

Giuseppe Grosso

Corso di diritto romano. Le cose

Con una «nota di lettura» di Filippo Gallo

Nota di lettura, di Filippo Gallo — I. COME SI ASSUMA NEL DIRITTO UN CONCETTO TECNICO DI «RES»: 1. Significato del termine - 2. Visuale attraverso la quale si assume un concetto tecnico giuridico di *res* - 3. Determinazione del concetto di *res* - 4. Come l'uomo libero non possa essere considerato *res* - 5. Distinzione fra *res corporales* e *res incorporales* — II. DISTINZIONI DELLE COSE. «RES QVAE IN NOSTRO PATRIMONIO SUNT» E «RES QVAE EXTRA NOSTRUM PATRIMONIUM HABENTUR»: 6. Premessa sulle distinzioni delle cose - 7. Impostazione gaiana della distinzione - 8. Sul concetto delle «*res divini iuris*» - 9. *Res sacrae* - 10. Mutata concezione coll'avvento della religione cristiana - 11. *Res religiosae* - 12. Condizione giuridica delle *res religiosae*. *Ius sepulchri* - 13. Tutela giuridica delle *res religiosae* - 14. Mutata concezione coll'avvento della religione cristiana - 15. *Res sanctae* - 16. *Res humani iuris* - 17. *Res communes omnium* - 18. Valore giuridico della categoria - 19. Problemi circa l'estensione della categoria - 20. *Res publicae* - 21. Distinzione fra *res in publico usu* e *res in pecunia populi* - 22. *Res publicae iuris gentium* - 23. Fiumi pubblici - 24. Condizione della corrente e del letto dei fiumi pubblici - 25. *Ripae* dei fiumi pubblici - 26. *Rivi, fontes* e altre masse o correnti d'acqua - 27. Inesistenza di una categoria unitaria di acque pubbliche - 28. Usi dell'acqua (con speciale riferimento all'uso del fiume) e loro regime giuridico: a) usi elementari dell'acqua; b) bagni e lavacri; c) pesca; d) navigazione; e) costruzioni o opere; f) derivazioni d'acqua - 29. Tutela dell'uso pubblico dei fiumi - 30. Tutela della facoltà di derivare acqua dal fiume - 31. Cose pubbliche della cui pubblicità decide il titolo e la destinazione - 32. Tutela dell'uso delle cose pubbliche - 33. *Res universitatis* — III. «RES MANCIPI» E «RES NEC MANCIPI»: 34. Premesse - 35. Quali cose siano *res mancipi* - 36. Comprensione di *res incorporales* nelle *res mancipi* e commisurazione delle due distinzioni - 37. Rilevanza giuridica della distinzione - 38. Genesi e significato originario della distinzione - 39. Decadenza e scomparsa in epoca postclassica — IV. COSE MOBILI ED IMMOBILI: 40. Premesse - 41. Impostazione e portata della distinzione nel diritto romano - 42. Rilevanza giuridica della distinzione - 43. Accresciuta importanza nell'epoca postclassica - 44. Distinzione tra *praedia rustica* e *urbana* - 45. Distinzione tra fondi italici e provinciali — V. COSE DIVISIBILI E INDIVISIBILI: 46. Criterio differenziale - 47. Divisione materiale della cosa e modi in cui si attua - 48. Differenziazione del problema della divisibilità o indivisibilità dei diritti — VI. COSE CONSUMABILI E INCONSUMABILI: 49. Criterio differenziale - 50. Rilevanza giuridica - 51. Individuazione di una categoria di *res quae in usu minuuntur* nel diritto giustiniano — VII. COSE FUNGIBILI E COSE INFUNGIBILI: 52. Criterio differenziale, terminologia e rilevanza giuridica — VIII. LA TRIPARTIZIONE DEI «CORPORA» («UNITA», «EX CONTINGENTIBUS», «EX DISTANTIBUS») E L'APPLICAZIONE ALLE «RES»: 53. Impostazione - 54. Differenziazione tra cose semplici e composte - 55. Rilevanza giuridica della distinzione - 56. *Corpora ex distantibus*; impostazione ed esempi - 57. La categoria, forgiata dagli interpreti, delle *universitates facti*; inaccettabilità per diritto romano - 58. Limitazione dei *corpora ex distantibus* nella concezione filosofica e giuridica - 59. Regime giuridico del gregge e raffronto con altri complessi: A) Rivendicazione - 60. B) Legato - 61. C) Usufrutto - 62. D) Pegno - 63. E) Possesso e usucapione - 64. F) Vendita - 65. Conclusione — IX. COSA. PARTE DI COSA. PERTINENZE: 66. Impostazione del problema - 67. *Pars rei* nel senso di quota di condominio - 68. *Pars* in rapporto alla divisione della cosa - 69. *Pars*, come parte rispetto ad un tutto che è attualmente cosa - 70. Concetto delle pertinenze - 71. Enunciazione generale ulpianea e suo valore - 72. Determinazione dei requisiti - 73. Determinazione attraverso casistica per le case e i fondi - 74. Delimitazione negativa - 75. Determinazione per le cose mobili - 76. Rapporto di accessorietà tra cose con riguardo ai negozi che le concernono - 77. Problema della determinazione della posizione dei recipienti rispetto al contenuto - 78. Conclusione — X. FRUTTI: 79. Impostazione, frutti naturali e frutti - 80. Determinazione del concetto di frutto nella teoria delle cose - 81. Determinazione concreta per il regno vegetale e animale - 82. Determinazione per i minerali - 83. Frutti civili - 84. Prodotti della caccia e della pesca - 85. Opere dei servi - 86. Problemi giuridici relativi ai frutti — XI. VICENDE DELLE COSE: 87. Varietà e relatività della valutazione delle vicende delle cose.

Nota di lettura

I quattro volumi degli *Scritti storico giuridici* di Giuseppe Grosso, recentemente ripubblicati (Giappichelli, Torino, 2000-2001), non comprendono i corsi e i trattati. Il primo corso del maestro è costituito dalle *Lezioni di diritto romano: Le cose*, raccolte a cura dello studente Giuseppe Matteo Matteotti e pubblicate a Modena nel 1931. L'argomento venne in seguito da lui ripreso nel *Corso di diritto romano: Le cose*, Torino, 1941. Anche quest'ultimo corso non è più da tempo reperibile.

Giuseppe Grosso ideò e scrisse i propri corsi, pensando alla loro destinazione agli studenti; essi, peraltro, in conformità alla sua concezione dell'insegnamento universitario (in cui rientrava il convincimento che non si deve in alcun modo favorire la pigrizia mentale degli studenti), sono frutto di ricerche rigorose e recano significativi contributi nelle materie su cui vertono. Ricordo, quali esempi, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962; *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969 (a questo tema erano già state dedicate, a Modena, le *Lezioni di diritto romano* per l'anno accademico 1931-1932).

Il corso torinese sulle cose segna una tappa dell'*iter* delle stesure e rifacimenti di corsi romanistici da parte di Giuseppe Grosso. Si intuiscono le ragioni per le quali il maestro lo iniziò con le *Lezioni* modenesi ad esse dedicate. La necessità dell'utilizzazione di elementi del mondo esterno evidenzia l'imprescindibilità della soluzione dei problemi che si pongono in ordine ad essi nei rapporti umani. Scrive lo studioso (§ 2): «All'infuori dei soggetti, di fronte ad essi, si pone e viene valutata dal diritto una realtà esteriore, avente carattere strumentale, che consta di entità distinte, che presentano per gli uomini, cioè per i soggetti stessi, vario interesse, varie suscettibilità di utilizzazione. Il diritto regola, ai propri fini, i conflitti di interessi che ne nascono».

Nell'intervallo tra i due corsi sulle cose e dopo di essi, Grosso ne scrisse numerosi altri dedicati ai diritti reali, alle obbligazioni e ai contratti, ai legati (alla problematica posta, nei rapporti giuridici non legati alla persona, dalla durata circoscritta della vita umana), ai problemi generali del diritto (visti alla luce del diritto romano), ai rapporti tra schemi giuridici e società e, da ultimo, a problemi sistematici nel diritto romano relativamente a cose e contratti. Come si vede, il lungo percorso inizia con le cose e si chiude con problemi che le riguardano. In esso non mancano anticipazioni e rivisitazioni riflettenti il carattere ad un tempo impetuoso e riflessivo di Grosso, ma emergono le linee di un disegno unitario e si percepisce il ruolo che presenta, in esso, il corso torinese sulle cose.

Questo corso, a sessant'anni dalla pubblicazione, conserva attualità e freschezza, non compromesse dall'adesione, datata, in tema di *res mancipi*, alla teoria del *mancipium* (sostenuta dal De Visscher), quale potere di comando sulle persone e gli animali da tiro e da soma, nell'ambito del territorio familiare, costituito dai fondi e dalle loro appendici (le future servitù prediali). Nel corso sono rispecchiate significative qualità del maestro: l'ancoramento ai dati testuali, il rispetto, non formale, delle opinioni altrui, estrinsecato nello sforzo di cogliere in esse gli elementi positivi e nella critica puntuale di quelli rifiutati, l'attenzione ai dati della realtà, percepita nella sua mutevole complessità, il confronto fra le posizioni teoriche e la disciplina giuridica, come fra questa e la realtà regolata, la valutazione delle dottrine e soluzioni giuridiche alla luce, da un lato, dei valori e delle concezioni filosofiche del tempo e, dall'altro, dei problemi e delle esigenze pratiche nella convivenza umana, la coniugazione della visione di sintesi con l'analisi minuta e, soprattutto, un grande equilibrio e un senso vivo della concretezza.

Rispetto ai corsi dei decenni successivi, quello in considerazione presenta una particolarità: vi appare contenuta (in certo modo repressa) l'estrosità propria del maestro. In questo suo primo corso pervenuto ad un assetamento, egli ha anteposto ad essa la chiarezza espositiva, la tensione a facilitare la comprensione da parte dello studente. Non saprei dire se e in quale misura abbia anche influito sulla scelta la materia trattata.

Nel corso è affrontata, in modo compiuto, la problematica relativa alle cose. Gli studenti sono introdotti ad essa attraverso una lucida rappresentazione della visuale da cui i romani elaborarono il concetto di '*res*' (con l'esclusione, da esso, dell'uomo libero) e, per attrazione, l'anticipazione dell'esame della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*. La quale ebbe origine filosofica, ma venne assunta dai *prudentes* (in specie da Gaio) con un chiaro riferimento giuridico, che comportò la delimitazione dell'ampia categoria filosofica delle *res incorporales*, come cose '*quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt*', in quella giuridica delle cose, '*quae in iure consistunt*'. Nella visione dei giuristi romani, come le *res corporales*, in cui è assorbita la proprietà, anche quelle *incorporales* sono elementi del patrimonio.

Nei capitoli II-VII sono considerate le distinzioni delle cose. Nell'ambito della trattazione della distinzione tra '*res quae in nostro patrimonio sunt*' e '*res quae extra nostrum patrimonium habentur*' è dedicata una fine analisi alla categoria della *res communes omnium*, al valore giuridico che essa presenta e ai problemi che pone la sua

estensione. Nel capitolo (terzo) relativo alla distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* è preso in esame il tentativo, operato da Gaio, di coordinarla con quella, ad essa sovrapposta, tra *res corporales* e *res incorporales*. Grosso difende la derivazione del tentativo dal giurista classico, mettendone congiuntamente in luce i limiti e l'astrattezza. Un apposito capitolo (il quarto) viene dedicato alla rilevanza giuridica che già ebbe, nell'esperienza romana (e crebbe nel periodo postclassico), la distinzione tra cose mobili e immobili. In connessione con questa distinzione sono trattate quelle tra *praedia rustica* e *urbana* e tra fondi italici e provinciali.

