non ebbe l'efficacia che le si attribuisce da alcuni di rendere obbligatorie *tutte* le clausole accessorie che si fossero aggiunte alla mancipazione.

§ 189.

Nella *nuncupatio* della mancipazione, deve, in vece, certamente essersi trovata l'indicazione del prezzo di vendita; non fra le parole *empta esto* e le altre *hoc aere aeneaque libra*, ma dopo questa intera frase, nella parte riferentesi alle particolarità del contratto.

A proposito della indicazione del prezzo dobbiamo ricordare un passo delle XII Tavole riportato nelle Istituzioni giustinianee.

Inst. 2. 1. 41. Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.

Se delle cose si sia fatto tradizione per causa di donazione o di dote od in base a qualunque altra causa, senza dubbio se ne trasmette anche la proprietà; ma le cose vendute e tradite non altrimenti si acquistano al compratore che se questi ne abbia pagato il prezzo al venditore o in altro modo lo abbia sodisfatto, per esempio col dargli un *expromissor* o un pegno. Ed in vero ciò è contemplato anche nella legge delle dodici tavole; nondimeno con ragione si suol dire che ciò avviene anche per diritto delle genti, cioè per diritto naturale. Se però colui che ha venduto ha prestato intera fede al compratore, dovrà dirsi che la cosa passa immediatamente nella proprietà di quest'ultimo.

Il principio generale, riconfermato in questo framm. delle Istituzioni è, che senz' altro, quando per titolo di donazione o di dote o per qualunque altro titolo si trasferisce il possesso di una cosa, se ne trasferisce anche, contemporaneamente, la proprietà. Appena consegnata la cosa, se esiste una *iusta causa traditionis*, passa la proprietà.

Non è così per la vendita; qui, perchè la proprietà passi, è necessario, oltre la consegna da parte del venditore, anche il pagamento del prezzo da parte del compratore. Le Istituzioni aggiungono che la proprietà può passare anche se, in difetto del pagamento, il venditore

abbia dichiarato di contentarsi di una garanzia reale (*pignus*) o di un obbligo personale (*expromissio*) offerto dal compratore.

La disposizione che subordina nella vendita il trapasso della proprietà al pagamento del prezzo, va sicuramente attribuita alle XII Tavole. Però è da notare che le Istituzioni giustinianee parlano della tradizione laddove le XII Tavole si riferivano alla mancipazione. È per la mancipazione che fin dagli inizi occorreva, oltre che la consegna del bronzo simbolico, anche quella del prezzo in denaro. La spiegazione è nella stessa origine storica dell' istituto della *mancipatio*: la quale non è altro se non la vendita primitiva rivestita di forme solenni; non è se non uno scambio solenne ed immediato di cosa contro metallo, prima, di cosa contro denaro, in seguito. La disposizione delle XII Tavole che vietava il trapasso della proprietà se non vi fosse stato pagamento, tendeva appunto a ridare al venditore quella sicurezza che egli veniva a perdere per la trasformazione del pesamento reale del prezzo in pesamento fittizio.

Da tutta la precedente trattazione risulta inoltre ancora una volta che la mancipazione come fonte di obbligazioni eccedenti lo scopo dell' atto, non può concepirsi in armonia con la primitiva funzione di questo istituto. La vendita, considerata sotto un tale aspetto, appartiene ad un periodo storico assolutamente posteriore.

§ 190.

La *mancipatio* non tollera nè termini nè condizioni, come tutti i negozi giuridici formali dell' antico diritto (*actus legitimi*) la cui essenza consiste in ciò, che l'effetto giuridico si produce immediatamente dopo il compimento dell'atto.

Questi *actus legitimi* sono enumerati nel fr. *D.* 50, 17, 77; fra essi è compresa anche la *mancipatio*, se bene nel testo si legga *emancipatio* (forse per una trasformazione dei Giustinianei, a' tempi dei quali più non esisteva la *mancipatio*).

Anche il frammento Vaticano 329 conferma che alla *mancipatio* non potesse apporsi condizione:

Sub condicione cognitor non recte datur. non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur; nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur.

Non si dà cognitore (1) sotto condizione, nè si può apporre condizione quando si mancipa, o si accettila o si espensila.

La ragione per cui non si ammette condizione in questa sorta di atti o è una ragione *formale* (quella appunto cui abbiamo accennato, che non può separarsi l'effetto dalla formazione del contratto) come nella *mancipatio:* od è una ragione *sostanziale* come nella *acceptilatio*. Questa consiste nella dichiarazione di aver ricevuto il pagamento di un debito; s'intende quindi facilmente come tale dichiarazione non ammetta che una forma esplicita, affermativa o negativa; non si può dichiarare sotto condizione di essere stati pagati, o non. *Actus legitimus* per la sostanza sua, indipendentemente dalla forma, è anche la *adoptio*, in quanto il rapporto di parentela che vien creato ad imitazione della natura non può imaginarsi se non puramente e semplicemente. Così è anche per fa emancipazione.

Altre volte l'inapponibilità di condizioni dipende dall'atto che certi atti richieggono un giudizio molto ponderato in antecedenza, perchè debbono essere immediatamente seguiti dall'effetto. Ad esempio, il matrimonio. Nel diritto antico questi atti erano viziati completamente, se venivano sottoposti a condizione. Dai moderni civilisti si discute se la condizione apposta al matrimonio debba essere cancellata, o se renda nullo l'atto. Noi opiniamo per la nullità in base a due ragioni: 1ª) la regola della cancellazione delle condizioni è limitata nel nostro diritto a quelle impossibili o illecite apposte a disposizioni di ultima voltà; 2ª) posto che questo non è il caso, si rientra nel principio generale per cui l'atto sottoposto a condizione non è voluto se non quando si avveri la condizione apposta. E poichè il matrimonio è appunto di quegli atti che per la sostanza sua non ammette condizioni, esso deve ritenersi nullo.

(1) *Cognitor* è il rappresentante processuale in virtù di mandato fatto solennemente *capud acta*.

§ 191.

All'epoca in cui sorse la *mancipatio* abbiamo già incidentalmente accennato.

Di certo, abbiamo detto, essa è anteriore alle XII Tavole perchè queste ne fanno menzione. Su questo punto si è senz'altro tutti d'accordo.

Il dubbio è se la *in iure cessio* sia anteriore o posteriore alla *mancipatio*; ma l'opinione prevalente ammette che la *mancipatio* sia anteriore, come quella che, se bene al pari della *in i. cessio* consista essenzialmente in una finzione, pure ha, in confronto, un contenuto meno artifizioso e per ciò più semplice e primitivo.

E inoltre deve notarsi che la *in i. cessio* è una figura la cui adattabilità è così larga, che rende difficile imaginare i motivi pei quali si sarebbe sentita la necessità di creare più tardi un' altra figura con più ristretta sfera di applicazione. In fatti la *in iure cessio* si

applica alle cose mobili ed alle immobili indifferentemente, alle cose corporali ed a quelle incorporali (mentre queste ultime non possono formare oggetto di mancipazione) alle cose *mancipi* ed a quelle *nec mancipi* (ed anche queste ultime non si trasferiscono con la mancipazione).

Ciò dimostra che ci troviamo di fronte a due figure giuridiche che non hanno la stessa sfera di efficienza; molto più larga si palesa quella della *in i. cessio* di fronte a quella della *mancipatio*; più tarda quindi deve essere stata la prima, e assai probabilmente la sua creazione fu dovuta al bisogno di escogitare un modo per cui potessero effettuarsi quegli acquisti che non entravano nella *mancipatio*.

§ 192.

Sull'epoca in cui caddero in disuso questi due modi d'acquisto non possiamo fare affermazioni precise. Certamente la *in i. cessio* scomparve molto prima che la *mancipatio*, perchè quest'ultima, sia pure spoglia di tutte le antiche formalità, si presenta in tempi più vicini a noi. Se ne fa ancora menzione in alcune costituzioni del III e IV secolo riportate nel Codice teodosiano.

Si verifica per la *mancipatio* un fenomeno simile a quello che si ha per la *stipulatio*. Fin che *mancipatio* e *stipulatio* hanno avuto luogo con atti e parole solenni, esse hanno conservato la loro figura primitiva: non appena anche per esse è venuta in uso la scrittura, l'una e l'altra figura si è snaturata.

La *stipulatio*, ad esempio, tanto ha perduto del suo antico carattere che nel diritto giustinianeo la si definisce come contratto che si conchiude per iscritto, laddove è noto che essa constava in origine di poche e

semplicissime parole pronunciate dai contraenti. Un primo passo verso la complicazione delle parole e della forma già si era fatto con la celebre formula della *stipulatio aquiliana* proposta dal giureconsulto Gallo Aquilio. In seguito si vollero specificare tutte le particolari clausole del contratto e si sentì il bisogno di fissarle in uno scritto. Così la parte sostanziale della stipulazione era tutta contenuta in principio delle tavolette e solo in fine veniva il periodo formale proprio alla antica stipulazione orale, e anch'esso modificato per la circostanza (*haec ut supra scripta sunt spopondi*, oppure *stipulatus sum*).

Parimenti, nella *mancipatio* antica non trovava luogo che l'affermazione della proprietà, l'indicazione del prezzo effettivamente pagato (o dell' *unus nummus* se la mancipazione si faceva servire a scopo di donazione) l' estensione del fondo se si trattava di immobili e l'esclusione di qualunque vizio nella vendita di animali o schiavi. Ma più in là non si andava; altre particolari indicazioni nella solenne mancipazione orale non solevano farsi.

Non di meno nei documenti scritti che ci restano troviamo molte altre clausole accessorie che si riannodano all'atto. Tutte queste clausole scritte solevano racchiudersi in un documento al quale davasi la forma di una *stipulatio*. Onde ne risultava una mancipazione di natura mista: l'alienazione della cosa aveva il suo fondamento nella *mancipatio*, ma tutte quelle clausole accessorie avevano vigore non in forza della *mancipatio* sì bene in forza della *stipulatio*. Non possono, dunque, considerarsi come *leges mancipationis*.

§ 193.

Questi modi di acquisto perdono man mano efficacia. Essi, non ostante le successive modificazioni accennate, restano pur sempre *actus legitimi* con forme solenni ed inceppanti che, data una vita d'affari e di commercio progrediente, non si prestano e non si piegano alla pratica quotidiana.

Si spiega, così, la graduale invasione di tutte quelle forme più semplici, e più adeguate ai bisogni, che si collegano con l'introduzione dell'elemento nuovo (lo *ius gentium*) nell'organismo rigido dell'antico diritto.