Una parte significativa del corso (ben inquadrata nella restante trattazione, ma che potrebbe considerarsi una monografia a sé stante), è rappresentata dal capitolo VIII: *La tripartizione dei corpora* («*unita*», «*ex contingentibus*», «*ex distantibus*») e *l'applicazione alle res*. L'autore si occupa nuovamente dell'utilizzazione, da parte di giuristi, di una dottrina filosofica, sviscerandone ogni aspetto. In specie egli ha evitato unilateralità ed eccessi riscontrati nella dottrina (Göppert, Fadda, Sokolowski, Perozzi, etc.), col riscontro rigoroso dei dati testuali e della realtà. Pomponio (D. 41.3.30.pr.) richiama la dottrina dei *corpora* a proposito di uno specifico problema giuridico: l'usucapione *rerum mixtura facta*. E' certo che la dottrina richiamata esorbita dalla sfera delle *res* (tra gli esempi del *corpus ex distantibus* sono adottati anche il *populus* e la *legio*); resta però il fatto che il giurista ha assunto la tripartizione dei *corpora* per il riflesso che la natura degli stessi ha nella dottrina delle *res*, intese come *corporales*. Per l'albero, la nave, il gregge, l'esigenza di una disciplina diversificata si è avuta prima dell'elaborazione della dottrina dei *corpora*. Nell'esperienza romana il gregge, per il quale il Grosso ha ricostruito, in modo dettagliato, la disciplina giuridica (relativamente alla rivendicazione, al legato, all'usufrutto, al pegno, al possesso e usucapione, alla vendita), è sempre stato ritenuto un'entità unitaria, non escludente peraltro l'individualità dei singoli capi. Anche dopo l'utilizzazione della tripartizione filosofica dei *corpora*, i giuristi romani sono restati ancorati, nell'elaborazione in merito alle *res*, alla valutazione economico-sociale, in rapporto alle cognizioni dell'epoca e ai bisogni della società.

Appaiono congeniali alla mentalità di Grosso, capace di scrutare la realtà e di cogliere la commisurazione ad essa dell'elaborazione dei giuristi romani, anche i temi affrontati nei due capitoli successivi: *Cose, parte di cosa, pertinenze* e *Frutti*. La trattazione è chiusa dal capitolo XI, dedicato alle *Vicende delle cose*, assunte nel profilo della varietà e relatività della loro valutazione.

Il corso è da leggere: questa nota è lontana dal renderne la ricchezza.

La «Rivista di diritto romano» ha dato inizio, con questo corso di Giuseppe Grosso, alla ripubblicazione di «opere ancora utili ed attuali, ma di difficile reperimento». E' palese – tanto più in questo periodo in cui sembra smarrirsi il valore dei corsi universitari monografici, non solo romanistici – il servizio reso alla comunità degli studiosi del diritto, unitamente all'omaggio verso il maestro, al cui insegnamento la rivista si ispira (*).

Filippo Gallo

*) Questa riedizione del corso di Giuseppe Grosso su *Le cose* nasce in vista della perdurante attualità scientifica e didattica di tale libro – l'idea di una sua nuova pubblicazione è tra l'altro nata proprio dall'intenzione da parte di un collega di altra università di adottarlo come testo per un corso di diritto romano – e rinuncia quindi a troppo rigidi criteri di esatta conservazione filologica del testo originario, per aggiornarlo invece, oltre che nell'impaginazione dei testi riportati, sia per quanto riguarda i modi di citazione delle fonti antiche, sia in relazione alle opere in esso richiamate, di cui si tende quando possibile ad indicare tra parentesi quadre il corrispondente luogo dell'edizione più recente e facilmente reperibile; per facilitare rinvii e riferimenti, poi, anche la numerazione delle note è stata resa unitaria e progressiva, mentre gli *addenda* sono stati inseriti nei luoghi indicati dall'autore. Si ringrazia la casa editrice Giappichelli per aver consentito di pubblicare quest'opera nella «Rivista di diritto romano» (*n.d.r.*).

Capitolo I

COME SI ASSUMA NEL DIRITTO UN CONCETTO TECNICO DI «RES»

1. 'Res' in latino, come «cosa» in italiano, è una delle parole di più ampio e vario significato. Ben si è rilevato che nel suo senso più generico essa designa ogni entità oggettiva che il nostro pensiero isola nell'universo o nel mondo delle idee fuori del nostro io¹. Ma essa assume poi vari significati più limitati e tecnici, in rapporto a diversi punti di vista. In sostanza vi è insita l'espressione di un riferimento oggettivo, che nella più ampia accezione del termine si pone di fronte alla nostra attività pensante, mentre può poi essere variamente delimitato e individuato dalle diverse visuali, con un'infinita varietà di impostazioni.

Dovendo determinare il concetto di «cosa» quale si assume nel diritto, precisamente nel diritto romano, il punto di partenza parrebbe dato da un'indagine sull'uso della parola 'res' nelle fonti giuridiche romane. Ma basta scorrere (col sussidio dei vocabolari delle fonti che possediamo) i vari testi in cui si parla di 'res' per scorgere come quest'indagine non sia sufficiente, in quanto i giuriconsulti, come le costituzioni imperiali, si esprimono anch'essi nel linguaggio corrente, e 'res' non viene puramente in un significato tecnico, ma nei significati più vari, più ampi o più ristretti².

La ricerca se nel diritto se ne possa assumere un significato tecnico richiede dunque un'ulteriore impostazione ed elaborazione.

Definizioni nelle fonti non se ne trovano, ché tali non sono, nonostante la loro attuale apparente generalità, passi che determinano il significato della parola in determinate disposizioni, come D. 50.16.5.pr. (Paul. 2 *ad ed.*) e D. 50.16.23 (Ulp. 14 *ad ed.*), entrambi tratti dal commento all'editto, il primo sotto la rubrica 'de vadimonio Romam faciendo', il secondo probabilmente 'de satisfando'. Il riferimento tutto particolare vieta di trarne illazioni più generali circa un significato tecnico di 'res' nel diritto.

2. Come si potrà dunque isolare un concetto tecnico di «cosa» nel diritto, con riguardo al diritto romano? Anche qui ci è di guida quel riferimento oggettivo che, come abbiamo detto, il termine esprime.

All'infuori dei soggetti, di fronte ad essi, si pone e viene valutata dal diritto, una realtà esteriore, avente carattere strumentale, che consta di entità distinte, che presentano per gli uomini, cioè per i soggetti stessi, vario interesse, varie suscettibilità di utilizzazione. Il diritto regola, ai propri fini, i conflitti d'interessi che ne nascono. Si individuano così in questo mondo esteriore ai soggetti diverse unità, individuate nella realtà economica, individuate nel regolamento giuridico; ed è chiaro come il diritto desuma qui i concetti in primo piano dalla realtà economica.

Il regolamento giuridico di questa realtà esteriore ai soggetti, avente carattere strumentale all'utilizzazione da parte di questi, si esplica anzitutto col regolarne il godimento. Si traduce quindi in primo piano nel problema della proprietà, e più in generale dei diritti reali, intesi dai Romani come

¹) Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Roma, 1926, *parte 1ª*, p. 3 ss. [= Milano, 1966, p. 5 ss.], e V. SCIALOJA, *Teoria delle proprietà nel diritto romano* (ed. P. BONFANTE), Roma, 1928, I, p. 11 ss. Nel «Totius Latinitatis Lexicon» di E. FORCELLINI (IV, Padova, 1940, sv. 'res', p. 102) troviamo: «Vocabulum est immensi prope usus ad omnia significanda, quae sunt, aut quae fieri, dici aut cogitari possunt. Hinc universim est id, quod est actio, opus, factum».

²) Se ne vedano le varie contrapposizioni nel «Vocabularium Iurisprudentiae Romanae» (V, Berlin, 1939, sv. 'res', c. 100 ss.).

poteri sulla cosa. Colla proprietà, cogli altri diritti reali (la cui configurazione presuppone l'esistenza della proprietà) vengono direttamente riservate alla dominazione del soggetto porzioni del mondo esterno (rispettivamente nella pienezza delle loro utilizzazioni, o entro una determinata sfera di queste).

Il problema dell'oggetto dei diritti reali, in primo piano della proprietà, è dunque la visuale attraverso la quale ci si prospetta nella forma più immediata l'assunzione di un concetto tecnico di «cosa» nel diritto, inteso come *prius*. E si spiega come nei manuali di diritto romano privato si tratti normalmente delle cose non nella parte generale, ma come premessa alla trattazione dei diritti reali. E attraverso questa visuale, cioè attraverso l'impostazione del problema che vi si risolve (che investe dunque anche i casi di sottrazione stabilita dal diritto) l'assunzione di un concetto tecnico di «cosa» ci appare organica.

Estendere la visuale ad una valutazione unitaria dell'oggetto dei diritti patrimoniali in modo da identificare colle cose, porzioni di materia, le prestazioni, oggetto di rapporti obbligatori, confonderebbe l'unità e organicità del concetto. Se non si può aderire, specie per diritto romano, alla costruzione che vuol risolvere il diritto reale in una pluralità di rapporti obbligatori, a maggior ragione è, per altro verso, inammissibile una costruzione dell'obbligazione alla stregua del parallelismo col diritto reale; la concezione dell'obbligazione come diritto sull'atto del debitore non regge alla critica. La prestazione, quale ci appare di fronte al rapporto obbligatorio, e le cose, per cui si pone il problema di attribuzione risolto coi diritti reali, sono entità troppo eterogenee, nella loro posizione di fronte al diritto, per poterne trarre un concetto comune. E neppure il criterio della permutabilità sul fondamento di una utilità valutabile in denaro, offre una base per una concezione unitaria. Si noti poi che talvolta la prestazione ha a sua volta per oggetto una cosa; l'eterogeneità e l'inammissibilità una concezione unitaria risulta qui evidente ³.

3. Stabilite queste premesse possiamo senz'altro affermare che per i Romani questo concetto di «cosa» va delimitato nell'ambito del mondo della realtà sensibile, della materia; la cosa è una porzione definita di materia. Esulano dal diritto romano quelle figure che la vita moderna ha creato e che vanno sotto il nome di proprietà letteraria, artistica, industriale. Comunque si debbano oggi configurare questi rapporti, che certo presentano una stretta analogia colla proprietà di cose corporali, quest'analogia esorbita dal diritto romano, e quindi può escludersi la costruzione di corrispondenti entità astratte immateriali come «cose». Il discorrere che si fa nelle fonti di *res incorporales* e la distinzione fra *res corporales* e *incorporales*, come vedremo, ha tutt'altro significato.

Occorre dunque ora vedere in base a quali criteri si individuino, determinino e delimitino nel mondo della materia, esteri ai soggetti, quelle porzioni definite che rappresentano delle *res* nel senso che interessa il diritto.

La visuale che riguarda il diritto è data, come abbiamo detto, dalla strumentalità ai fini umani, dall'utilità che tali entità presentano per gli uomini, dalla necessità di risolvere i conflitti d'interessi che ne sorgono; quindi alla base del concetto tecnico giuridico di «cosa» sta un concetto essenzialmente economico, un concetto tratto dalla coscienza economico-sociale.

Anzitutto, per quanto riguarda la delimitazione e individuazione delle singole cose, questa risulta dai fini a cui le si assume. Il mondo della realtà sensibile non è già in sé e per sé distinto in certe determinate cose in senso assoluto; la delimitazione delle cose nell'unità dell'universo dipende dalla rappresentazione che se ne fa la nostra mente; ed anzi, a seconda dei fini a cui la si assume, una certa porzione di materia può apparirci come un oggetto a sé stante, oppure confondersi in un oggetto più ampio di cui è parte.