Come la proprietà quiritaria cede di fronte allo *in bonis*, così cedono la *mancipatio* e la *in iure cessio* di fronte alla *traditio*.

Della *mancipatio* le fonti giustinianee ormai più non conservano testimonianze dirette. Se bene essa abbia mantenuto la sua efficacia pratica fino in tempi relativamente recenti, le fonti ne tacciono. Per altro si hanno sicuri indizi di interpolazione in tutti quei luoghi in cui si trova indicata la *traditio* come modo di trasferimento della proprietà di oggetti che per diritto classico non avrebbero potuto essere alienati se non per mezzo di mancipazione (1).

In base ai recenti studi sulle interpolazioni, ed a quelli del Gradenwitz specialmente, si può affermare che i compilatori giustinianei abbiano posto una cura scrupolosa a far perdere ogni traccia della *mancipatio*,

(1) Ad es. la *traditio* applicata all'alienazione di uno schiavo, che è *res mancipi*, è inconcepibile nel diritto classico. In tale ipotesi non può revocarsi in dubbio l'interpolazione sostitutiva di *traditio* per *mancipatio*.

interpolando al suo posto e con frequenza la *traditio*. Richiamiamo in particolar modo l'attenzione sulla frase « per traditionem accipere » la quale è sempre, e sicuramente, interpolata in vece dell'altra originale « per mancipationem accipere »

Con queste indagini sulle interpolazioni si acquista largo materiale per poter studiare con maggior precisione la *mancipatio*, la quale ha anche recentemente formato oggetto, con una certa predilezione, delle ricerche di insigni giuristi tedeschi. Fra gli studi dei nostri, il meno antiquato è quello del prof. F. Longo della Università di Palermo; ma trattasi di lavoro poco originale (1).

Sorvoliamo su alcuni altri modi di acquisto civile di secondaria importanza (*venditio sub corona*, *addictio bonorum* etc.), per venire senz'altro ai

Modi di acquisto in vigore nel diritto giustinianeo.

§ 194.

Fra i modi di acquisto derivativi in vigore nel diritto giustinianeo il più importante è la *traditio*. Prima che questa nuova forma si introducesse, quelli che volevano trasferire in altri la proprietà della cosa dovevano ricorrere alle due forme solenni da noi descritte: ma specialmente era in uso la *mancipatio*.

Le formalità onde questa era rivestita non aveano

(1) Vi si sostiene, ad esempio, l'opinione del Voigt secondo la quale nella *mancipatio* alla dichiarazione del *mancipio accipiens* avrebbe corrisposto una dichiarazione del *mancipio dans*. È una ipotesi che a noi appare senza fondamento. Nè Gaio fa parola di questa pronuncia di parole solenni da parte dell'alienante, nè essa vien ricordata da alcuno fra gli scrittori non giuridici.

solo per iscopo di accertare la serietà del consenso, ma essenzialmente tendevano a dare la maggiore pubblicità alla alienazione della *res mancipi*.

Lo *ius gentium* semplificò le forme, ma volle pur provvedere al bisogno della pubblicità, richiedendo che la volontà di dare e di ricevere una cosa solo allora avesse efficacia, quando fosse estrinsecata con la *consegna effettiva* del possesso.

La *traditio* per se stessa consiste appunto nel fatto della consegna del possesso di una cosa. Come questa consegna si effettui, se materialmente o per via di finzione, è punto che riguarda la dottrina del possesso. Noi qui affermiamo solo che il punto centrale in tutta la dottrina della *traditio* è in questa consegna effettiva, la quale può a sua volta esplicarsi o per via di semplice trasferimento della detenzione materiale, o col trasferimento del possesso giuridico, o col trasferimento della proprietà. Tutto dipende dalla intenzione di chi trasferisce e di chi riceve. E per ciò la *traditio* può essere fatta a vari scopi. Se delle due parti, l'una consegna la cosa a titolo di locazione, e l'altra la riceve a titolo di conduzione, abbiamo un perfetto accordo tra i contraenti, e per ciò il conduttore riceve non il possesso giuridico della cosa (chè manca nella locazione l'*animus rem sibi abendi*) ma la semplice detenzione.

Se le parti son d'accordo l'una nel consegnare, l'altra nel ricevere la cosa a titolo di pegno, il creditore pignoratizio diventerà possessore giuridico del pegno perchè la *causa* del pegno è una fra quelle che trasferiscono il possesso.

Finalmente, quando le parti vogliano una dare definitivamente la cosa, l'altra riceverla, passa la proprietà.

Si ricordi a questo proposito, che non è necessaria nelle parti una piena conoscenza nel rapporto giuridico che

esse vogliono costituire; basta la nozione pratica, economica, empirica del rapporto che stringono.

§ 195.

Il principio generale nel sistema romano è dunque questo: non basta che l'alienante e l'acquirente siano d'accordo sul passaggio della proprietà, il semplice consenso non trasferisce proprietà, occorre, perchè possa parlarsi di passaggio effettivo, la tradizione della cosa. La tradizione è il requisito essenziale del trasferimento.

Questo principio è ripetutamente affermato nelle nostre fonti:

Cod. Iust. 2. 3. 20. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Martiali. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

La proprietà delle cose si trasferisce per via di tradizione e di usucapione non per semplice convenzione.

Ciò che è affermato in questa costituzione a riguardo della proprietà, si vorrebbe estendere da qualche recente scrittore a tutti i diritti reali. Si sostiene, cioè, che per diritto romano la convenzione non possa mai creare diritti reali, e che quindi occorra sempre a ciò la tradizione o un suo sostitutivo — la *quasi traditio* —.

Questa opinione non è fondata: basta a dimostrarla falsa l'esempio dell'ipoteca che, pur essendo un diritto reale, si costituisce per semplice patto, a differenza del pegno vero e proprio.

Nel pegno si ha trasferimento del possesso, nella ipoteca il diritto reale di garanzia sorge in favore del creditore ipotecario senza che si abbia trasferimento del possesso. Si deve quindi limitare alla sola proprietà il principio fissato nella Cost. 20 cit.

§ 196.

Vatic. Fragm. 268. Quaerebatur, an, cum Seius filiam suam emanciparit et apud acta professus sit ei se donare fundum nec instrumenta donationis fecerit, an videatur professione actorum perfecta esse donatio. Respondi, si neque mancipatio neque traditio secuta est, solis actis dominium non transisse.

Avendo Seius nell' emancipare la propria figlia dichiarato dinanzi al magistrato di donarle un fondo, e non avendo compilato lo strumento di donazione, si domandava se apparisse perfetta la donazione fatta con la dichiarazione innanzi al magistrato. Io risposi che, se non è seguita nè la *mancipatio* nè la *traditio*, il dominio non si è trasferito con la semplice dichiarazione a protocollo.

Il caso è alquanto complicato perchè la perfezione della donazione è assoggettata a certi requisiti speciali; ciò, per altro, non può togliere importanza alla decisione che occorra o la *mancipatio* (modo di acquisto dello *ius civile*) o la *traditio* (modo dello *i. gentium*) perchè la proprietà passi.

In questo framm. si tiene ancora conto della mancipazione, e di fronte ad esso risalta di più l' omissione che della mancipazione è fatta nella cost. *Cod.* 2. 3. 20. Evidentemente gli Imperatori Diocleziano e Massimiano hanno voluto indicare con la frase « traditionibus et usucapionibus etc.... » che non esiste più mancipazione e che ormai occorre la tradizione.

§ 197.

Dig. 6. 1. 50. pr. Callistratus *libro secundo edicti monitorii.* Si ager ex emptionis causa ad aliquem per-

tineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit.

Se il campo appartiene ad uno per titolo di compra non si potrà regolarmente agire con questa azione, prima che il campo venga tràdito e poi se ne sia perduto il possesso.

In questo testo al compratore si nega l' azione di rivendica, perchè la proprietà non passa prima della tradizione della cosa. Consegnata questa al compratore e perdutone il possesso, egli potrà proporre la *rei vindicatio.* La vendita sta come contratto obbligatorio, ma non come contratto traslativo di proprietà. Questo vi è solo quando si faccia la consegna.

§ 198.

Vi sono però in proposito alcuni passi i quali richieggono un'attenzione speciale, poichè in base ad essi parrebbero fondate due sorta di eccezioni al principio generale del sistema romano.

La prima eccezione, che è anche la più sicura, appartiene al diritto classico e si riferisce alla società; l'altra, sostenuta da alcuni scrittori, appartiene al diritto giustinianeo e riguarda gli acquisti fatti dalla Chiesa.

Dig. 17. 2. 1 § 1 Paulus *libro trigesimo secundo ad edictum.* In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur,

Dig. eod. tit. 2 Gaius *libro decimo ad edictum provinciale* quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

Nella società di tutti i beni, dice Paolo, tutte le cose di quelli che concorrono a formare la società diventano immediatamente comuni a tutti. Perchè — spiega Gaio — se bene non abbia luogo una speciale tradizione, si imagina che intervenga tacitamente.

Dunque, ciascun socio acquista sui beni degli altri il diritto di proprietà, e tale effetto è prodotto senza che si faccia un'effettiva tradizione. Vi è qua una vera deroga al principio romano?

Riandiamo, anzi tutto, alla distinzione fra i vari tipi di società. Possono darsi società universali e società particolari. Le prime riguardano un complesso patrimoniale, le seconde riguardano un solo negozio (*s. unius negotii*).

Le società universali, a lor volta, possono essere di tutti i beni, e possono essere società universali di lucro o di guadagno.

Nelle s. univ. di tutti i beni, tutti i beni del socio entrano a far parte del patrimonio sociale e si comunicano fra tutti i soci nel momento della conclusione della società.

Nella società universale di lucro o di guadagno si pone in comune non la proprietà dei beni attuali, ma il godimento di questi beni e quanto si acquisterà in futuro o per industria o per qualunque altro titolo, esclusa la donazione.

Nel framm. in esame trattasi di una società di tutti i beni: Tizio e Caio conchiudono una società di questo tipo, e per ciò stesso diventano condomini di due fondi che ad essi appartenevano separatamente. Per il semplice fatto del consenso si ha qui un trapasso di proprietà (1); e la tradizione *ad hoc*, che fa difetto, la si suppone avvenuta tacitamente.

La si finge, dunque? Ma una finzione non può operare il trasferimento della proprietà; solo la legge lo potrebbe.

(1) I Pratici parlavano in questo caso di *transitus legalis* della proprietà, perchè si tratta di un trasferimento che avviene in forza di una norma legale.

Savigny spiega l'acquisto immediato della proprietà per mezzo del *constitutum possessorium*; così questo trasferimento rientra nel concetto comune della tradizione.

È noto che possono darsi varie forme di tradizione. Vi è la tradizione vera e propria consistente nella consegna della cosa; e vi sono altre due forme di tradizione con carattere giuridico e simbolico più che con contenuto di realtà.

Queste sono la *traditio brevi manu*, ed il *constitutum possessorium* (1).

La *trad. brevi manu* si ha quando colui il quale possiede non a titolo di proprietà viene in seguito ad acquistare il possesso a titolo di proprietà. Ad esempio, il conduttore che acquista il fondo dal locatore, non è obbligato a consegnarlo a quest'ultimo, per riceverlo quindi nuovamente in consegna al nuovo titolo di proprietario.

Tutto ciò si suppone avvenuto *celeritate coniungendarum inter se actionum*; la tradizione è come se si fosse fatta *brevi manu*.

Il *constitutum possessorium* è il viceversa della *tr. brevi manu*: colui che possiede la cosa a titolo di proprietà, la aliena e dichiara di volerla riavere ad un altro titolo, di locazione, pongasi, o di pegno o di precario. Anche qui la consegna e la riconsegna effettiva non avvengono.

Secondo il Savigny sarebbe a punto questa la figura di tradizione che si riscontra nelle esplicite parole di Gaio sulla *societas omn. bonor.* Ogni socio, il quale possedeva il tutto a titolo di proprietà, incomincerà, dopo la conclusione della società, a possedere per una parte a ti-

(1) Per antitesi si parla anche di una *traditio longa manu*, come ad es. nel caso in cui il fondo venduto sia consegnato con l'indicarlo da lontano.

tolo di rappresentante dei soci. Ciascun socio consegna a se stesso, come rappresentante degli altri, le singole porzioni a questi spettanti. È un acquisto per via di rappresentanti in cui il procuratore e il tradente formano una persona sola. Quindi la *traditio* vi sarebbe.

Alla spiegazione del Savigny si sono mosse vivaci critiche. A noi essa non pare dubbia, una volta che si ammetta il concetto del costituto. Qua la tradizione vi è sebbene non appaia, non si effettui visibilmente. È vero che il fr. di Gaio non dice esplicitamente nulla che permetta di applicare il concetto del costituto possessorio, ma questa norma se non è nelle fonti è nella pratica. E d'altra parte negare il passaggio del possesso nella *s. omn. bonor.* è andar contro le parole di Gaio secondo cui vi è una tradizione tacita. Ora, che cos' è questa *traditio*, se non trasmette il possesso?

E si badi: qua non vi è *ficta traditio*, come pretendono gli interpreti antichi, ma una *traditio tacita*, come si esprime la l. 2; ciò che è ben diverso.

La *traditio* per quanto tacita, non lascia di essere reale: solo non si opera materialmente, appunto in forza del costituto.

§ 199.

Altro punto disputato fra gli interpreti è quello relativo alla const. 23 De sacros. Eccles. (Cod. Iust. 1. 2).

Giustiniano parla dei testamenti, donazioni, e altri atti a favore delle chiese e istituzioni pie, e determina che le azioni a favore di questi enti si prescriveranno solo nel termine di cento anni.

Le parole del § 41 sono quelle che formano oggetto di disputa:

In his autem omnibus casibus non solum personales

actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostrae tenorem constitutionis, quae legatariis et fideicommissariis hypothecarias donavit, et supra dictis omnibus unum tantummodo terminum vitae suae imponimus, id est centum metas annorum.

Vi sono alcuni i quali sostengono, che qua vi è una eccezione alla regola generale sulla necessità della *traditio*. Per favore di certi enti giuridici avrebbe Giustiniano stabilito, che la sola nuda convenzione (vendita, donazione etc.) trasferisse la proprietà, e quindi avrebbe autorizzato a proporre le azioni reali anche prima della *traditio*, contro quel che poco fa notammo.

Insomma qua vi sarebbe il così detto *transitus legalis*. Stanno per questa interpretazione la più parte degli antichi scrittori. Altri in vece sostengono, che Giustiniano qua non si occupa punto del passaggio della proprietà, ma semplicemente della prescrizione delle azioni, non solo personali, ma anche reali. Non si vogliono creare nuove azioni reali a favore di quegli istituti, ma si vuole stabilire che questi, se possono proporre azioni di rivendica o ipotecarie, lo possono fare per cento anni, al pari che per le azioni personali.

La prima opinione ci pare più sicura. Non sta in fatti che Giustiniano, nel paragrafo in discussione, si occupi solo della prescrizione. Anzi tutto egli concede le azioni reali, non solo le personali (*non solum personales actiones* DAMUS, SED ETIAM IN REM) e poi parla della prescrizione, in una proposizione a parte (*et supradictis omnibus.... imponimus*). Come si vede, si tratta di due cose ben distinte.

Nè può pensarsi che Giustiniano rilevi solo che la prescrizione si estende anche alle azioni reali, perchè non vi è un ragionevole motivo per credere, che ciò potesse parergli dubbio.

E del resto non dovrebbe meravigliare questa disposizione, ponendo mente alla tendenza spiccatissima della legislazione di quei tempi a favore della Chiesa cristiana.

§ 200.

Studiamo ora i requisiti necessari perchè la tradizione abbia efficacia giuridica.

Anzi tutto si richieggono due persone, l'una capace di alienare, l' altra capace di acquistare. Il tradente deve essere proprietario della cosa ed avere la capacità di farne alienazione.

È evidente che colui il quale non è proprietario non possa nè anche trasferire la proprietà. Si applica anche qui il principio esposto da Ulpiano (Dig. 50.17.54) nella celebre regola: « nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet »; principio di cui unica vera eccezione, fra le molte indicate dalla Glossa, è quella a favore del Fisco.

Occorre che l' acquirente sia capace di acquistare; e per ciò, se vien fatta tradizione di una *res mancipi* a un peregrino, o in genere a chi non ha il *commercium*, si avvera il passaggio della proprietà di diritto delle genti, ma non di quella civile.

Occorre, anche, l'atto materiale del trasferimento del possesso, con le solite norme che regolano il trasferimento del possesso. E questo impossessamento può aver luogo in vari modi. O si fa la consegna effettiva della cosa da mano a mano — nel qual caso si ha tradizione vera e propria —; o si fa una tradizione simbolica (*longa manu*) come quando le due parti si trovano in cospetto della cosa e il tradente la pone a disposizione dell'accipiente, o gliene consegna le chiavi, o fa altro atto che

praticamente corrisponda alla consegna materiale; o, finalmente, la tradizione può aver luogo *brevi manu* o per via di costituto. *Brevi manu*, come già dicemmo, quando colui che possiede la cosa non a titolo di proprietario, per volontà del proprietario incomincia a possederla a titolo di proprietario. E, viceversa, per via di costituto possessorio, quando colui che possiede a titolo di proprietario, dichiara di voler possedere d' ora innanzi ad un altro titolo (pegno, commodato, locazione etc.).

§ 201.

Il costituto possessorio è stato lo strumento per cui dal sistema romano si è passati all' odierno sistema francese e nostro, i quali esigono il semplice consenso perchè la proprietà venga trasferita.

Si soleva, per l' antico diritto francese, inserire in quasi tutti i contratti la clausola del constituto, per la quale l' alienante dichiarava di volere fin da quel momento possedere per altri (*qui sibi possidebat alienae possessioni praestabat ministerium*). Così, man mano, alla tradizione vera e propria, o a quella simbolica, si sostituiva il costituto, e questo a sua volta diveniva consuetudinario e per ciò un elemento *naturale negotii*. Onde, se pur la consegna effettiva della cosa non si era avverata, quando l' alienante nulla aveva detto in contrario, doveva ritenersi ch'egli conservasse la cosa per l' acquirente.

Il Codice Napoleone, dato questo stato di cose, fece un passo altrettanto piccolo, quanto naturale, stabilendo che il semplice consenso basti a trasferire la proprietà. E il nostro Codice, abbandonando la norma fondamentale del diritto romano, ha seguito quella francese.

§ 202.

A canto all' atto materiale del trasferimento del possesso (sostituibile, come or ora abbiamo detto, con la tradizione simbolica, con quella *brevi manu*, e con il costituto) viene comunemente insegnato essere necessario che la consegna della cosa si faccia nella comune intenzione di dare e di trasferire la proprietà.

Questo requisito è una conseguenza logica e necessaria della definizione che si suol dare del negozio giuridico. Questo, così si dice dalla *communis opinio*, differisce dagli altri fatti giuridici per ciò che le sue conseguenze giuridiche sono volute dalle parti. La dichiarazione di volontà, secondo questa che è l'opinione classica, deve essere rivolta alla produzione di un effetto giuridico; quindi, facendo l'applicazione di tale principio alla tradizione, per questa occorrerebbe da una parte l'*animus dominii transferendi*, dall' altra l'*animus dominii accipiendi*, da una parte e dall' altra la piena coscienza di quel che sia il diritto di dominio che viene trasmesso.

§ 203.

Esaminiamo, anzi tutto, la questione dal punto di vista più generale del negozio giuridico. Faremo poi applicazione alla tradizione dei risultati che otterremo.

Tutta quanta l'essenza del diritto consiste o nell'acquisto, o nella conservazione o nella perdita dei diritti; e tutto ciò non si verifica che in seguito ad una causa: il *fatto giuridico*. Il quale consiste in quel qualsiasi avvenimento, sia pure semplicemente naturale, da cui dipende il nascere, il modificarsi, o l'estinguersi di un rapporto giuridico.

Nella gran massa dei fatti giuridici, che creano, modificano od estinguono un diritto, ve ne sono alcuni i quali in tanto sono *atti giuridici* in quanto sono *atti* umani, ossia hanno per base una deliberazione dell'agente e una esplicazione di questa deliberazione. L'*atto giuridico* dunque presuppone una determinazione di volontà ed una manifestazione della volontà medesima. Ma l'effetto giuridico prodotto dall' atto giuridico può essere di due specie, in quanto il diritto interviene talvolta a reprimere e talvolta a sussidiare. Nella prima ipotesi si hanno gli atti illeciti, i quali costituiscono la sfera degli atti vietati dalla legge; i quali, appunto perchè vietati, producono, quando son compiuti, effetti giuridici; sebbene non in base alla volontà delle parti, ma contro di essa, come conseguenza della repressione.