³ Il parallelo che sotto certi aspetti si instaura tra le *operae*, cioè servizi, attività di lavoro, considerate in sé, a unità di tempo (di solito giornate di lavoro) e le cose, per cui ad esempio per le obbligazioni si parla di '*operas dare*' anziché di '*jacere*', con un parallelo colle cose fungibili, è puramente un'immagine che può essere utile per certi riguardi, ma non involge un'estensione del concetto di '*res*'.

Al di sopra delle rappresentazioni individuali variabili, esiste però una rappresentazione sociale, fondata su un criterio comune, sui comuni usi della vita ordinaria o del commercio, in quanto, secondo i bisogni dell'epoca, secondo il vario combinarsi di tutti i fattori che determinano lo stadio di sviluppo della società, si distinguono nella realtà esteriore certe porzioni limitate che nella valutazione sociale si considerano come cose distinte. Occorre dunque una porzione limitata del mondo esteriore ai soggetti, che nella coscienza economico sociale sia concepita come una entità individuata a sé stante. Ed anche secondo questo criterio, mentre si hanno cose la cui individuazione appare alla coscienza sociale come esistente già nella realtà stessa, ne esistono altre la cui convenzionalità è evidente in quanto dipendono dai confini fissati dai soggetti, come per esempio i fondi.

Perché si abbia una cosa ai fini del diritto, per quel concetto economico che il diritto assume, occorre poi che tale entità abbia attitudine a soddisfare un interesse economico, presenti cioè per gli uomini un'utilità che la renda desiderabile, e che essa sia accessibile, suscettibile di assoggettamento esclusivo dell'uomo. Quindi sono fuori del concetto giuridico di «cosa», per esempio i metalli esistenti nella luna, come per altro verso sarebbe propriamente fuori l'aria, nella sua posizione normale, perché per la sua natura stessa, per la quantità e il modo in cui si trova a disposizione di tutti, è sottratta all'appropriazione esclusiva, né questa può presentarsi come problema da risolversi giuridicamente. Infatti vedremo che per molti giureconsulti romani l'aria non doveva essere neppure considerata come 'res'.

Vedremo invece come taluni giureconsulti costruiscano la categoria delle *res communes omnium*, e Marciano vi includa anche l'aria. Qui si considererebbe la naturale destinazione ai fini umani come l'espressione di una appartenenza a tutti gli uomini, con esclusione di appropriazione privata, per un principio di diritto naturale che si identificherebbe colla stessa realtà naturale.

Quanto abbiamo detto ci mostra già che il concetto di «cosa» è essenzialmente evolutivo, e varia con lo svilupparsi della coscienza sociale. Può variare la individuazione dei confini delle cose nella realtà sensibile; può estendersi il campo di questa, colla individuazione di nuove entità; può affermarsi l'utilizzazione e l'accessibilità di nuovi enti; si accresce, nel concetto economico e giuridico, la sfera delle cose. Così lo sviluppo delle scoperte scientifiche ha aperto tutta una realtà, che possiamo ancora chiamare sensibile, corporale, la quale è suscettibile di utilizzazione e appropriazione da parte dell'uomo, come per esempio l'energia elettrica, che oggi può essere considerata «cosa», e anzi «cosa corporale». Bisogna infatti tener presente che le scoperte scientifiche agiscono sul concetto assunto dal diritto attraverso l'influenza che spiegano nella valutazione sociale e nei criteri che determinano il concetto economico; e non è la definizione scientifica (cioè quella delle scienze fisiche) che interessa il diritto, bensì la valutazione economica.

D'altra parte, di fronte allo sviluppo sociale che individua la possibilità di utilizzazione diretta e immediata di entità puramente astratte (come si, ha per esempio nella cd. proprietà intellettuale), può anche superarsi lo stesso requisito della materialità o corporalità a cui si erano fermati i Romani⁴.

4. Abbiamo insistito anche sull'elemento della esteriorità ai soggetti; ed esso risulta chiaramente dalla determinazione che abbiamo dato. Ma occorrerà che ci soffermiamo brevemente su di esso e su alcuni sviluppi.

Canone fondamentale del nostro diritto odierno è che l'uomo non può essere «cosa». L'uomo, in quanto tale, è nel nostro diritto punto di riferimento soggettivo, è soggetto di diritti. L'elemento della strumentalità economica che è insito nel concetto giuridico di «cosa» ripugna alla posizione che ha l'uomo nella valutazione della coscienza sociale e nell'ordinamento giuridico.

Ma questo non è il concetto di un ordinamento giuridico che conosce la schiavitù, come quel-

⁴) Sui concetti qui esposti si vedano particolarmente: S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Roma, 1928, p. 580 ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, cit., p. 4 ss. [= 6 ss.]; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Napoli, 1937, p. 162 ss. [= *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, p. 162 ss.].

lo romano. Lo schiavo non è soggetto di diritti; esso è puramente punto di riferimento oggettivo, è «cosa» nel concetto economico e giuridico.

Se Ermogeniano in D. 1.5.2 afferma che *'hominum causa omne ius constitutum est'*, se ciò importa la impostazione della posizione dell'uomo come soggetto, il senso di questa affermazione va limitato, e commisurato alla grande distinzione fra liberi e schiavi che fa dei secondi puramente delle cose, oggetto e non soggetto di diritti⁵.

Se poi anche nell'ambito degli uomini liberi la capacità di fronte ai diversi ordinamenti è variamente regolata in rapporto alla cittadinanza ed alla posizione nella *familia*, purtuttavia nell'epoca più avanzata possiamo affermare appunto per gli uomini liberi quell'esclusione dal mondo delle cose, dovuta alla posizione di fine e non di mezzo che socialmente essi assumono di fronte a quegli interessi economici che determinano la dottrina giuridica delle cose.

Ma quanto più noi risaliamo in antico, tanto più ci appare evidente un parallelismo fra il potere sulle cose, quale si configura nei diritti reali, e i poteri sulle persone soggette nel diritto familiare. Non solo, da un lato, i servi sono compresi nell'elenco delle persone *alieni iuris*, e insieme coi figli nelle persone *in potestate*, con un parallelo che si fa più forte quanto più si risalga nei tempi; ma, per altro verso, i figli si alienano colla *mancipatio* come le *res Mancipi*, e vi si applica la *in iure cessio* (usata nella adozione); la *coemptio* con cui avviene la *conventio in manum*, è anch'essa una forma derivata della *mancipatio*; il *filius* mancipato dal *pater*, pur essendo libero, viene a trovarsi *in Mancipio* o *in causa Mancipii*, cioè in una posizione analoga a quella servile.

Tutto ci riporta al concetto originario del *'mancipium'*, potere sovrano del *pater* sulle persone, sul territorio e sulle sue propaggini, sugli animali *'quae collo dorsove domantur'*, potere sovrano che investiva cose e persone (libere e serve)⁶. Esisteva dunque un parallelo anche nell'oggetto, rispetto ad un rapporto di appartenenza che ha carattere di sovranità; e questo parallelo si riflette poi in molteplici applicazioni.

Ma negli elenchi delle *res Mancipi*, dove pure troviamo le servitù rustiche (che, colla costruzione come *iura*, vi stonano e determinano ai Romani, come vedremo, delle gravi difficoltà sistematiche variamente risolte dai giureconsulti), non sono mai incluse le persone libere soggette al *pater* che pure dovevano essere sottoposte all'antico *mancipium* e sono oggetto di *mancipatio*; mentre d'altra parte nelle *res* sono compresi gli altri oggetti del mondo esterno che formano le *res nec Mancipi*. Lasciando da parte i gravi problemi relativi allo sviluppo del *dominium* ed al rapporto storico tra esso e il *mancipium*⁷, questa osservazione rivela come il concetto di *'res'* non si prospetti attraverso la visuale dell'oggetto dell'antico *'mancipium'*, ma attraverso una valutazione giuridica di un contenuto schiettamente economico, attraverso l'affermarsi di un elemento patrimoniale che caratterizza i diritti sulle cose, e che esclude dalle *res* le persone libere⁸.

Se dunque anche il parallelismo rispetto all'antico potere del *pater* portava ad una notevole commistione, se di fronte a tale potere anche le persone soggette presentavano carattere strumentale e nello sfruttamento di esse non esulavano fini economici (l'alienazione dei figli, e il gradino intermedio delle persone *in Mancipio*, ne è la dimostrazione più chiara), il concetto di *'res'* nel diritto si pone con una distinzione dalle persone libere. E se un parallelismo ancora si risente nella sistematica delle persone *alieni iuris*, se nella impostazione sistematica di Gaio (*personae, res, actiones*) tro-

⁵) La enunciazione di Ermogeniano è però una premessa sistematica; e si potrebbe notare che Gaio enuncia nelle sue Istituzioni (1.8 = D. 1.5.1) la ripartizione sistematica: *'omne ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones'*. Ma *'persona'* non è inteso nel senso tecnico che vi diamo noi, di «soggetto di diritto»; vi si parla anche degli schiavi come sottoposti alla *potestas*, i quali d'altra parte vengono di nuovo considerati nel secondo libro come *res*.

⁶) Cfr. da ultimo l'interessante studio del F. DE VISSCHER, *Mancipium et res Mancipi*, in «SDHI.», II, 1936, p. 275 ss. [= *Nowvelles études de droit romain public et privé*, Milano, 1940, p. 207 ss.].

⁷) Cfr. da ultimo DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 314 ss. [= p. 247 ss.]; P. KOSCHAKER, *rec.* a E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, in «ZSS.», LVIII, 1938, p. 260 ss. (rispetto alle tesi dei quali noi qui non possiamo prendere posizione).

⁸) DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 303 ss. [= p. 236 ss.].

viamo commisti liberi e schiavi, ciò avviene, in rapporto alla *potestas*, nella trattazione delle persone, non in quella delle *res*, dove pure sono di nuovo considerati gli schiavi.

E, comunque sia dell'epoca primitiva, rapporti familiari e rapporti patrimoniali in epoca storica ci appaiono ben differenziati. Le alienazioni dei *filii familias* cogli atti con cui si alienavano le *res*, in cui quelli comparivano come oggetto, acquistano un valore e una portata sempre più limitati; l'unica applicazione seria rimaneva la *noxae deditio*, che aveva una sua portata specifica; d'altra parte le applicazioni agli scopi dell'adozione e dell'emancipazione avvenivano '*dicis gratia uno momento*', e quindi non avevano una efficacia pratica, trasfusa come erano nell'individualità dell'atto a cui servivano (cfr. Gai., *inst.* 1.118 e 141).

Certo residui del parallelismo primitivo rimangono, come appunto sono, sia pure ridotte di significato, le applicazioni ricordate, come è anche l'applicazione del furto alle persone libere (Gai., *inst.* 3.199 = *Iust. inst.* 4.1.9; Ulp. D. 47.2.14.13; Paul. D. 47.2.38). D'altra parte, e sempre con maggiore accentuazione nell'epoca più antica, esistono delle condizioni intermedie fra la libertà e la schiavitù; con una varia gamma, e anche colla eventualità di un passaggio, come ci mostra la esecuzione sulla persona. L'obbligazione primitiva poi ci si presenta come un vincolo effettivo che ha per oggetto la persona del debitore (concezione superata però nella costruzione classica). Ma tutto ciò non pregiudica il delinarsi del concetto tecnico della '*res*', con un contenuto essenzialmente economico, attraverso la visuale dell'oggetto dei diritti reali. Che nella posizione oggettiva rispetto a rapporti e a negozi giuridici sussista talora l'eco di un parallelismo, tanto più forte quanto più si risalga in antico, tra uomini liberi e cose, non menoma cioè la constatazione che si delinea nella sua organicità, sulla base di una strumentalità economica, un concetto tecnico di cosa, in cui non rientra l'uomo libero; e che la distinzione di questo dalle *res* ci appare collo sviluppo storico sempre più netta.