Atti leciti poi son quelli che la legge non solo permette, ma protegge, poichè interviene in essi a sussidiare la volontà delle parti.

E finalmente, sotto la denominazione di *negozio giuridico* noi intendiamo l' atto in cui l' elemento predominante è una dichiarazione di volontà, cui la legge attribuisce effetto giuridico. Ma non si deve dire, in genere, che il negozio giuridico è una dichiarazione di volontà. Questa affermazione non è precisa, poichè se è vero che il negozio giuridico si fonda sulla volontà, ciò non sempre basta a determinarne l' essenza.

In fatti, a costituire un negozio giuridico, ora occorre una sola volontà (testamento), ora l' incontro di più volontà (contratto), ora in fine anche un altro elemento di fatto (il trasferimento del possesso, oltre che l' incontro della volontà, nella tradizione). La volontà dà vita e colore al negozio giuridico, ma può da sola non bastare. Quindi è più preciso dire, col Bekker, che nel ne-

gozio giuridico la dichiarazione di volontà è un elemento essenziale, ma non è l' unico elemento possibile.

§ 204.

Il determinare la funzione della volontà nel negozio giuridico è precisamente il punto in cui si manifesta il disaccordo degli scrittori.

La scuola classica, come dicemmo, ritiene che la volontà delle parti debba essere rivolta alla produzione di un effetto giuridico. Questa scuola pone l'autonomia individuale come centro dell' intero diritto privato; quindi, secondo essa, l' ordinamento giuridico si limiterebbe a porre solo dei mezzi a disposizione della volontà privata, ma questa è sempre veramente e propriamente determinante.

Il negozio giuridico, afferma in fatti il Windscheid, è l' attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico alla volontà privata.

Ora, a noi sembra esagerato questo potere creativo attribuito alla volontà privata. La quale in nessun senso, e per nessun verso può creare effetti giuridici, ma si manifesta soltanto designando certi scopi a servizio dei quali il diritto — quando lo reputi opportuno — concede la sua forza tutelatrice. Per conseguenza, secondo tutta un' altra scuola che ha incominciato ad affermarsi nella seconda metà del secolo scorso, la volontà privata è rivolta direttamente ed essenzialmente allo scopo pratico, od empirico, non già al mezzo giuridico concesso pel suo raggiungimento.

Ed in vero, come si può pretendere che le parti abbiano di mira l' effetto giuridico, se di questo il più delle volte manca loro assolutamente la conoscenza?

Esse non possono mirare che all' effetto empirico, al risultato economico.

Dalle parti, generalmente, si vuole il risultato di fatto e non la figura giuridica ad esso corrispondente. Tanto è vero ciò che se le parti hanno scelto una forma giuridica non adatta al raggiungimento di quel risultato, la legge interviene imponendo loro la forma a cui essa connette l' effetto pratico desiderato.

Secondo altri scrittori, i quali a dir vero pongono, come suol dirsi, un piede in due staffe, non occorrerebbe nelle parti una esatta coscienza di quel che malamente da taluni si chiama oggi *costruzione* giuridica: basta che confusamente vi sia un concetto approssimativo dell'effetto giuridico. Tutto il resto, tutto ciò che volgarmente potrebbe dirsi il contorno, sarebbe opera della legge.

Questa opinione è da ripudiarsi non meno della prima.

In prima linea, secondo noi, sta sempre lo scopo pratico, economico; della costruzione giuridica esse non si preoccupano affatto. Solo si deve ritenere che più o meno confusamente si riferiscano a delle conseguenze che abbiano efficacia giuridica atta a sussidiare l'efficacia pratica, economica.

Nel conchiudere il negozio giuridico si sa che, se l'effetto pratico bonariamente non segue, si può invocare il sussidio della legge. Le parti, in somma, il più delle volte non mirano a stringere un rapporto di cui han presente la nitida ed esatta rilevanza giuridica, ma solo un rapporto che all' occorrenza può esser fatto valere in via giuridica. E questo è il punto importante.

La storia del diritto conferma pienamente questa verità. Prima ancora che lo *ius gentium* venisse ad attribuire conseguenze giuridiche alla *emptio-venditio*, alla *locatio*, questi atti si compivano sotto la garanzia della buona fede, della religione, dell' uso. La tradizione e la occupazione, nota il Lenel, appartennero ai tempi più remoti, ma nessuno pretenderà certo che il diritto abbia

insegnato alla umanità ad occupare, a far tradizioni. Abbiamo una serie di negozi giuridici cui il diritto venne solo a grado a grado attribuendo efficacia giuridica.

La intenzione delle parti sarà stata differente prima e dopo questa ricognizione, o non piuttosto lo scopo è stato sempre identico?

§ 205.

Facciamo ora applicazione di queste idee alla *traditio*. Non è punto necessario che il tradente voglia trasferire il *diritto di proprietà*, e il ricevente acquistarlo. Basta l' *animus rei transferendae et accipiendae*. Il tradente, spoglio di nozioni giuridiche, vuole non più avere per sè la cosa, rinunzia a tutta la utilità che ne potrà ritrarre, e, in vece, vuole attribuirla al ricevente: al diritto non pensa nè può pensare.

Le nostre fonti non sono punto favorevoli alla opinione classica dianzi accennata. Esse ordinariamente si riferiscono a questa intenzione delle parti rivolta al puro scopo economico.

Inst. 2. 1. 40. Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur.

Per diritto naturale le cose si acquistano anche con la tradizione; in fatti non vi ha nulla di più rispondente alla naturale equità che il tener ferma la volontà del proprietario che vuol trasferire ad altri la propria cosa. E per tanto una cosa corporale, di qualunque sorta essa sia, può esser tràdita, e, quando sia tràdita dal proprietario, resta alienata.

La volontà del domino tradente è quella di «transferre in alium rem suam», mira semplicemente allo scopo pratico di rinunziare per sè alla cosa ed attribuirla al ricevente. Se il giurista avesse imaginato una volontà tendente all'effetto giuridico, si sarebbe dovuto esprimere altrimenti; egli avrebbe parlato di un «transferre *dominium*» o di un «transferre *ius*». In vece, nel frammento par di scorgere una esclusione voluta di queste due espressioni.

§ 206.

Dig. 12. 1. 9. 9 Ulpianus *libro vicensimo sexto ad edictum*. Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

Dig. eod. 10. Idem *libro secundo ad edictum*. Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.

Io ho depositato dieci presso di te: in seguito ti ho consentito di servirtene. Nerva e Procolo dicono che io posso rivolgermi contro di te con la *condictio*, come se te li avessi dati a mutuo, anche prima che quei dieci vengano rimossi.

E ciò è vero, anche secondo l' opinione di Marcello; poichè quegli ha incominciato a possedere *animo*, quindi il pericolo passa a colui che ha chiesto a mutuo, e si potrà rivolgere contro di lui la *condictio*.

Chè se fin da principio, nell'atto del depositare il denaro, ti avrò permesso di servirtene se vorrai, non è cre-

dita prima che sia rimossa, perchè prima non è certo se sarà dovuta.

Si tratta di un deposito di monete; figura questa molto importante la quale presenta nella vita giuridica antica e moderna dei lati pratici gravissimi. Il deposito di denaro può farsi in vari modi. Lo si può depositare in sacco suggellato, o con qualunque altro sistema che ne tolga la disponibilità al depositario, ed allora ci troviamo di fronte a un deposito normale — a titolo, cioè, di semplice custodia (1). Qui la restituzione deve esser fatta in natura, si deve rendere sempre l' *idem corpus* anche se le cose depositate siano fungibili o consumabili. Questa sorta di deposito si suol chiamare deposito regolare.

Ma se il denaro si sia consegnato sciolto, o si siano consegnati altri oggetti od altra merce egualmente sciolti dovrà il depositario restituire le stesse monete, le stesse merci, o potrà anche operare la restituzione di altrettante monete o merci *eiusdem generis et bonitatis*? Si è depositato, ad esempio, del grano tenero di una determinata regione; dovrà rendersi quello stesso grano, o potrà darsene dell' altro, purchè sia in eguale quantità e della stessa qualità e regione? Qui si deve dire che tutto dipende dalla intenzione; nel dubbio, però, deve dirsi che l' intenzione fosse di riavere *le stesse* cose depositate, e che al depositario non sia concesso il permesso di servirsene (2).

(1) Un deposito normale o regolare è anche quello che si fa presso le casse di deposito nelle banche.

(2) Nella pratica bancaria, il deposito di titoli senza una particolare specifica dei numeri o degli altri contrassegni atti a distinguerli fra altri titoli dello stesso nome, si ritiene un deposito di genere e non di specie; onde la banca può servirsene, a condizione, per altro, che essa tenga in cassa altrettanti titoli dello stesso valore a disposizione del depositario.

Nel primo dei due casi esposti da Ulpiano, la moneta viene consegnata a titolo di deposito, e poscia viene consentito al depositario di servirsene. L'efficacia di tale concessione consiste in ciò che, anche prima che il depositario se ne sia servito (prima di qualunque rimozione o *contrectatio* da parte sua) la proprietà delle monete è passata in lui, non il solo possesso giuridico, onde si possono senz' altro *condicere*, ed il *periculum* è passato in colui che ha chiesto il mutuo.

Nella seconda ipotesi, in vece, è il deponente che contemporaneamente all'atto del deposito dà facoltà al depositario di servirsi delle monete quando possa occorrergli.

Qui il passaggio della proprietà non ha luogo subito, ma solo quando il depositario usi le monete: in questo momento si avvera l' incontro delle due volontà, e da questo momento si origina il credito.

Nei due casi, come notasi, si fa dipendere il passaggio della proprietà sopra monete dal *permittere uti* del proprietario. Ora, quando si tratta di *res quae usu consumuntur*, il *permittere uti* risponde perfettamente all'*animus rei transferendae*. Il giureconsulto fa risaltare, che basta la intenzione rivolta allo scopo economico, all' attribuzione della utilità della cosa nella totalità dei suoi rapporti, per attribuire la proprietà.

§ 207.

Si sogliono citare alcuni passi delle fonti che sembrano accennare alla necessità dell' *animus dominii transferendi*. Quello su cui principalmente si fonda la comune opinione è il seguente

fr. Dig. 23. 3. 9 §§ 2, 3. Ulpianus *libro trigesimo primo ad Sabinum*. Dotis autem causa data accipere debemus ea, quae in dotem dantur. Ceterum si res dentur in se,

quae Graeci παράφερνα dicunt quaeque Galli (1) peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti. et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut divus Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt. plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse): hae igitur res an mariti fiant, videamus. et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur: et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint. videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit. et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat, aut ad exhibendum, si non amovere eas connisus est.