E anche quando, con una visuale più larga di quella del significato tecnico di '*res*', i Romani ci danno una equivoca distinzione fra *res corporales* e *res incorporales*, che esamineremo, essi restano, per l'uno e per l'altro membro, agli elementi patrimoniali; determinando la categoria delle *res corporales* si pensa solo alle cose oggetto di proprietà e non ai *filii in potestate*. E d'altra parte fra le *res incorporales*, e a proposito dell'*in iure cessio* di queste, Gaio non ricorda la tutela, per quanto oggetto di *in iure cessio* (*inst.* 2.29 ss.). Cicerone (*top.* 5.72) la include fra le '*res quae intelliguntur*', ma insieme coll'*usucapio* e la *gens*; la distinzione, pur attingendo a esempi giuridici, è qui puramente filosofica, ed allude a realtà concettuali. Maggiore impressione potrebbe invece fare il fatto che ne parli l'*ep. Ulp.* 10.11; ma si tratta di un'opera tutt'altro che sicura, e che in questa parte rivela chiare le contaminazioni e sovrapposizioni; non è improbabile che anche l'inclusione della *tutela legitima libertae* fra le *res incorporales* derivi da una confusione. Poi, in ogni modo, le eventuali oscillazioni nella assunzione di una categoria delle *res incorporales* non direbbero gran che per il concetto tecnico di «cosa».

Le osservazioni premesse mostrano senz'altro come ci lascino scettici le critiche mosse dallo Scialoja⁹ alla esclusione dell'uomo per diritto moderno, dell'*homo liber* per diritto romano, dal novero delle cose. Facendo capo al concetto di oggetto di diritti, egli osserva che anche oggi tutto dipende dalla costruzione giuridica di certi rapporti; che può considerarsi come oggetto del rapporto di credito l'uomo, della patria potestà e della tutela il figlio e il pupillo; e se una *res* è in generale l'oggetto dei rapporti giuridici, anche l'uomo sarebbe talvolta dal diritto considerato come *res*. Per l'uomo libero nel diritto romano, oltre ai poteri del diritto familiare, si ricorda la *datio in mancipium* dei liberi, la vendita dell'*homo liber*, l'esecuzione personale sul debitore, etc.; e inoltre la testimonianza esegetica offerta da D. 41.3.9. L'uomo libero in molti rapporti sarebbe dunque stato concepito dai Romani come *res*, in quanto questa indica il *corpus* come oggetto dei rapporti giuridici. Si tratterebbe di un concetto variabile; l'uomo libero sarebbe *res* di fronte a certi rapporti, non invece di fronte ad altri, e soprattutto al dominio.

Ma questo concetto generico e oscillante di oggetto di rapporti giuridici ci pare alquanto equi-

⁹) *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 31 ss.

voco; esso non importa una visione organica che fondi un concetto organico di «cosa». Gli esempi richiamati servono di riprova; ripugna all'odierno nostro senso giuridico il concepire l'uomo come oggetto di tutela o di patria potestà alla stessa stregua delle cose nella posizione di oggetto dei diritti reali. Ne risulta anzi una contrapposizione, e il concetto di cosa, colla visuale giuridica in cui ci si prospetta, balza fuori nella sua netta individualità; la costruzione moderna dell'obbligazione non permette poi di considerarne oggetto il debitore.

Ma lasciando da parte ulteriori sviluppi, precisazioni e distinzioni di problemi che possono presentarsi per diritto odierno, e restando al diritto romano, già abbiamo detto come il parallelismo originario fra poteri sulle persone, anche libere, e sulle cose possa importare un parallelismo nell'oggetto; come delle interferenze si possano notare sotto diversi aspetti; come però il concetto di 'res' si sia posto sotto una visuale schiettamente patrimoniale che permette di tenerne distinte le persone libere. La relatività che postula lo Scialoja può toccare la varia impostazione e configurazione della posizione oggettiva nei rapporti giuridici, non tocca l'organicità del concetto di 'res', né importa la possibilità di un concetto organico più lato.

Sarà interessante vagliare ancora l'argomentazione esegetica addotta dallo Scialoja, che a prima vista sembra impressionante, e che non può certo essere superata solo col richiamo al molteplice e largo significato che ha la parola 'res' nel linguaggio comune.

D. 41.3.9 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Usucapionem recipiunt [maxime: itp.] res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus.*

Qui l'*homo liber* parrebbe incluso nelle *res corporales*, in senso tecnico, in quanto si tratta appunto di determinare rispetto alle cose l'ambito dell'acquisto di proprietà mediante l'*usucapio*, problema che il diritto risolve con riguardo alle *res* nel senso tecnico che abbiamo assunto.

Ma notiamo che è ben verosimile che il passo sia guasto, per un procedimento di fusione operato dai giustiniani. Ci offre un argomento di analogia *Iust. inst.* 2.6.1, nel quale pure, sempre a proposito dell'esclusione dall'oggetto dell'*usucapio*, l'*homo liber* viene compreso nella qualifica di 'res', ma è evidente che ciò è il frutto di una contaminazione e fusione di Gai., *inst.* 2.45 e 48. Gai., *inst.* 2.45 riguarda l'iusucapibilità delle *res furtivae* e *vi possessae*, come eccezione alla iusucapibilità delle *res alienae*; nel § 48, dopo altre equiparazioni, viene quella dei *liberi homines* e delle *res sacrae* e *religiosae*, che certo non possono rientrare nella qualifica di 'res alienae'. I giustiniani cancellarono 'alienam', ed all'affermazione 'sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio (ullo tempore) procedit', fecero direttamente seguire l'esemplificazione: 'veluti si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat'. La menzione delle *res furtivae* e *vi possessae* viene dopo, per essere ricongiunta al discorso che Gaio (*inst.* 2.49) riprende nei loro riguardi dopo aver enunciato le diverse eccezioni. Che da analogo spostamento e fusione derivi anche D. 41.3.9, è ben probabile. Certo qui Gaio avrà ricordato anche le altre eccezioni, oltre le *res sacrae*, *religiosae*, *sanctae*, le *publicae* e i *liberi homines*; d'altra parte qui la menzione dei *liberi homines* viene dopo quella delle *res sacrae*, *religiosae*, e *publicae*, e con lo stesso 'item' caratterizza l'equiparazione delle varie eccezioni, tenute però distinte, in Gai., *inst.* 2.45-48¹⁰.

Eliminato l'elemento formale dell'appellativo di 'res' (e il passo non prova neppure per diritto giustiniano, in quanto deriva da una fusione di testi e da una confusione), resta però il dato sostanziale: l'affermazione esplicita dell'impossibilità di *usucapio* dell'uomo libero, che mette l'uomo libero sul piano delle *res*; e ciò si riconnette ad un caso particolare, quello dell'*homo liber bona fide serviens*, il possesso di buona fede dell'uomo libero come servo. Questo caso deve essere stato abbastanza frequente nella pratica se si giudica dalle numerose sentenze delle fonti che vi danno tutto un particolare regolamento. Ora, il fatto che l'uomo libero era posseduto, in buona fede come schiavo, che

¹⁰ Si noti come, in Gai., *inst.* 3.199, l'affermazione del furto di persone libere avvenga in modo da tenerle distinte dalle *res*.

come schiavo avrebbe potuto essere oggetto di proprietà, che esistevano tutti i requisiti dell'usucazione, mostra come l'imprescrittibilità della libertà venga presentata come inidoneità dell'oggetto all'usucazione; e si spiega come Gaio presenti questo esempio parallelamente alle *res sacrae* e *religiosae*.

E sarà opportuno richiamare qui un'altra interessante conseguenza della possibilità di possesso di un *homo liber*, il principio della validità della vendita di esso, se creduto schiavo dal compratore (colla responsabilità del venditore per l'evizione, come se si trattasse di vendita di cose altrui); e questo principio è anzi in antitesi colla regola che vale per le *res sacrae* e *religiosae*, la cui vendita è nulla¹¹.

Orbene, caratteristica fondamentale di tutti questi casi è che la qualità di oggetto data all'uomo è essenzialmente soggettiva, è data dal soggetto che ritiene che l'uomo libero sia schiavo, ed esplica su di lui la sua dominazione come se si trattasse di uno schiavo; di fronte all'importanza che questi casi assumono, di fronte alla possibilità di incertezza sulla condizione servile o meno di un uomo (cfr. D. 18.1.5), l'ordinamento giuridico interviene a determinare gli effetti giuridici; ma non per questo l'uomo libero viene ad essere tecnicamente *res* rispetto all'ordinamento giuridico. Si tratta sempre puramente della configurazione giuridica di un rapporto di fatto, in cui l'uomo, nella rappresentazione dei soggetti, che qui è decisiva, è entrato come schiavo; e infatti, se manca tale credenza, il rapporto non viene in considerazione. Ed anche il problema della usucapibilità o meno significa che l'uomo libero diventi, o meno, schiavo, e si capisce dunque l'espressa negativa.

Ora tutto ciò, se mai, può dare la conferma che l'uomo libero in quanto tale non è '*res*' (e Gaio menzionandolo come uomo libero lo tiene distinto dalle *res*), che l'uomo è «cosa» solo in quanto schiavo. Una situazione di fatto corrispondente alla schiavitù, la erronea credenza della schiavitù, il problema dell'eventuale passaggio alla schiavitù, investono anche la valutazione come '*res*', ma sempre proiettata attraverso la visuale come schiavo.

Risulta dunque ormai abbastanza chiaramente come si prospetti ai Romani un concetto tecnico di '*res*' nel diritto, attraverso la visuale della proprietà e degli altri diritti reali, e sulla base di un concetto di strumentalità economica, e come se ne escludano le persone libere. L'affermazione, usata genericamente, della individuazione del concetto di cosa nella realtà esteriore ai soggetti può quindi essere ulteriormente sviluppata colla estraneità agli uomini liberi; indipendentemente dalla posizione rispetto alla capacità giuridica, questi vengono tenuti distinti dalla mera strumentalità economica del mondo esteriore in cui si individuano le cose; essi vi si presentano come destinatari dei fini di questa strumentalità; il problema che li concerne è quello della soggettività, non quello dell'oggettività; la grande linea di demarcazione fra gli uomini è data dalla distinzione fra liberi e schiavi.

Il vario e molteplice significato di '*res*', dall'ampio e generico significato comune ai vari riferimenti specifici, toglie poi importanza al fatto che talora, rispetto alla particolare visuale di dati istituti giuridici, il termine assuma questo o quel significato. Così per esempio in D. 43.1.1.pr., in rapporto agli oggetti della difesa interdittale si comprende nelle *res* anche l'uomo libero, ma con una classificazione che come *res nullius* lo contrappone a tutte le altre, a quelle cioè che sono più tecnicamente '*res*'. E d'altra parte, quando Gaio dice che '*omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*', e nelle persone tratta sia dei liberi che dei servi, «cosa» sembrerebbe essere alcunché di distinto dall'uomo in generale; ma poi quando nel secondo libro parla di '*res*' (e pur usando un significato, più largo, vi comprende le '*res*' in senso tecnico), allora «cose» sono anche gli schiavi.

Escluso che sia considerato cosa l'uomo libero, ne sono escluse anche le parti del corpo umano vivente, in quanto troviamo detto che '*dominus membrorum suorum nemo videtur*' (D. 9.2.13.pr.).