Il principio generale è questo: perchè le cose siano costituite in dote, occorre che siano date a titolo di dote. Ma, si dice qui, se al marito si diano cose per ciò che i Greci chiamano παράφερνα e i Galli (2) peculio, vediamo se diventino senz' altro del marito. Ed io direi, che, se sono consegnate con l' intento che siano del marito, lo diven-

(1) alii *scr.* MOMMSEN.
(2) *altri*, secondo MOMMSEN.

gano senz' altro; sì che, quando si sciolga il matrimonio, la moglie non potrà agire con la rivendica, nè con l'azione dotale (come rescrissero il divo Marco ed il nostro imperatore col padre), ma con la *condictio*.

Vediamo ora che importa il fatto che al marito sia stato consegnato il *libellus*, l' elenco delle cose, come si fa generalmente in Roma. Poichè la donna, di quelle cose che suole tenere per proprio uso in casa del marito e che non costituisce in dote, suol fare un elenco e presentarlo al marito perchè lo sottoscriva quasi ad attestare di aver ricevuto tali cose, e la moglie ritiene tanto questo chirografo di lui quanto le cose che ivi si dicono introdotte da lei in casa del marito. Passano qui dunque le cose in proprietà del marito?

Ed io non credo, dice il giureconsulto, non già perchè manchi la tradizione (in fatti che differenza c'è mai tra l' introduzione da lui consentita di tali cose in casa sua e la tradizione?), ma perchè non ritengo che ciò avvenga, tra il marito e la moglie, con l' intento di trasferire il dominio al marito, ma più tosto per accertare che le cose sono state introdotte in casa sua (1), affinchè ciò non possa essere negato in caso di separazione; e per lo più il marito, se le cose non sono state affidate alla moglie stessa, stipula con cauzione di tenerle lui in custodia.

Nel caso, poi, in cui tali cose non vengano restituite, con quale azione la donna potrà agire? con quella *rerum amotarum* (2) (per sottrazione di cose), con quella di de-

(1) Si dice che le cose sono in nostro possesso a pena entrano in casa nostra perchè in tale momento entrano nella cerchia di potestà appartenente al proprietario, in una cerchia in cui si sogliono tenere dal proprietario le cose di un determinato genere.

(2) L'*a. rer. amot.* è quella che si sostituisce nei rapporti tra marito e moglie dove avrebbe altrimenti luogo l'*a. furti*, che è infamante.

posito, o con quella di mandato ? Evidentemente, se al marito è stata affidata la custodia di tali cose, si potrà agire con l' azione di deposito o di mandato; altrimenti si agirà con l'*a. rerum amotarum,* se il marito le ritiene con l' intenzione di sottrarle, oppure con l'*a. ad exhibendum* se egli non tenta di sottrarle.

Evidentemente, però, questo testo non prova affatto contro il nostro avviso; si può, anzi, affermare che le conclusioni che ne traggono gli oppositori siano molto affrettate.

Ulpiano tocca in vari punti la questione del passaggio del dominio. Una prima volta, quando pone la questione *an (res) statim efficiuntur mariti*; e qui niuno vorrà affermare che non trattisi di espressione puramente empirica o pratica che non contempla affatto il dominio dal lato giuridico. Una seconda volta (immediatamente dopo la posizione del quesito) il giurista ripete la stessa espressione empirica *effici mariti.* E così anche una terza volta: *res an mariti fiant, videamus.*

Finalmente, quando viene a risolvere l'altra questione, se passino in proprietà del marito quelle cose che la moglie soleva portare in casa di lui, e delle quali si faceva una specie di inventario, Ulpiano risponde: « Et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur ?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur..... ». In altre parole, egli dice: qui la tradizione materiale vi è, ma manca l' elemento intenzionale. Egli non dice già, che le parti debbano pensare al dominio, ma che la loro intenzione non è tale da far passare il dominio. Eppoi qua parla il giureconsulto, e considera la cosa dal punto di vista giuridico, e adopera la espressione che a lui si conviene.

Il passo citato non prova dunque affatto contro di noi

In esso, il risultato del negozio è espresso ripetutamente in un modo che non riflette menomamente l' effetto giuridico (*effici — fieri*), e quell' unica volta in cui a questo si guarda gli è per accennare ad un risultato, non ad una intenzione delle parti, il quale in termine giuridico non può chiamarsi che *dominium.* E finalmente è troppo ovvio che, se nel pensiero del giureconsulto l' intenzione delle parti rivolta all' effetto giuridico avesse avuto una importanza predominante, egli si sarebbe servito costantemente dell' espressione giuridica *dominium.*

Ripetiamo, quindi: non è necessario che il tradente voglia trasferire il *diritto* di proprietà, e il ricevente acquistarlo. Basta l'*animus rei transferendae et accipiendae.*

§ 208.

Di solito si adduce contro la nostra opinione anche il requisito della *iusta causa.*

Si afferma che esso sarebbe incomprensibile senza la intenzione rivolta alle conseguenze giuridiche. Noi vedremo come la *causa* sia indispensabile, e come senza l'accordo su di essa non possa verificarsi il trapasso della proprietà. Ma la *iusta causa* deve a sua volta intendersi nel senso che può avere nella vita pratica. Le parti debbono sapere a qual titolo avviene il trasferimento della proprietà, ma è sufficiente anche su ciò una nozione empirica, comune, non una sicura cognizione giuridica.

§ 209.

In questa volontà di trasferire la cosa a favore di una persona possono entrare come elementi determinanti certi falsi supposti, de' quali dobbiamo studiare l' influenza

sulla validità della tradizione. Le nostre fonti contengono, al riguardo, varie questioni di grave importanza pratica.

Ad esempio, il vero proprietario, ignorando di esser tale, trasferisce la cosa a nome di un altro. Ovvero egli crede di non esser tale o di esserlo per causa diversa dalla reale, e consegna in nome proprio la cosa ad un terzo. Vediamo quali siano le conseguenze di tale errore.

Cominciamo con l'esporre, sulla base delle decisioni, quei punti che ne sembrano certi.

Primus è proprietario di una cosa: ma lo ignora. Come procuratore, come tutore, come rappresentante, in genere, di Secundus fa tradizione di questa cosa a Tertius. Quale sarà l'effetto di questa tradizione? Perderà Primus la proprietà? La risposta riesce facile, considerando la cosa senza tener conto del testo. Primus volle trasferire cosa di Secundus, volle contribuire come rappresentante a separare la cosa dal patrimonio di costui, per farla entrare nel patrimonio di Tertius. Egli non pensava menomamente di alienare nulla per conto proprio.

Si può anzi dire che giuridicamente non è lui che agiva, ma il suo rappresentato.

Naturale quindi la conseguenza, che egli nulla perda.

Questo modo di argomentare è sanzionato dalle decisioni de' giureconsulti.

Dig. 12. 4. 3. 8. Ulpianus *libro vicensimo sexto ad edictum*.... nam et cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos.

Se io ti consegno denari miei credendoli tuoi, non ne trasferisco a te la proprietà.

Dig. 41. 1. 35. Ulpianus *libro septimo disputationum*. Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

Se il mio *procurator* (1) od il tutore di un pupillo abbiano fatto tradizione ad altri di una cosa propria, che essi credevano rispettivamente mia o del pupillo, essi non ne hanno perduto la proprietà e non vi è alienazione, perchè nessuno per errore perde la cosa propria.

Dig. 18. 1. 15. 2. Paulus *libro quinto ad Sabinum*. Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo etiam si donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit.

Nel caso in cui tu abbi venduto a me una cosa che io ignoravo esser mia, e per mio ordine ne abbi fatto tradizione ad un altro, Pomponio non crede che venga a trasferirsi la mia proprietà, non essendo questa la mia intenzione, ma crede che la proprietà passi a costui come se fosse tua. Quindi dovrà dirsi lo stesso anche nel caso in cui volendo tu donarmi una cosa, che era poi mia, ne abbi fatto tradizione ad un altro per mio ordine.

In tesi generale, dunque, le fonti pongono la regola

(1) « *Procurator* nel diritto classico è l'uomo d'affari del cittadino romano facoltoso, il suo *factotum*, quello che ne amministra i beni, ne sorveglia l'azienda domestica, lo rappresenta negli affari ordinari della vita; insomma è sempre un rappresentante con mansioni permanenti affidategli dalla stima del *dominus* ». Fadda, *Concetti fondam. del d. ered. romano* Vol. II, pag. 94. Solo nel diritto giustinianeo *procurator* acquista il senso di mandatario per tutti o per parte degli affari altrui.

Nel frammento in esame il tutore ed il *procurator* sono posti allo stesso livello appunto in quanto entrambi sono rappresentanti entro una determinata cerchia di affari.

che uno che fa soltanto tradizione della cosa propria, credendo non fosse tale, ma d'altri, e intende alienare come rappresentante di questi, non perde la proprietà: *nemo errans rem suam amittit* (fr. D. 41. 1. 35 cit.). Qua vi è un errore essenziale, che toglie ogni efficacia all'atto: anzi manca ogni volontà di alienare.

Ma questa massima trova intoppo in certe condizioni particolari in cui si trova il *dominus* che aliena per errore cosa propria. *Quid* se non fa solo tradizione, ma è obbligato personalmente a far avere la cosa? Tale è il caso del mandatario. Questi potrà dire che non era sua intenzione di alienare cosa propria; ma vi è il suo obbligo di consegnare la cosa, perché il terzo non può direttamente rivolgersi contro il mandante. Chi risponde in faccia al terzo è il mandatario. Se quindi Primus qua rivendica, potrà opporglisi dal possessore la *exceptio rei venditae et traditae*, che ferma il corso della sua azione.

Così pure: se Primus vende come creditore pignoratizio di Secundus una cosa che è di sua proprietà, non può rivendicare contro l'acquirente. Va bene che egli agisca qual rappresentante del debitore, ma è pur vero che egli vende anche nel proprio interesse e fa valere un diritto proprio. Quindi, se non sarà tenuto per la evizione, non potrà però ridomandare la cosa che egli stesso ha alienato. Questa conclusione è confermata dal seguente frammento.

Dig. 20. 5. 10. Paulus *libro sexto responsorum*. Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quæstionem movere.

Sebbene colui che ha comprato in base alla *lex pignoris* non possa rivolgersi contro il venditore per l'evizione della cosa, tuttavia non si potrà dar ragione al creditore

che ha venduto il fondo quando questi voglia muovere controversia per la stessa cosa ma in base ad altra causa.

Il caso è questo: Primus, creditore pignoratizio, per pagarsi il credito vende l'oggetto che gli fu dato in pegno. Conosciuto però che l'oggetto era suo, lo vuol rivendicare. Ciò non gli è lecito; perchè è bensì vero che egli ha errato, ha cioè venduto a titolo di creditore pignoratizio ciò che gli apparteneva a titolo di proprietà; ma con la vendita egli ha assunto un obbligo personale: quello cioè di trasferire la proprietà. E perciò se si rivolgerà contro il compratore per far valere questo suo diritto, questi, a sua volta, gli opporrà la *exc. rei vend. et traditae* in base alla *exc. doli* (*generalis*), e fermerà l'azione di rivendica.

A proposito di questo ultimo frammento dobbiamo fare alcune osservazioni. Anzi tutto, per quanto riguarda la espressione *lege pignoris* occorre notare che originariamente il pegno non dava diritto alla vendita, ma alla semplice ritenzione dell'oggetto oppignorato. Con il tempo si cominciò ad ammettere la *lex venditionis*, per la quale il creditore in qualità di rappresentante del debitore, ma nell'interesse proprio, aveva diritto di vendere il pegno. Si finì per considerare questa clausola come un *naturale contractus*, onde bisognava anche escluderla espressamente quando il diritto di vendere non si voleva concedere al creditore. Ma si andò più oltre: in un terzo periodo la clausola di vendita divenne un *essentiale* del contratto, onde la sua esclusione era nulla ed il creditore aveva in ogni caso diritto alla vendita, a condizione, però, che prima di procedere a questa si fosse curato di mettere in mora per tre volte il debitore. Solo dopo questa messa in mora preliminare il creditore po-

teva *cum effectu* trasferire la proprietà in nome e per conto del debitore.

Anche più antica del pegno è la *fiducia*, per la quale il debitore trasferiva in garenzia nel creditore non il solo possesso, ma la proprietà della cosa. Perchè questi potesse procedere alla vendita non v' era quindi bisogno di un patto speciale: egli era proprietario e poteva senz' altro alienarla. Doveva però, in base alla stessa *lex fiduciae*, restituire la proprietà della cosa al debitore, quando questi avesse pagato il debito a tempo opportuno.

La *lex fiduciae* è un fenomeno giuridico che non si limita al solo pegno. Anche in altri casi si soleva trasferire la proprietà della cosa non già perchè l' acquirente ne usufruisse a qualunque scopo, ma semplicemente per agevolargli tutti quegli atti sulla cosa che si fossero riferiti ad un solo e determinato scopo. Così la *lex fiduciae* nel deposito agevolava il compito della custodia nel depositario, il quale avrebbe potuto, in base alla proprietà, esperimentare tutte le azioni necessarie per difendere la cosa depositata (1).

(1) Nel diritto moderno, la vendita con patto di riscatto non è se non una finzione, un atto di fiducia. In realtà, colui che vende prende a prestito del denaro; e, se manca la restituzione, la cosa resta al mutuante e acquirente. La giurisprudenza è quasi unanime nel ritenere che tale vendita è nulla perchè contiene una violazione al disposto del nostro Cod. civile pel quale è vietato il patto commissorio nel pegno. (Anche nel diritto giustinianeo fu vietato il patto commissorio — sebbene la costituzione che contiene questo divieto, sia stata attribuita, per interpolazione, a Costantino — e il divieto comprendeva tanto i mobili quanto gli immobili). Ma il nostro codice non contempla il divieto che per il solo pegno, ossia per le cose mobili. Così che bisognerebbe ritenere nulla la vendita con patto di riscatto delle sole cose mobili, e non anche di quelle immobili come vorrebbe la nostra giurisprudenza. Noi riteniamo che per la vendita con patto di riscatto degli immobili non vi sia niente in contrario nella nostra legge. Il sistema generale nostro è che ogni contratto, anche se usurario, anche se vi si contenga una sopraffazione dell' una parte sull' altra, è perfettamente lecito; ed è lasciata completa libertà sugli interessi. Onde, nel singolo caso, per poter ottenere la nullità di una vendita di immobili con patto di riscatto, in cui si celi un patto commissorio, bisognerebbe dimostrare la frode o la lesione. All' infuori di questi due casi la vendita è valida.

§ 210.

Poniamo ora, che il vero proprietario alieni in nome e per conto proprio, ma erri sulla causa per cui egli è proprietario.

Primus consegna a Secundus una cosa che crede gli appartenga a titolo di vendita, mentre gli fu donata. Potrà dirsi che questo errore non consente il passaggio della proprietà?

Non vi è se non uno scrittore che sostenne l' affermativa senza alcuna limitazione, il Richelmann. Egli stesso vede la enormità della conseguenza, e ne dà colpa ai giureconsulti romani. Altri limitano la nullità della *traditio* al caso in cui la *causa* sulla quale si erra sia la ereditaria. Primus aliena una cosa a Secundus, credendo gli appartenga come erede di Tertius, mentre in realtà egli aliena cosa che a lui prima già apparteneva. Secondo questi scrittori, in questo caso la tradizione non produce il passaggio della proprietà.

Si afferma che nel caso in esame l' errore è relativo alla causa solo in apparenza; in realtà tocca il dominio, l'appartenenza della cosa. Il tradente non avrebbe voluto alienare cosa propria, ma cosa appartenente al suo autore e a lui trasmessa.

Ma qua si parte da un concetto radicalmente erroneo del diritto ereditario.

Il Puchta e lo Scheurl credono che questo sia essen-

zialmente un diritto alla persona dell'autore, trasmesso in lui con l' adizione, persona che continua a sussistere. Quindi l'erede non ha immediatamente, come tutti gli altri diritti, quelli appartenenti al defunto, ma solo come rappresentante, possessore della personalità del defunto, tal che si potrebbe parlare di una proprietà del defunto, che sopravvive nell' erede.

Questi concetti furono radicalmente distrutti dallo Jhering, cui aderirono Windscheid, Köppen, Huschke. Fu notato, che a questo modo pochi diritti ci apparterrebbero direttamente: degli altri bisognerebbe risalire sempre a traverso alle successioni ereditarie per ritrovar le origini, fino ad arrivare ad uno che ha acquistato il diritto a titolo singolare. Un diritto ereditai da mio padre, che lo ereditò dal suo, e così via. Le personalità di tutti i miei antenati, degli autori dei miei autori, sopravviverebbero tutte in me. Ecco l'Atlante del diritto civile, esclama lo Jhering argutamente, che deve portare addosso si gran peso!

Come si vede il colmo della stranezza e della confusione. Ma poi, se quanto si afferma fosse vero, l'erede, come ogni altro rappresentante, dovrebbe rivendicare la cosa in nome del suo autore, non in nome proprio. E che ciò non sia è provato esplicitamente dalle nostre fonti.

E altre forti ragioni stanno contro questa opinione, per fortuna molto ristretta, che l'errore sulla causa del dominio porti la nullità della *traditio* nel campo ereditario.

La maggioranza ritiene che la proprietà passi, e che l' errore sulla causa del dominio che trasmettiamo non influisca sulla validità della tradizione.

Unica eccezione si ha nel caso in cui colui che trasmette la cosa lo fa in base alla presupposizione, manifestata o non, ma di cui avevano coscienza le parti, che la cosa gli appartenga in forza di una determinata causa.

Qui, per la teoria della presupposizione, il passaggio del dominio non avviene se non è vera quella causa. Ma naturalmente deve provarsi in modo chiaro e deciso, che tale era la volontà del tradente.

§ 211.

Perchè la proprietà passi, occorre che il tradente abbia l' intenzione di far avere la cosa ad *una persona determinata*; per altro le nostre fonti contemplano anche il caso di tradizione fatta a *persona indeterminata* (*traditio in incertam personam*).

E poichè, per diritto romano, il contratto non può conchiudersi se non con persone determinate, sorge questione tra i moderni interpreti, sul punto se in diritto romano avessero efficacia giuridica quei contratti che oggi sogliono chiamarsi *per pubblici proclami*.

Certo è, che nei monumenti pervenutici si trova cenno di queste promesse rivolte al pubblico, senza alcuna determinazione individuale di persona: ad esempio, si promette cento a chi riporti l' oggetto smarrito, a chi faccia rintracciare lo schiavo fuggito. Ma se il diritto riconoscesse e fornisse di tutela cotesta sorta di promesse, è questione che non può risolversi in base alle fonti giuridiche, poichè queste sono assolutamente mute al riguardo.

§ 212.

Noi abbiamo ammesso, con la comune opinione, che la *traditio* è un contratto, o, per dir meglio, che essa dia forma ad un contratto. Dobbiamo però accennare alla

teoria completamente opposta di recente sostenuta da autori germanici ed italiani.

Poichè, diciamo noi, nella tradizione occorre da una parte l' intenzione di trasferire e dall' altra quella di ricevere la cosa, ossia l'accordo delle parti intorno a questo punto, non può negarsi che qui ci troviamo di fronte ad un negozio giuridico basato sull'accordo, in altre parole di fronte ad un contratto.

Il Pernice, in Germania, il Perozzi, tra noi, hanno combattuto questa opinione. Il Perozzi fa, a un dipresso, questo ragionamento: chi vuol trasferire la cosa ha sempre, imprescindibilmente, un motivo per spogliarsi della cosa e per trasferirla, sia che originariamente si richiedesse in lui una ragione sufficiente a trasferire la proprietà e sussistente nel fatto, sia che in seguito bastasse qualunque scopo, lecito od illecito. Ma di tutto ciò non può parlarsi rispetto all'acquirente, perchè la volontà di acquistare è giustificata dal solo fatto del lucro che si fa acquistando. L'accipiente può anche non essere d'accordo sulla esistenza della causa, può anche ignorarla, e tuttavia la proprietà passerà, e si capisce benissimo che la legge sanzioni la *iusta causa* pel tradente, mentre non lo si capirebbe per l' accipiente. Da questo ragionamento il Perozzi trae la conclusione, che a proposito della *traditio*, non richiedendosi l' accordo delle parti sulla *iusta causa*, non possa nè pure parlarsi di contratto.

§ 213.

Osserviamo, anzi tutto, che sebbene il Perozzi affermi l' assoluta insussistenza, anzi l' irragionevolezza, di un accordo sulla *iusta causa*, non nega però la necessità dell' accordo sul trasferimento della cosa. Dunque un accordo vi è; sarà un *minimum*, se egli così vuole, ma è

sempre un *minimum* di cui dobbiamo assolutamente tener conto, perchè basta a fare ammettere il contratto.