Che parti staccate dal corpo umano potessero essere oggetto di rapporti giuridici è problema che non vediamo proposto dai Romani. Quanto al cadavere, bisogna tener presente l'obbligo della sepoltura e quel concetto per cui il luogo ove esso è sepolto è sottratto ai rapporti patrimoniali privati in quanto appartiene ai Mani del defunto; in questo senso, attraverso il terrore riverenziale che

¹¹ Si veda il mio *Corso di diritto romano 1939-1940. Oggetto dell'obbligazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1940, p. 80 ss.

ispira il cadavere, si perpetua una esclusione dal mondo delle cose. Il problema del perseguirsi sul cadavere di taluni scopi che si potevano perseguire sulla persona stessa del vivo rientra se mai in un altro ordine di idee. Quanto ad una pratica, che vien dall'Oriente e contro cui reagisce il diritto romano, di un sequestro del cadavere del debitore da parte del creditore, anch'essa si imposta da un punto di vista diverso ¹².

5. Gaio, nel secondo libro delle sue Istituzioni, dedicato alle *res*, dà a queste una estensione più vasta, espressa dalla distinzione fra *res corporales* e *res incorporales*.

2.12: Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.

2.13: Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.

2.14: Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, 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 ...

Su questa distinzione, che è riprodotta con qualche variante di testo nelle Istituzioni giustiniane (2.2) e nel Digesto (D. 1.8.1.1), Gaio ritorna altrove. Vi accenna anche Paolo in *sent.* 3.6.11 a proposito del legato *sinendi modo*, distinguendo le *res corporales* da quelle che *'in iure consistunt'*. Ed essa torna in alcuni passi, enunciata come antitesi tra *'corpora'* e *'iura'*.

Gaio vi dà un'importanza fondamentale, impostando rispetto ad essa ed a quella tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* la trattazione dei modi di acquisto. Ma negli altri giureconsulti essa non ha certo larga risonanza. Se anche non se ne può sempre affermare l'interpolazione, certo all'infuori di Gaio le applicazioni sono limitate, e spesso *'res corporalis'* viene in altre antitesi ¹³.

Secondo questa distinzione, dunque, alle cose che rientrano nel concetto che abbiamo assunto come tecnico, che sarebbero le *res corporales*, si aggiungono e si contrappongono delle *res incorporales*, sboccando in una più ampia categoria delle *res*. Quel è la portata e il significato di questa distinzione?

L'origine di essa può trarsi dalle scuole filosofiche, e la filosofia latina l'ha tratta dai filosofi greci. Però sul criterio che individuava la realtà corporale non vi era concordia tra le varie scuole; il concetto fatto proprio dai giureconsulti romani, della tangibilità, deriva piuttosto dalla filosofia aristotelica, mentre per gli stoici il criterio della corporalità era dato dall'effetto ¹⁴, così che la voce sarebbe corporale perché produce effetto sull'apparato uditivo ¹⁵.

La enunciazione sulla base del criterio della tangibilità è corrente presso i Romani; la troviamo accennata in Lucrezio (*rer. nat.* 1.304), la troviamo in Cicerone (*top.* 5.26 s.; cfr. 6.29), la troviamo in Quintiliano (*inst. or.* 5.10.116).

Cicerone pone la distinzione come fra *res quae sunt* e *res quae intelliguntur*. Seneca invece in *ep. ad*

¹²) Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 32 ss.

¹³) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 163 e n. 2.

¹⁴) Corporali sarebbero state le varie attività, il fare, e gli affetti, le passioni, le virtù, i vizi e così via; il concetto stoico di *σώμα* si identificava con ciò che è, che ha una realtà, τὸ ὄν, ciò che è effettivo ed effettuale, tutto il *ποιεῖν* o *πάσχειν* (cfr. H. GÖPPERT, *Ueber einheitliche, zusammengesetzte und gesamt-Sachen nach römischen Recht*, Halle, 1871 [rist. Roma, 1970], p. 34 s., e P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht, Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, I, Halle, 1902, p. 43 s.).

¹⁵) Per le varie impostazioni della distinzione nella filosofia greca e latina, cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 22 ss. Il concetto platonico, per cui sarebbero cose incorporali i tipi generici delle cose, non ha avuto alcuna risonanza nei giureconsulti romani; né viene presentato come *'res incorporalis'* il *genus* nelle obbligazioni generiche.

Luc. 6.6.11 (cfr. § 13) dice ‘*quod est aut corporale est aut incorporale*’; mentre per Cicerone le *res incorporales* non ‘*sunt*’, ma ‘*intelliguntur*’, per Seneca esse ‘*sunt*’, esistono cioè obbiettivamente nella realtà; anche di questi problemi, lo spunto viene dalla filosofia greca.

I giureconsulti però, assumendo la distinzione, non approfondiscono questi ardui problemi. Essi assumono le cose corporali sulla base del ‘*tangi posse*’, e di fronte ad esse pongono una categoria di *res incorporales*, che ha un chiaro riferimento giuridico; e a questo appunto ci dobbiamo qui limitare.

Premettiamo però che già Cicerone negli esempi che adduce mostra un riferimento al diritto; è bene quindi che teniamo presente il passo.

Top. 5.26 ss.: *Definitionum autem duo genera prima, unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelliguntur. Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum, aedes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, suppellectilem, penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest (quasi) corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco.*

Non solo gli esempi di *res incorporales*, ma anche quelli di *res corporales* sono desunti da cose che vengono in rilievo nelle applicazioni giuridiche; ed interessante è la considerazione del *paries* e dello *stillicidium* considerati nella loro materialità, il che risponde ad una sistematica più antica, che troviamo rispecchiata in Cicerone, che assorbe le servitù nel regolamento giuridico delle materie a cui si riferiscono e che riflette il processo di formazione delle servitù¹⁶.

Ma se noi consideriamo più da vicino gli esempi di *res incorporales*, è evidente che essi sono stati scelti puramente per dare consistenza di esempi al concetto filosofico, cioè come esempi di concetti, ‘*quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt*’; *usucapio*, *tutela*, *gens*, *agnatio* non presentano infatti nessuna ragione di raggruppamento più precisa di quella concezione generica.

Nei giuristi invece troviamo un raggruppamento più organico. Prendiamo gli esempi di Gaio, che è il giureconsulto che mostra per questa distinzione una particolare predilezione, e ce ne dà l'impostazione: *hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae*, cui si aggiungono le servitù. Si tratta di rapporti giuridici patrimoniali, cioè di elementi del patrimonio¹⁷. Ma è stato osservato che vi manca il più importante dei rapporti patrimoniali, la proprietà. La spiegazione può essere una sola; essa è assorbita nel primo membro, cioè nelle *res corporales*. La proprietà, per il suo carattere di signoria generale e assoluta sulla cosa, che investe questa nel complesso delle sue utilizzazioni, viene identificata colla cosa stessa nella destinazione di questa all'assoggettamento e sfruttamento da parte dell'uomo. Il titolare della proprietà dice: «la cosa è mia», mentre il titolare di un altro diritto dice solo «che ha il tale diritto»; in questo modo nel patrimonio si pongono direttamente le cose di cui si

¹⁶ Cfr. G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in «SDHL», III, 1937, p. 279 ss. [= *Scritti storico giuridici*, Torino, 2000-2001, II, p. 200 ss.].

¹⁷ Il patrimonio (*bona*) di una persona è costituito dal complesso dei rapporti patrimoniali che fanno capo ad essa; talora poi si individuano particolari complessi patrimoniali. I rapporti che entrano a formare il patrimonio, cioè i cd. rapporti patrimoniali, sono quelli il cui contenuto è schiettamente economico, che si traducono cioè in una valutazione pecuniaria. Tali sono i rapporti che assicurano direttamente il godimento di una cosa, cioè i diritti reali; tali sono i diritti di credito (cfr. D. 50.16.49). In un senso più lato si assurge ad includere negativamente nel patrimonio i debiti nel senso che il patrimonio si valuta colla deduzione del passivo. Ma la classicità di questo concetto è disputata (cfr. E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 685 ss.; in generale sul concetto del patrimonio si veda per tutti C. FERRINI, *Manuale di Pandette*³ [cur. G. BAVIERA], Milano, 1917, p. 120 ss. [§§ 87 ss. = *Manuale di Pandette*⁴ – cur. G. GROSSO –, Milano, 1953, p. 90 ss.]). La identificazione della proprietà col suo oggetto, quale si mette in rilievo nel testo, fa sì che nel patrimonio si includano direttamente, accanto ai rapporti giuridici, le cose di cui si ha la proprietà, di cui al dice che esse appartengono al soggetto (qui intendiamo la proprietà in un senso largo, nelle varie forme riconosciute dai Romani; si ricordi che per la proprietà pretoria si parla di ‘*in bonis habere*’; quanto poi al possesso di buona fede, cfr. D. 50.16.49). In questo senso noi parleremo in seguito di cose che sono o possono essere o entrare nel patrimonio.

ha la proprietà, accanto agli altri rapporti patrimoniali. Questi vari elementi patrimoniali vengono presentati come *res*, messi sullo stesso piano, e così si pone di fronte alle cose corporali una categoria di *res* che vengono dette *incorporales*, in quanto *in iure consistunt*.

Questa distinzione degli elementi patrimoniali riflette abbastanza bene le esigenze di una concezione pratica, e la posizione che ha la proprietà. Essa può essere utilizzata dagli economisti. Ma dal punto di vista giuridico costruttivo poggia su di un vizio logico fondamentale, la identificazione e confusione della proprietà col suo oggetto. Se noi consideriamo i rapporti giuridici, allora anche nel primo membro abbiamo un rapporto giuridico, la proprietà; la considerazione della cosa corporale implica ulteriore passaggio all'oggetto della proprietà. Non esiste quindi un parallelo, sullo stesso piano, fra cose corporali da una parte e diritti e complessi patrimoniali dall'altra.

Questa spiegazione, già dominante nella pandettistica, chiaramente enunciata dal Windscheid, è accolta dalla maggior parte dei romanisti¹⁸. Non sono mancati però dei dubbi¹⁹, e delle critiche decise²⁰.

Si vuole che i Romani abbiano fatto applicazione del concetto di '*res incorporales*' *ab antiquo* prima che esso fosse teoricamente enunciato, e si ricorda l'usucapione dell'antica *hereditas*, in relazione alla disposizione delle XII Tavole sull'*usucapio* (Gai., *inst.* 2.52-55); ma l'esistenza di una *vindicatio* dell'*hereditas* al tempo delle *legis actiones*, e il procedimento relativo ricordato da Gaio (*inst.* 4.17), rivela che qui l'*hereditas* veniva in considerazione come un complesso corporale. L'essere l'*hereditas* inclusa nelle *ceterae res*, per cui bastava un anno per l'usucapione, deriva già dalla sua valutazione come complesso, che ne fa una cosa diversa dai fondi e dalle case; l'aggiunta '*quia neque corporalis est*' in Gai., *inst.* 2.54 è probabilmente un glossema; ma se anche fosse di Gaio, non direbbe nulla circa la concezione più antica. Cadono quindi gli elementi per trovare alla distinzione tra *res corporales* e *incorporales* uno spunto così antico nella realtà storico-giuridica.

Ma vediamo le varie applicazioni della distinzione, da cui se ne vuol desumere una portata più ampia di quella che vi scorge l'opinione dominante.

Gaio, l'abbiamo detto, fa un'ampia applicazione della distinzione nella trattazione dei modi di acquisto, e vi commisura la distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* (di questa commisurazione parleremo a proposito della distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*). Certo i vari modi di acquisto delle *res corporales* vengono vagliati anche alla stregua delle *res incorporales*, per affermarne o negarne l'applicazione (*Mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*: Gai., *inst.* 2.28 ss.; cfr. *ep. Ulp.* 19.11; *usucapio*: Gai. D. 41.1.43.1; D. 41.3.9); per l'obbligazione si dice in generale: '*obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt*' (Gai., *inst.* 2.38). Ma qui noi abbiamo da un lato l'acquisto dei vari diritti, dall'altro lato l'acquisto della proprietà; le cose incorporali non vengono sullo stesso piano della *res corporalis*, ma della proprietà; e se noi confrontiamo Gaio con la *Epitome Ulpiani* (19.2 ss.), che parla di acquisto del *dominium rerum*, con riguardo alle vere e proprie *res*, e in cui gli accenni alla categoria delle *res incorporales* derivano da diverse stratificazioni²¹, il valore e significato del parallelo risulta chiaramente.