In secondo luogo, e noi lo vedremo meglio in seguito, non è nè anche esatta l'affermazione che di *iusta causa* non possa parlarsi rispetto all' acquirente. Per noi è, invece, certo che anche nell' acquirente si richiede una convinzione sulla causa per cui gli vien trasferito il dominio.

Il Perozzi, per avvalorare le sue argomentazioni, ricorre al paragone con lo *iactus missilium* (il lancio, cioè, di danari od oggetti al popolo) in cui la volontà dello alienante e quella del tradente sarèbbero due cose a sè, perfettamente distinte e indipendenti. Lo *iactus missilium* sarebbe una *traditio in incertam personam*, quindi questa indipendenza delle due volontà dovrebbe ritenersi vera per qualunque *traditio*, in genere.

Fermiamo, in primo luogo, il concetto dello *iactus missilium*. Sotto questo nome si contemplano nelle nostre fonti alcuni casi, in cui qualcuno si spoglia del possesso non puramente e semplicemente, ma perchè qualcuno del popolo acquisti la cosa di cui egli derelinquente si vuole spogliare.

Questa figura dello *i. missilium* è costruita nelle fonti secondo due differenti punti di vista.

Dig. 41. 1. 9. 7. Gaius *libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*. Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem ut ecce qui missilia iactat in vulgus, ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficit.

Inoltre — dice Gaio — la volontà del proprietario, anche se rivolta a persona incerta, talvolta trasferisce la proprietà della cosa, come nel caso di colui che getta

delle cose in dono al volgo. Costui, infatti, non sa ciò che ciascuno del volgo sarà per raccogliere, e tuttavia, poichè vuole che ciascuna cosa sia di colui che la ha raccolta, ne rende senz' altro proprietario quest' ultimo.

Nel concetto di Gaio il rapporto che sorge dallo *iactus missilium* deriverebbe da una vera e propria tradizione. Il *dominus* si spoglia del possesso e della proprietà, ma non puramente e semplicemente, sì bene con l'intenzione che altri la riceva; ignora chi sarà la persona che dovrà acquistarla e che cosa prenderà, ma vuole che qualunque persona del popolo possa raccogliere quei denari o quegli oggetti. E tale volontà fa sì che colui che li prende ne divenga proprietario.

La costruzione di questo stesso rapporto è affatto diversa nel frammento

Dig. 41. 7. 5. 1. Pomponius *libro trigensimo secundo ad Sabinum.* Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti cum quis aes sparserit aut aves amiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea.

Ciò che alcuno ha voluto avere in conto di abbandonato, talvolta diventa immediatamente mio. Così, quando alcuno abbia fatto getto di denaro od abbia dato il volo agli uccelli, se bene egli abbia voluto trasmetterli a persona incerta, tuttavia divengono di colui a cui il caso porta queste cose.

Pomponio non ammette la tradizione; invece egli pone da un canto la perdita di proprietà per abbandono, dall'altra l'acquisto per occupazione. E a noi pare che Pomponio sia nel vero punto di vista. Il *dominus* [non vuole più le monete e le getta alla plebe; ma con ciò non le dà ad alcuno, come non si dà ad alcuno quella cosa che noi buttiamo via *dereliquendi animo*, benchè sappiamo che altri la raccoglierà. È vero che qua vi è

la intenzione di gettare i denari al volgo per accapparrarsene il favore od altro, ma ciò non basta a dare all'atto il carattere di una vera e propria tradizione.

E inoltre, a prescegliere l'opinione di Pomponio, di fronte a quella di Gaio e di Giustiniano (1), ci persuade anche il collocamento del frammento di Pomponio sotto il titolo *pro derelicto* (Dig. 41.7) che è la vera *sedes materiae.*

E se così è, se ci troviamo di fronte ad una opinione che non accoglie il concetto della tradizione, che anzi vi sostituisce quello della derelizione da un canto, e quello della occupazione dall'altro, cade necessariamente tutto il ragionamento che il Perozzi vuol fondare sullo *iactus missilium.* Questa figura non va considerata, col Perozzi, come un caso di tradizione, essa non è se non una occupazione di *res derelicta.* Abbiamo l' intenzione di abbandonare, nel proprietario; quella di occupare in colui che raccoglie l'oggetto. E i due concetti sono completamente scissi, non fusi come si sarebbe dovuto attendere se di tradizione vera e propria si fosse trattato.

§ 214.

Ma anche per altri riguardi è controversa tra i romanisti la necessità dell'esistenza di una *iusta causa* per cui il trasferimento si opera nella tradizione.

Conviene intendersi, innanzi tutto, sul significato dell'espressione *iusta causa.*

Secondo il nostro modo di vedere, *iusta* deve dirsi quella *causa* che per se stessa, considerata astratta-

(1) Giustiniano accolse l'opinione di Gaio, come dimostra la riproduzione quasi letterale che egli ne fece nelle *Instit.* II 1.46.

mente, è capace di trasferire il dominio. *Iusta causa*, ad esempio, è la compra-vendita, non la locazione, perchè quella è sufficiente a trasferire il dominio, non questa per la quale passa il semplice possesso.

Il concetto della *iusta causa traditionis* è identico a quello della *i. c. usucapionis*. Anche nella usucapione si ritiene *iusta* quella *causa* che per sè è in grado di trasferire il dominio, solo che, nel caso, per una ragione concreta, non è capace di tanto. Se, ad esempio, colui che vende non è proprietario, l'acquirente usucapisce in base al possesso fondato sulla *i. c.* e sulla buona fede. Qui esiste una compra-vendita, e questa, astrattamente considerata, è causa adatta a trasferire la proprietà; ma, nel caso, osta al trasferimento il fatto che colui che vende non è proprietario.

La *i. c.* dovette avere originariamente una esistenza oggettiva, e forse l'unica *i. c.* fu la compra-vendita. Si esigeva, cioè, che il tradente volesse spogliarsi della cosa a favore dell'accipiente perchè gliela aveva venduta.

In seguito questa esistenza oggettiva, o di fatto, non fu più ritenuta necessaria per il passaggio del dominio, onde una ragione supposta di tràdere valeva quanto una ragione sussistente. Ma in pari tempo si vennero concedendo tutte le varie *condictiones* (*c. indebiti, ob falsam causam, causa data causa non secuta*) le quali altro scopo non si proponevano se non quello di fare riacquistare il dominio al tradente quando si verificava che la causa supposta o non era esistente od era venuta meno. Poteva finanche il tradente proporsi uno scopo illecito: la proprietà passava ugualmente. Ma la *condictio ob turpem causam* interveniva in punto per reprimere l'immoralità. E a questo proposito si distingueva: la *turpitudo accipientis* faceva sì che si potesse ripetere da lui

la cosa trasferitagli, mentre non la si poteva ripetere se egli aveva agito senza alcuna mira turpe o disonesta e quindi esisteva solo la *turpitudo dantis*. Finalmente anche se la *turpitudo* era *ex utraque parte* non si faceva luogo a ripetizione (1).

Ora, a noi pare certo che per la tradizione, oltre che l'accordo nella intenzione di trasferire la cosa, sia anche necessaria l'esistenza di una causa per cui questo trasferimento si opera. E questo nostro convincimento vogliamo, come al solito, confermare con la risultanza delle fonti.

§ 215.

Dig. 44.7.55 Iavolenus *libro duodecimo epistularum.* In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad affectum id quod inchoatur non potest.

In tutti gli atti che trasferiscono il dominio è necessario che intervenga la volontà concorde dell'una e dell'altra parte (noi diremo: si vuole che le parti si accordino intorno alla causa per cui vogliono effettuare la traslazione del dominio); poichè, tanto se la causa del contrarre fu una vendita, quanto se fu una donazione, o una conduzione, o qualunque altra, se manca

(1) Si disputa se anche pel nostro diritto civile possa aver luogo questa distinzione. In base all'art. 1119 C. Civ. il quale stabilisce: « l'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od *illecita* non può avere alcuno effetto » riteniamo che la proprietà resti intatta presso l'alienante, e che egli possa ripeterla in ogni caso anche se la turpitudine sia dalla sua sola parte.

l'accordo delle parti non può effettuarsi ciò che si imprende a trattare.

Il frammento di Giavoleno è innegabilmente interpolato. Esso presenta una così illogica contraddizione che tutti gli autori son d'accordo nello scorgervi l'intervento dei compilatori giustinianei. Infatti, mentre vi si parla di atti che trasferiscono il dominio, si comprende poi nella esemplificazione anche la locazione nella quale non passa il dominio, ma il possesso. Della interpolazione, oltre questo indice sostanziale, si ha anche un indice formale nella espressione *perduci ad effectum* che è del linguaggio giustinianeo, e che si riscontra interpolata in molte altre occasioni.

Ma l'illogicità si spiega facilmente. Il giureconsulto parlava del consenso in ordine alla causa della tradizione (e in ciò si ha una nuova prova del carattere contrattuale della *traditio*), i compilatori gli hanno voluto far dire, di più, che questa causa esige l' assenso di tutte le parti *come in tutti i contratti*, quindi anche in quello di locazione.

§ 216.

Il responso di Giavoleno ci spiana la via alla risoluzione di una questione vivamente, ma senza fortuna, dibattuta finora fra gli interpreti: quella della relazione fra i due frammenti Dig. 12.1.18 e Dig. 41.1.36.

Esaminiamo i passi:

Dig. 12.1.18 Ulpianus *libro septimo disputationum*. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

Se io ti do del denaro volendo fartene donazione, e tu, invece, lo ricevi a titolo di mutuo, Giuliano scrive che non vi è donazione. Ma bisogna esaminare se vi sia mutuo. Ed io credo, dice Ulpiano, che non si abbia nè anche mutuo, che anzi i denari non passino neppure in proprietà del ricevente avendoli egli ricevuti con altra intenzione (per una causa diversa) da quella che pensava il tradente.

E quindi se l'accipiente li consumi, sebbene egli sia tenuto con la *condictio*, potrà tuttavia valersi della *exceptio doli*, perchè i denari sono stati consumati secondo la intenzione del tradente.