E lo stesso si può dire per il parallelo della *rei vindicatio* colla *petitio usus fructus* o colla *vindicatio servitutis*.

Rimane dunque sempre fermo il parallelo della proprietà cogli altri rapporti giuridici patrimoniali, e si può quindi pur sempre affermare che si tratta di una distinzione di elementi patrimoniali presentati come *res*; se ne considera giuridicamente la pertinenza e l'acquisto ai soggetti.

Né vale obiettare che l' '*ipsium ius successionis*', di cui parla Gaio, non è un elemento patrimo-

¹⁸ P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, p. 272 ss.; BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 7 ss. [= p. 10 ss.]; G. SEGRÈ, *Le cose, la proprietà, gli altri diritti reali. Corso di diritto romano 1926-1927*, Torino, 1927, p. 6 ss.; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 162 ss.; BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 689.

¹⁹ PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 583 ss.

²⁰ SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 14 ss.; C. FADDA e P.E. BENZA, note a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1900-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* –, 1902-1914, I, p. 120 (§ 42) nt. g (IV, p. 185 ss.).

²¹ Si veda *infra*, § 36

niale, ma si tratta dell'acquisto del titolo di erede. Comunque sia dell'origine e dello sviluppo dell'*hereditas*, e dell'*in iure cessio hereditatis*, l'eredità è venuta ad avere un carattere essenzialmente patrimoniale (anche se vi entrano ancora elementi non patrimoniali); ed anche il modo in cui Gaio prende posizione di fronte all'appunto che '*in hereditate res corporales continentur*' e il raffronto col caso di *in iure cessio* posteriore all'*aditio*, o da parte dell'*heres necessarius* (Gai., *inst.* 2.35-37), conferma che, nel pensiero di Gaio, in questa *hereditas* che è *res incorporalis*, in questa *hereditas* che è oggetto di *in iure cessio*, è immanente l'elemento patrimoniale dell'acquisto di un complesso di diritti patrimoniali, di un patrimonio. E possiamo ancora ricordare come Gaio ricollegli all'*usucapio* dell'*ipsa hereditas*, in seguito soppressa, la persistente usucapione delle cose ereditarie, che avviene in un anno.

Maggior valore parrebbe avere l'argomento che nella *traditio*, come nell'*usucapione*, il possesso che vi è a base ha per oggetto direttamente la cosa, e che quando si nega la *traditio* e l'*usucapio* delle *res incorporales*, come quando si afferma la limitazione del possesso alle cose corporali (Paul. D. 41.2.3.pr.), si deve aver presente non il diritto ma la cosa oggetto del diritto. Senonché non crediamo che si voglia sostenere che Gaio, includendo nelle *res incorporales* l'*usufrutto*, le *servitù*, le *obbligazioni*, abbia pensato ad alcunché di diverso dal diritto, in modo da formare un parallelo non colla proprietà ma colla cosa che ne è oggetto (*ipsum ius utendi fruendi, ipsum ius obligationis*). Lo stesso equivoco (praticamente spiegabile) che ha identificato la proprietà colla cosa e che importa un continuo scambio, che si esplica per esempio nel riferire alla *res* sia l'atto della *traditio* che l'acquisto, porta a commisurare i vari atti anche alle *res incorporales*, che vengono poste sullo stesso piano riguardo al problema dell'acquisto; naturalmente la risposta è negativa, data l'impossibilità di configurarvi un possesso, e quindi una *traditio* e un'*usucapio*, piuttosto per la mancanza di un oggetto di possesso che non per l'inidoneità dell'oggetto (in relazione al concetto romano del possesso). La *possessio iuris*, che si profila nel diritto giustiniano, esprime nel nome l'equivoco del riferimento.

Fondata sull'equivoco è poi l'illazione che si vuol trarre dal fatto che Gaio (*inst.* 2.14) dice che '*quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia*'; Gaio dunque, si dice, non solo parla di diritti come cose incorporali, e cioè dell'*obligatio*, ma di cose incorporali come oggetti di diritto, supponendo appunto che oggetto mediato di un'obbligazione possa essere una cosa incorporale, sebbene per lo più ne sia oggetto una *res corporalis*. Ma Gaio qui pensa solo all'*obligatio* come *res incorporalis*; dicendo che casa è incorporale come *ipsum ius obligationis* anche se per lo più sia dovuta una *res corporalis*, non dice che nei casi in cui non è dovuta una cosa corporale sia necessariamente dovuta una cosa incorporale. Con simili argomentazioni si sposta l'impostazione gaiana, fondata sulla considerazione di rapporti giuridici come *res*.

Ove realmente parrebbe che si constatasse un parallelismo diretto fra le cose corporali e quei diritti che entrano nella categoria delle *res incorporales*, è nei casi in cui si parla di un diritto sopra un diritto. Si parla di pegno di un credito, di usufrutto di un credito, si nega l'*usufrutto* delle *servitù*, e così via. In realtà però si tratta puramente di immagini, che rispondono ad una concezione pratica, che esprimono un contenuto economico, che riassumono situazioni più complesse, rapporti di analogia, e permettono una maggiore rapidità di espressione; ma non si può pensare il diritto oggetto dell'altro diritto alla stessa stregua a cui lo sono le *res corporales*. L'apparente parallelismo diretto con le *res corporales* sfuma dunque anche qui.

Una riprova della esattezza dell'opinione dominante, che Gaio fa qui una classificazione degli elementi del patrimonio, è data poi dal fatto che, pur trattando della *in iure cessio* delle *res incorporales*, non menziona la *in iure cessio tutelae*. Non era certo il fatto che ne aveva trattato nella *sedes materiae* (*inst.* 1.168-171) che lo dispensava dall'accennarvi di nuovo. Ora, se si ritiene collo Scialoja che *res incorporalis* è quell'oggetto sia di rapporti giuridici, sia di negozi giuridici, sia del patrimonio considerato come un complesso, che è parallelo alla cosa corporale e che nei rapporti menzionati si comporta come questa, il silenzio sull'*in iure cessio tutelae* risulta inspiegabile; la tutela di fronte all'*in iure cessio* sarebbe una *res incorporalis*.

E' vero che l'*Epitome Ulpiani* (19.11) la pone fra queste: '*in iure cedi res etiam incorporales possunt, velut usufructus et hereditas et tutela legitima libertae*'. Ma si tratta di un'*epitome*, certo postclassica, e di-

sputato è il problema circa le fonti da il cui tardo epitomatore ha attinto, presentando il complesso come *liber singularis regularum* di Ulpiano²². Ora, nel punto che ci riguarda, essa si rivela composita; la trattazione è impostata sull'acquisto del *rerum dominium* e non è fondata sulla distinzione fra *res corporales* e *res incorporales* come quella di Gaio. La menzione nel § 11 deve derivare da una contaminazione, per cui dall'affermazione incidentale, a proposito della *in iure cessio*, che questa poteva avere per oggetto l'*ususfructus*, l'*hereditas*, la *tutela legitima libertae*, è derivata la qualifica di *res incorporales*. Ma, anche a parte questa ricostruzione storica della formazione del testo, il modo in cui qui l'enunciazione avviene a proposito dell'*in iure cessio* può avere un carattere più generico; la impostazione chiara di una distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* la troviamo in Gaio. E del resto l'*Epitome Ulpiani* qui fa ben vedere il riferimento dell'acquisto delle cose alla proprietà.

La impostazione di Gaio, il riferimento alla trattazione dei modi in cui le varie *res nostrae fiunt*, cioè ai modi di acquisto, dà quindi piena ragione all'opinione dominante.

I due termini della distinzione sono dunque eterogenei; il concetto tecnico di cosa resta limitato nell'ambito delle cose corporali. Ed a queste noi facciamo riferimento nella nostra trattazione. Naturalmente dovremo qualche volta anche richiamare l'oggettivazione dei rapporti giuridici che sta a base della distinzione fra *res corporales* e *res incorporales*, tenendo presente il concetto che la informa.

Capitolo II

DISTINZIONI DELLE COSE

Res quae in nostro patrimonio sunt e res quae extra nostrum patrimonium habentur

6. Nel diritto si assumono varie distinzioni delle cose, rilevanti agli effetti giuridici. Talune di queste distinzioni sono fondate su un criterio desunto dalla condizione giuridica della cosa, altre invece su caratteri della cosa, o rapporti tra le cose, esistenti nella realtà extragiuridica, ed a cui il diritto attribuisce dati effetti.

Dobbiamo ora considerare distintamente le une e le altre. Nel primo gruppo rientrano le distinzioni che enuncia Gaio all'inizio del secondo libro (prescindendo da quella tra *res corporales* e *res incorporales*), e precisamente quella tra *res quae in nostro patrimonio sunt* e *res quae extra nostrum patrimonium habentur*, sovrapposta alla *summa rerum divisio* tra *res divini iuris* e *res humani iuris*, e quella tra *res mancipi* e *res nec mancipi*.

7. Gai., *inst.* 2.1: '*Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo videamus de rebus: quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*' (cfr. *Inst. inst.* 2.1.pr.).

La interpretazione di questa distinzione suscita tuttora delle divergenze tra gli studiosi. Tramandandola nelle formule scolastiche di *res in patrimonio* e *res extra patrimonium*, vi si volle vedere la distinzione delle cose secondo che sono o non sono in generale suscettibili di rapporti giuridici privati e patrimoniali, in primo piano di essere oggetto di proprietà privata; ed ancora oggi alcuni la intendono in questo senso²³. A questo scopo si è anche utilizzata un'altra distinzione, che affiora qua e là nelle fonti romane, quella tra *res in commercio* ed *extra commercium*.

Alcuni scrittori invece affermano che la distinzione, quale è stata fatta dai Romani, non ha ri-

²² Diversi sono i punti di vista di Arangio-Ruiz e Albertario; si veda da ultimo SCHULZ, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae*, 1128, Bonn, 1926, e la recensione di V. ARANGIO-RUIZ, in «BIDR.» XXXV, 1927, p. 191 ss.

²³ Per limitarci ai romanisti recenti, si vedano BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*⁹, Milano, s.d. [1931], p. 228 [= *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Torino, 1946, p. 237 = rist. Milano, 1987, p. 195] (con alcune riserve: cfr. ID., *Corso*, II.1, cit., p. 10 ss. [= p. 13 ss.]), e GIRARD, *Manuel*, cit., p. 251 ss.

guardo alla suscettibilità della cosa di essere in patrimonio dei privati, ma solo all'attuale appartenenza ad un patrimonio privato, all'essere cioè o meno attualmente la cosa oggetto di proprietà dei singoli ²⁴.

Le fonti invero danno luogo ad alquanto incertezza su questo punto. Si è osservato che Gaio non dice che le cose sono 'in patrimonio' o 'extra patrimonium', ma che o 'in nostro patrimonio sunt' o 'extra nostrum patrimonium habentur'; e che questa locuzione mostrerebbe il riferimento all'attuale appartenenza o meno a un determinato soggetto. Significativo è poi l'esempio, addotto da Gai., *inst.* 2.9 (= D. 1.8.1.pr.), delle 'res hereditariae antequam aliquis heres existat'.

Inoltre, nelle Istituzioni giustinianee (2.1.pr.) all'enunciazione gaiana della distinzione si fa seguire una esemplificazione desunta dalle Istituzioni di Marciano (cfr. D. 1.8.2): 'quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur'; ai 'pleraque singulorum', che rappresentano le 'res quae in nostro patrimonio sunt', si contrappongono tutti i termini precedenti tra cui i 'quaedam nullius'. Tutti questi argomenti, almeno a prima vista, sembrerebbero parlare per il criterio desunto puramente dalla condizione attuale della res.

Ma vi sono non lievi ragioni di dubbio. Gaio nelle sue Istituzioni, in connessione coll'affermazione generale sopra riferita, enuncia la *summa divisio* tra le *res divini iuris* ed *humani iuris* (*inst.* 2.2 ss.); il § 9, dove viene a parlare delle *res humani iuris* dopo aver parlato di quelle *divini iuris*, è in parte mutilo; esso però ci è tramandato in un passo del Digesto, D. 1.8.1.pr.: 'quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est; id vero, quod humani ²⁵ iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt' ²⁶. Il § 10 riprende poi: 'haec autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae'; e il § 11: 'quae publicae sunt nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. privatae sunt quae singulorum hominum sunt'.

Il discorso gaiano presenta delle incongruenze; nel § 9, per spiegare che la 'res humani iuris potest et nullius in bonis esse', si adducono come esempio le 'res hereditariae, antequam aliquis heres existat' ²⁷, nei §§ 10 e 11 si esauriscono le *res humani iuris* nelle due categorie di *res publicae* e *privatae*, dicendo delle prime che 'nullius videntur in bonis esse', delle seconde che 'singulorum hominum sunt'. Nel § 9 il 'nullius in bonis esse' si riferisce all'attuale condizione della cosa, cioè al non appartenere attualmente a nessuno, nel § 11 invece il 'singulorum hominum esse', e rispettivamente il 'nullius in bonis esse', rappresentano anche, almeno sotto un certo aspetto, la potenzialità, la suscettibilità o meno di essere oggetto di proprietà privata ²⁸ (se anche ciò non è del tutto chiaro per il significato di 'res publicae' ²⁹).

Giustamente, a parer nostro, è stato affermato ³⁰ che la distinzione delle *res in divini et humani iuris*, e delle *res humani iuris* in *publicae* e *privatae*, doveva trovarsi nel vecchio manuale da cui attinge Gaio, e che il giureconsulto vi deve aver sovrapposto la distinzione tra le *res quae in nostro patrimonio sunt* e quelle *quae extra nostrum patrimonium habentur*. La impostazione originaria risulta dai §§ 2-8 e 10,

²⁴ Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 123 s.; SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 19 s.

²⁵ Fin qui anche il Veronese.

²⁶ Nel manoscritto veronese, l'inserzione di queste parole desunte dal passo del Digesto, non riesce a riempire il vuoto. Restano circa 8 linee illeggibili che finiscono con '...ve domino'. I compilatori giustiniani hanno dunque ommesso un lungo brano.

²⁷ E' vero che, come si è detto, il brano manca nel manoscritto veronese e ci è pervenuto nel Digesto; crediamo però nella sua classicità, in quanto della distinzione tra *res publicae* e *privatae* si parla in seguito, e qui doveva venire la contrapposizione all'affermazione che 'quod divini iuris est, id nullius in bonis est'.

²⁸ Questo concetto è accentuato nell'*Epitome Visigota*, 2.1.1: 'sed haec omnia in nullius bonis sunt et ideo publici iuris esse dicuntur' (essa però inverte il discorso di Gaio).

²⁹ Si veda *infra*.

³⁰ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p.169. In un recente studio G.G. ARCHI (*La «summa divisio rerum» in Gaio e Giustiniano*, in «SDHI», III, 1937, p. 5 ss.) ha voluto sostenere addirittura che in Gaio la distinzione fra *res quae in nostro patrimonio sunt* e *res quae extra patrimonium habentur* coincideva con quella tra *res humani iuris* e *res divini iuris*; e ne trae poi tutta una serie di illazioni per uno sviluppo della distinzione fino a Giustiniano. Ma la sua tesi ci pare costruita sull'equivoco (cfr. G. GROSSO, *Appunti sulla distinzione delle «res» nelle Istituzioni di Gaio*, in «Studi E. Besta», I, Milano, 1937, p. 35 ss. [= *Scritti*, cit., III, p. 569 ss.]).

mentre la sovrapposizione della nuova impostazione enunciata nel § 1 ben risulta dai §§ 9 e 11, mentre d'altra parte in questi si può scorgere anche un'incertezza che riflette la determinazione del concetto delle *res publicae*.

La stessa sovrapposizione conservarono i giustiniani nelle Istituzioni (2.1), prendendo da Gaio l'enunciazione della distinzione tra *res quae in nostro patrimonio sunt* e *quae extra nostrum patrimonium habentur*, e preferendogli, per la successiva distinzione, la partizione di Marciano, che già abbiamo ricordata; questa, a prima vista, comprendendo le *res nullius*, sembrerebbe rispondere meglio al criterio della condizione attuale della cosa. Senonché, Marciano come esempio di *res nullius* ricorda le *res divini iuris*, e non pare che abbia accennato ad altra categoria di *res nullius*, che vi comprendesse cioè quelle cose che attualmente non sono in proprietà di alcuno, ma possono esserlo; di simile accenno noi non troviamo nei passi del Digesto e delle Istituzioni traccia alcuna. Già Marciano quindi, in quanto fa riferimento al criterio dell'appartenenza della cosa ad alcuno, per l'appartenenza ai singoli tiene conto piuttosto della possibilità della cosa di essere in patrimonio di alcuno, che non della appartenenza attuale. Comunque, questo è certamente il concetto delle Istituzioni giustiniane, che anzi l'accentuano trasformando la frase di Marciano – D. 1.8.6.2: '*sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt*' – nell'altra – '*nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae*'³¹ –, facendo direttamente delle *res divini iuris* lo svolgimento della categoria delle *res nullius* compresa nella precedente enumerazione³². E significativo è il modo in cui per i '*pleraque singulorum*' si considerano i modi di acquisto partendo dall'occupazione.

Concludendo, la distinzione delle *res* espressa da Gaio colla terminologia '*res quae in nostro patrimonio sunt*' e '*res quae extra nostrum patrimonium habentur*', come rivelano le stesse locuzioni, e se ne hanno vestigia nelle fonti, dovrà essere enunciata con riferimento all'attuale condizione delle cose. Gaio la sovrappone ad una distinzione delle *res* che trova nel suo modello, cioè a quella in *res divini iuris* e *humani iuris*, queste ultime distinte in *res publicae* e *privatae*; da questa sovrapposizione risalta pure, attraverso oscillazioni, la tendenza ad un'interpretazione dell'*'esse in nostro patrimonio'* dal punto di vista della suscettibilità, cioè in rapporto alla destinazione della cosa; tendenza però non completamente svolta, e che anche per altro verso rende incerto il concetto della «extrapatrimonialità».

Con questa distinzione, intesa sulla base della suscettibilità di essere oggetto di diritti patrimoniali privati, se ne fa da taluno coincidere un'altra, che pure ha radice nelle fonti romane, senza esservi però espressamente enunciata, quella tra *res in commercio* e *res extra commercium*; qui si ha riguardo alla visuale del *commercium*, cioè dei negozi patrimoniali. Pomponio in D. 18.1.6.pr. dice che non vi è alienazione di '*sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, et publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius*'; più in generale Paolo, in D. 18.1.34.1, dice che '*omnium rerum quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est*'. Senonché accanto ad una extracommerciabilità assoluta se ne trova una relativa, in rapporto a negozi e soggetti, e d'altra parte si parla anche di '*in commercio non esse*', di '*rei commercium non esse*' per indicare una cosa che, pur essendo nel patrimonio di taluno, non può essere alienata (cfr. D. 20.3.1.2; D. 30.39.10).

Noi seguiamo nella nostra trattazione la traccia che ci danno Gaio e le Istituzioni giustiniane nella loro sovrapposizione. Consideriamo cioè le *res extra nostrum patrimonium* esaminando quei casi in cui la condizione giuridica della cosa la esclude dal patrimonio dai privati, valutando così l'*'extra nostrum patrimonium haberi'* dal punto di vista dinamico della suscettibilità, attraverso la quale si delinea tendenzialmente, come ulteriore sviluppo, una concezione più piena e più consequenziale della extrapatrimonialità. Distingueremo le ragioni di tale esclusione sulla base della distinzione tra *res divini iuris* e *res humani iuris*.

³¹) Aggiungendovi la ripetizione dello stesso concetto, desumendola da Gaio (*inst.* 2.9): '*quod autem divini iuris est id nullius in bonis est*'.

³²) Il concetto di '*res nullius*' è dunque vario nelle fonti.

La sistemazione e trattazione deve però essere commisurata alla individualità storica delle varie distinzioni, all'individualità storica e giuridica delle diverse categorie, allo sviluppo ed alle oscillazioni di queste, all'individualità delle diverse *res*, che rendono sempre più incerta la sovrapposizione di Gaio e la sistematica che ne risulta; di fronte alla complessità della realtà storico-giuridica gli schemi più generali (allontanati dalla semplicità dell'originario riferimento positivo) devono talora ridursi all'elasticità di criteri di massima.

8. Gaio, posta la *summa rerum divisio* in *res divini iuris* e *res humani iuris* (*inst.* 2.2), afferma che '*divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae*' (*inst.* 2.3); vi assimila poi le *res sanctae* dicendo che '*quodammodo divini iuris sunt*'. La definizione delle due categorie è data, come vedremo, da un criterio positivo, di appartenenza agli dei superiori o agli dei Mani. Commisurando, nel senso che abbiamo detto, la distinzione a quella, da lui sovrapposta, tra *res quae in nostro patrimonio sunt* e *res quae extra nostrum patrimonium habentur*, Gaio (*inst.* 2.9) afferma: '*quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est*'.

Marciano invece fa una più ampia discriminazione delle categorie di *res* che si contrappongono ai '*pleraque singulorum*'; egli non parla di '*res divini iuris*'; acquista per lui un risalto preminente l'elemento negativo di queste, per cui ci parla di '*res nullius*', che in questo senso si differenziano dalle altre categorie, per le quali viene considerato l'elemento positivo.

E' evidente e naturale come questo concetto acquisti maggior risalto nel diritto giustiniano, dove l'elemento positivo classico delle *res divini iuris*, soprattutto per le *res religiosae*, cade. Pur desumendo alcuni passi da Gaio, colla menzione delle '*res divini iuris*', si accentua l'elemento negativo del '*nullius in bonis esse*'.

In sostanza, nella stessa contrapposizione tra *res divini iuris* e *res humani iuris* ciò che ha maggiore importanza per il giurista è l'aspetto negativo delle prime, la sottrazione all'*humanum ius*; in questo senso si spiegano già antiche testimonianze che danno risalto all'essere la cosa sottratta agli usi e alla proprietà degli uomini; si spiega l'etimologia di '*religio*' a '*reliquendo*' (e vi è connesso il discorso che si fa di '*res quae diis Manibus relictae sunt*'); si spiega la mescolanza primitiva della terminologia del sacro, del religioso e del santo³³. Ma si delinea chiaramente un concetto positivo che sta a base della sottrazione agli usi profani delle *res sacrae, religiosae, sanctae*, un concetto positivo delle *res divini iuris*.

Questo concetto positivo si va progressivamente attenuando, e si oblitera nel diritto giustiniano: mentre, attraverso una progressione che va dalla sovrapposizione gaiana della distinzione tra *res in nostro patrimonio* ed *extra nostrum patrimonium* fino alla enunciazione marciano-giustiniana, si dà puramente risalto al '*nullius in bonis esse*'.

Se poi nell'epoca postclassica e giustiniana, come vedremo, si attenua l'extrapatrimonialità di queste *res*, se qua e là affiora la tendenza verso la costruzione di un nuovo riferimento positivo, la impostazione sistematica delle fonti giustiniane resta attaccata fondamentalmente al concetto negativo del '*nullius in bonis esse*'.