Non si ha dunque donazione perchè questa non esiste senza l' accettazione del donatario; nè vi è mutuo perchè anche questo, come la donazione, è una convenzione, e mancando il consenso delle parti non può sussistere. Ma, andando più in là, Ulpiano nega anche il passaggio della proprietà: *magisque nummos accipientis non fieri*. Se la volontà di trasferire la cosa potesse scindersi dal suo scopo pratico, qua la proprietà dovrebbe passare. Infatti chi vuol donare vuole sicuramente trasferire la cosa nel ricevente: chi crede di ricevere a mutuo, appunto per ciò vuole avere i denari per sè. Dunque l'accordo sul passaggio della proprietà in astratto vi è, dunque il passaggio dovrebbe effettuarsi.

Ulpiano in vece afferma che il ricevente non diventa proprietario dei denari, avendoli ricevuti per una causa diversa da quella che pensava il tradente. Il dissenso in ordine alla causa impedisce la traslazione della proprietà.

Il passaggio della proprietà ha solo luogo quando avvenga la *consumtio* dei denari: a produrre la quale

basta la semplice confusione con i denari nostri. Ma qua vi è un arricchimento senza causa, e però il ricevente con la relativa *condictio* è tenuto a restituire nei limiti di questo arricchimento: *quatenus locupletior factus est.*

Questo per stretto diritto. Ma nella specie vi è un riflesso di equità che modifica tale rigore. Chi ricevette consumò secondo la intenzione del tradente. Ora, può questi farsi innanzi e ripetere, dopo che appunto consegnò volendo donare? In realtà, non si è fatto del denaro quell'uso che egli aveva in mente? Adunque egli è in dolo quando ripete dopo che il ricevente ha consumato; e alla sua *condictio* osta la *exceptio doli* (*generalis*). Questa è la base dell'eccezione: la *consumtio secundum voluntatem dantis.*

Il responso di Ulpiano è decisamente a noi favorevole e afferma che quando manchi l'accordo delle parti sulla causa, non vi è *traditio*

§ 217.

Dig. 41.1.36 Iulianus *libro tertio decimo digestorum.* Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Giuliano professa un principio affatto opposto a quello che noi abbiamo finora sostenuto. Se siamo d'accordo, egli dice, sulla cosa individualmente determinata di cui

si compie la tradizione, ma dissentiamo circa le cause di questa, non intendo perchè debba essere inefficace la tradizione; come nel caso in cui io mi creda obbligato di fronte a te in base a testamento a farti tradizione di un fondo, e tu pensi invece che esso ti sia dovuto in base a stipulazione. Infatti anche se io ti faccia a scopo di donazione la tradizione del denaro contato, e tu lo riceva invece a titolo di credito, è certo che la proprietà passa a te e che non è d'impedimento il nostro disaccordo intorno alla causa del dare, da una parte, e del ricevere, dall'altra.

L'essere il testo accolto nella compilazione e nella *sedes materiae* (il titolo *de adquirendo rerum dominio*); l'espressione *constat proprietatem ad te transire*, che accenna ad una regola pacificamente ammessa; il trattarsi qua (così si pretende) *ex professo* la questione del passaggio della proprietà, mentre nella l. 18 cit. si agita in via principale la questione della esistenza della donazione o del mutuo: tutti questi riflessi persuasero la massima parte dei pandettisti a schierarsi dal lato di Giuliano, e a conchiudere che la opinione di questi è quella accettata nel *Corpus Iuris.* Ma questi scrittori si partono in due schiere. Gli uni ritengono inconciliabili i due responsi, e, naturalmente, preferiscono quello di Giuliano. Altri, all'incontro, muovono dal responso di Giuliano come da verità inconcussa e allo stesso cercano ricondurre anche quello di Ulpiano.

I tentativi di conciliazione in questo senso sono innumerevoli: dalla Glossa agli ultimi tempi queste due leggi hanno esercitato l'ingegno e la pazienza di illustri romanisti.

Noi, ritenendo erronea la base da cui partono, non possiamo fare una esposizione de' vari tentativi di conciliazione.

Facciamo dunque alcune brevi osservazioni sulla l. 36. Primieramente è giusta osservazione di Huschke che nel primo esempio addotto da Giuliano non vi sia dissenso sulla *causa traditionis*. Testamento e stipulazione non sono cause di tradizione, ma soltanto diverse fonti di obbligo di fare una certa prestazione. Chi fa questa, credendo di essere tenuto in forza di testamento, la fa *solvendi causa*; chi la riceve credendo che gli sia dovuta in forza di stipulazione, la riceve come *solutio*. Di modo che non dissentono in ordine alla *causa traditionis*.

Quando le parti si accordano nel determinare come scopo pratico il sodisfacimento di un debito, vi è la *iusta causa traditionis*: uno dà *donandi causa*, l'altro riceve *credendi causa*.

In secondo luogo nella parte prima si parla di *fundus*, la cui proprietà — essendo *res mancipi* — non può esser trasferita per via di semplice *traditio*. Ancora: se il primo e il secondo esempio sono tutt' e due relativi alla *traditio*, non s' intende come a suffragare il primo s' invochi il secondo.

Noi crediamo, che nel primo esempio l' obbligo che le parti avevano in mente non tendesse alla translazione del dominio. Giuliano parla di obbligazione *ut fundum tradat*, che il tradente crede incombergli *ex testamento:* naturalmente è da ammettere che il ricevente si ritenesse autorizzato in forza di stipulazione a pretendere identica prestazione (*tradere fundum*). Il testo non ne parla: ma non si può supporre che il ricevente credesse che l' obbligo fosse *fundum dari*, altrimenti la diversità d' opinione, il dissenso, vi sarebbe non solo in ordine alla causa, ma ancora in ordine al contenuto dell' obbligazione.

Per di più: Giuliano non dice che non sa veder ragione per cui la *traditio* non trasferisca la proprietà, ma invece *non video cur* INEFFICAX *traditio sit*. Perchè questa espressione ambigua? *Efficax* a far che? Ad acquistare la *conditio usucapiendi*, il possesso *ad usucapionem*.

E allora il nostro testo porrebbe il principio, che, per quanto è del dissenso sulla causa, la stessa decisione si deve dare sia in ordine allo acquisto della proprietà, sia della *possessio ad usucapionem*.

Data questa interpretazione scompaiono tutte le difficoltà. Non si ha lo sconcio di un argomento che è la cosa stessa che si vuol dimostrare: invece, da ciò che è vero per la *traditio* relativa alla proprietà, si argomenta alla *traditio* relativa alla *possessio ad usucapionem*.

Che Ulpiano non parli nella l. 18 di questa questione s' intende, perchè egli appunto mette in discussione la proposizione che per Giuliano serve d' argomento: cioè si occupa solo del passaggio della proprietà. Interpretando letteralmente come noi facciamo la espressione *ut fundum tradam*, scompare la difficoltà relativa alla qualità di *res mancipi*.

§ 218.

Ci conferma in questo avviso un testo di Pomponio.

Dig. 41. 10. 3 Pomponius *libro vicensimo secundo ad Sabinum* Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere [deberi], usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam. et ita Neratius scripsit idque verum puto.

Tu mi hai fatto tradizione di uno schiavo che falsa-

mente credevi di dovermi in base a stipulazione. Io non lo usucapirò se sapevo che nulla mi si doveva; chè se ignoro ciò, deve ritenersi più esatto che io lo usucapisca, poichè la stessa tradizione in base ad una causa che io ritengo vera, è sufficiente a far sì che io possegga *pro meo* ciò di cui mi si è fatto tradizione. Così ha scritto Nerazio, e ciò credo anch' io esatto.

Qua si ha il caso di uno che stima di essere obbligato a consegnare uno schiavo (quindi una *res mancipi*, come il *fundus* della l. 36) in forza di *stipulatio*. Chi riceve può essere in buona fede, o non. Se è in mala fede, non solo non acquista proprietà in forza di tradizione (chè la qualità dell' oggetto non lo permette), ma nè meno può usucapire, perchè manca la buona fede. Ovvero è in buona fede e allora vi è errore sulla causa, ma non già sulla causa prossima della *traditio*, che è la *solutio*, e sulla quale sono d' accordo, ma sulla causa dell' obbligo che si vuole estinguere con questa *solutio*. A rigore usucapione non vi dovrebbe essere, perchè il titolo non esiste oggettivamente; ma per riguardo alla buona fede si ammette che corra, epperò passa la *conditio usucapiendi*.

È, secondo noi, lo stesso caso contemplato da Giuliano. Il ricevente crede che la prestazione gli sia dovuta *ex stipulatu*, l' altro crede di doverla *ex causa quam veram existimat*, ossia anche per una causa diversa da quella pensata dall' *accipiens*.

Ebbene, si dice che l' errore o il dissenso sulla causa non nuoce, che la tradizione è efficace a dare un possesso *ad usucapionem*.

E qui è il caso di confrontare la espressione di Pomponio e Nerazio: *sufficit ad efficiendum* coll' altra: *non video cur inefficax sit traditio* della l. 36.

Ancòra: Nerazio è maestro di Giuliano, ed è naturale

che il discepolo tratti una questione che trattò il maestro, e allo stesso modo la risolva.

Tutto questo, però, sta a provare indirettamente, come Giuliano fosse di avviso diverso di Ulpiano in quanto al dissenso sulla *causa traditionis*. Differenza di opinione che del resto è pure provata dal modo con cui Ulpiano nella l. 18 cita Giuliano per la prima decisione, ma poi va più in là senza citarlo, anzi con la intenzione di combatterlo.

Ma perchè Giuliano professa questa opinione? Noi supponiamo che la ragione sia la seguente. Quando la *traditio* fu riconosciuta come forma efficace della convenzione diretta a trasferire il dominio, essa venne in parte a sostituire la *in iure cessio*, e per le *res nec mancipi* occupava la stessa posizione che la *mancipatio* per le *res nec mancipi*. Molte regole della *mancipatio* si saranno applicate alla *traditio*, e vi sarà anche stato chi alla *traditio* avrà attribuito quel carattere formale proprio di quell' atto solenne.

Ma la tradizione venne sempre meglio formandosi, esplicandosi: la sua natura materiale più conforme allo *ius gentium* (che piglia la volontà delle parti nel suo complesso, senza scinderne lo scopo) si sarà affermata: la scuola classica non avrà fatto come gli antichi, non avrà più lavorato sovra istituti nuovi colle regole vecchie e proprie dello *ius civile*. Indi la opinione di Ulpiano, che rappresenta un progresso di fronte a quella del sabiniano Giuliano. Tal che ammettiamo uno svolgimento storico nel concetto sulla *traditio*.

INDICE - SOMMARIO

REV15

ÚK PrF MU Brno
3129S04224

T. Doruš
knihkupectví
Brno - Úvorecká 5