Vediamo ora distintamente le tre categorie, delle *res sacrae, religiosae, sanctae*. Prenderemo i termini nel significato tecnico che hanno assunto nel diritto e che troviamo chiaramente delineato. Basterà solo avvertire come nelle più antiche testimonianze, e negli scrittori extragiuridici, la terminologia ci appaia alquanto commista; i termini «religioso» e «santo» hanno una più vasta portata di quella che vengono ad assumere poi come tecnica³⁴.

9. Le *res sacrae* sono quelle consacrate agli dei superiori e destinate al culto di essi (Gai., *inst.* 2.4: '*quae diis superi consecratae sunt*'; Trebazio in Macrob., *sat.* 3.3.1: '*quidquid est quod deorum habetur*'). La consacra-

³³) Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 13 ss. e 15 [= p. 17 ss. e 19 s.].

³⁴) Cfr. per tutti SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 137 ss. e 158 ss.; BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 13 ss. [= p. 17 ss.].

cazione consisteva in una cerimonia religiosa alla quale partecipavano i pontefici ed un magistrato, e colla quale avveniva la cessione della cosa al nume (*'do, dico, dedicoque'*)³⁵.

La consacrazione del suolo doveva essere autorizzata dal popolo romano, e cioè, in antico, da una legge o da un plebiscito (cfr. Cic., *ad Att.* 4.2.3; *de domo sua*, 49.127; 53.136-137); nell'epoca imperiale poteva anche esserlo da un senatoconsulto (Gai., *inst.* 2.5); parrebbe però che nell'ultimo scorcio del diritto classico potesse bastare l'autorizzazione imperiale (cfr. D. 1.8.9.1; D. 36.4.15), seppure i passi relativi sono genuini.

La cosa diveniva sacra nella sua totalità e nelle sue parti; rimaneva sacra l'area anche se rovinava l'edificio (*Vat. fr.* 5; *Iust. inst.* 2.1.8).

La cosa consacrata, poi, cessava di essere *sacra* mediante una cerimonia, detta *'profanatio'*; è l'applicazione dell'antico principio romano che per sciogliere i rapporti occorrono atti contrari a quelli mediante i quali il rapporto è sorto³⁶.

Senza consacrazione pubblica, preceduta dalla dovuta autorizzazione, la cosa non diveniva sacra. Marcian. D. 1.8.6.3: *'Sacrae autem res sunt quae publice consecratae sunt, non private; si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est sed profanum'* (cfr. *Iust. inst.* 2.1.8).

Incerta è la portata di Gai., *inst.* 2.7a, che, dopo aver detto che la sepoltura in suolo provinciale non rende il luogo religioso, ma *'pro religioso'*, soggiunge: *'item quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur'*. Perché ciò si avrebbe solo *'in provinciis'*? o non piuttosto nelle province si aveva un'ulteriore limitazione alla *consecratio*? Taluno ha voluto cancellare *'in provinciis'*, altri il *'non'* davanti a *'ex'*; il passo lascia alquanto incertezza.

Va ancora aggiunto che non sono sacre quelle cose i cui proventi servono al mantenimento del culto, senza che vi siano immediatamente destinate; esse però, in rapporto alla loro destinazione, per cui sono accessorie alle cose sacre, partecipano in certa guisa di fatto alla condizione di queste, ed il loro regime giuridico soffre di alcune limitazioni.

Discusso è il problema della determinazione positiva della condizione giuridica delle *res sacrae*. Numerose testimonianze delle fonti parlano nel senso che le *res sacrae* si ritenevano appartenere agli dei; titolare del diritto sulla *res sacra* sarebbe il dio a cui essa è dedicata. Si ricorda la dichiarazione di Trebazio, riferita da Macrobio, *sat.* 3.3.1: *'quidquid est quod deorum habetur'*; si ricordano le formule della *consecratio* rivolte agli dei (*'do, dico, dedicoque'*); la corrispondenza col concetto delle *'res religiosae'*, che appartengono agli dei Mani (Gai., *inst.* 2.4: *'quae diis Manibus relictas sunt'*); si può aggiungere l'accentuarsi progressivo del concetto negativo del *'nullius esse'* coll'attenuarsi del concetto positivo dell'appartenenza agli dei³⁷.

D'altra parte vi sarebbero degli argomenti che parrebbero giustificare la costruzione, sostenuta da taluni autori³⁸, della appartenenza delle *res sacrae* al popolo romano. Parlerebbero in questo senso alcuni passi dei gramatici, in particolare uno di Frontino, *contr. agr.* (ed. Lachmann, p. 56,19 ss.): *'in Italia autem densitas possessorum multum improbe facit et lucos sacros occupat, quorum solum indubitate populi Romani est, etiam si in finibus coloniarum aut municipiorum'*. Così una *dedicatio* licia contenuta in un'iscri-

³⁵ Sulla cerimonia, che non ci è nota in tutti i suoi particolari, attraverso gli elementi che ci forniscono gli scrittori, si veda J. MARQUARDT, *Die römische Kultusaltertümer*, Leipzig, 1871, trad. franc. (J. Brissaud) – *Le culte chez les Romains* –, Paris, 1889, I, p. 321 ss.; cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 149. Numerose iscrizioni ci hanno tramandato delle *'leges dedicationis'*, formule di dedicazione, nelle quali si dà regolamento alla cosa dedicata; trattandosi di una cessione al nume, il dedicante, come nelle alienazioni comuni, poteva *leges dicere* alla *res*.

³⁶ Nella *lex dedicationis* si potevano stabilire alcune deroghe; si poteva per esempio già senz'altro stabilire che le cose che sarebbero state adibite al tempio a scopo di culto, divenissero poi profane colla semplice alienazione (cfr. per esempio la *«dix a vicinis Furfensibus templo dicta»* [«CIL.» I, 603; K.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*⁷ – ed. O. GRADENWITZ –, Tübingen, 1909, I, – *Leges et negotia* –, § 105, p. 283 s.], 8-10).

³⁷ Per lo svolgimento della dimostrazione di questo concetto, si veda per tutti SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 144 ss.

³⁸ Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*², Leipzig, 1887-1888, II, p. 58 ss. (= trad. franc. [P.F. GIRARD] – *Le droit public romain* –, III, Paris, 1893, p. 67 ss.); L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908 [rist. Aalen, 1994], p. 392 nt. 5; PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 592 nt. 1.

zione («CIL.» I, 589 [a. 673 a.u.c. ?]: *Jovei Capitolino et populo Romano*), mostrerebbe come dietro alla divinità vi sia il popolo. Altri argomenti testuali sarebbero volti in questo senso, Si aggiungerebbe che solo alcune divinità privilegiate possono essere istituite eredi (*ep. Ulp.* 22.6); dall'osservazione che gli dei privilegiati in questo senso erano almeno quasi tutti forestieri, si argomenterebbe che l'incapacità degli dei di essere eredi dipenderebbe dal fatto che titolare dei rapporti degli dei romani sarebbe il popolo Romano; su questo punto però ha già replicato con ampia indagine lo Scialoja³⁹, fondando tale incapacità sul principio che l'erede poteva essere solo una persona certa.

Quanto al passo di Frontino, si è replicato che bisogna distinguere fra le cose sacre propriamente dette, come il tempio, l'ara e le cose mobili consacrate al culto e le cose destinate al mantenimento del culto, che si vogliono considerare come accessorie alle cose sacre, che praticamente vi vengono considerate analoghe, ma non sono sacre; quando colle assegnazioni le terre diventavano soggette al diritto privato, tali cose quasi sacre non venivano assegnate e continuavano quindi ad appartenere al popolo romano anche nelle colonie e nei municipii. E si osserva ancora che vi sono dei boschi che non si considerano vera sede della divinità, di cui sarebbero quasi il tempio, e che per lo più i *luci sacri* sono addetti al tempio nel senso che il loro reddito (*'lucar'*) serve al mantenimento del tempio (cfr. Sic. Flacc., *cond. agr.*, ed. Lachmann, p. 162 s.; Fest., sv. *'lucar'* [L.² p. 245]), così che possono rientrare in quella categoria di cose non propriamente sacre⁴⁰.

Ma, affermato che il concetto positivo che sta a base della condizione giuridica delle cose sacre è l'appartenenza alla divinità, emerge da un lato lo spiccato valore che in questo caso assume il rilievo negativo del *'nullius esse'*, già anticipato nella sottrazione e contrapposizione al *ius humanum*, e poi sempre più accentuato dai giuristi, mentre d'altro lato occorre anche valutare il concetto positivo suaccennato alla stregua del concetto della divinità nell'antichità classica, in rapporto al nesso in cui questa si trova colla comunità politica, collo Stato. E così si spiega come intervenga nella *consecratio* il popolo romano e il magistrato, anche se si tratta di consacrare cose private; come coll'intervento del popolo romano si possa procedere alla *profanatio*. Questo carattere delle divinità proprie di ciascuna comunità statale, che fa sì che la religione stessa, lo stesso riconoscimento e disconoscimento delle divinità sia un affare di Stato, sia competenza di questo, è il substrato che sembra dar corpo a quella tesi, che vuol vedere nel patrimonio degli dei una titolarità dello Stato, del popolo romano, tesi che però come costruzione giuridica va respinta⁴¹.

L'antitesi tra *res divini iuris* e *res humani iuris* esprime nettamente la sottrazione delle prime al *ius humanum*, sia nei rapporti dei privati, sia nei rapporti del popolo romano; l'aspetto positivo è dato da quell'appartenenza agli dei che sopra abbiamo rilevato.

Veniamo ora a considerare più particolarmente, nelle sue applicazioni pratiche, il regime delle *res sacrae*. Nella visuale sotto cui ce le presenta Gaio e noi qui le consideriamo, emerge direttamente il concetto negativo, dell' *'extra nostrum patrimonium haberi'*, della sottrazione ai rapporti patrimoniali privati.

Esse dunque, come si è detto, *'nullius in bonis sunt'*, cioè non sono né possono venire nel patrimonio di privati; poiché non è ammissibile su di esse la proprietà, così non si può costituire una servitù (D. 8.1.14.2; D. 39.3.17.3); non essendo esse in proprietà di alcuno, non è ammissibile un'azione di rivendica (D. 6.1.23.1); non possono essere possedute né possono essere oggetto di contrattazioni.

La sottrazione delle cose mobili destinate al culto (come di quelle religiose e pubbliche) non è *furtum* in quanto il furto presuppone l'appartenenza ai privati. Tale sottrazione di cose sacre (e *pecunia sacra*) come anche delle religiose (*pecunia religiosa*), che costituiva *sacrilegium*, fu punita (e forse fin da antico), insieme colla sottrazione di beni dello Stato (*pecunia publica*), cioè il *peculatus*; sappiamo poi dalle fonti che questi crimini furono contemplati da una *lex Iulia* (che come dice il nome risale a

³⁹) Si veda di questo l'ampia critica della tesi qui riferita in *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 143 ss.

⁴⁰) SCIALOJA, *loc. ult. cit.*

⁴¹) Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 148 s.

Cesare o ad Augusto), che nei passi del Digesto e nelle Istituzioni è detta *lex Iulia peculatus* (D. 48.13.1; D. 48.13.4.pr.; D. 22.5.13; D. 48.1.1; *Iust. inst.* 4.18.9). Il *sacrilegium* secondo le testimonianze delle fonti era punito con pena capitale (cfr. Cic., *leg. agr.* 2.9.22; Sen., *benef.* 7.7; Iul. Vict., *ars rhet.* 3.15; Claud. Sat. D. 48.19.16.4; Paul. D. 48.13.11[9].pr.; cfr. Marcian. D. 48.13.4); noi non ci possiamo però trattenere più specificamente sul valore delle testimonianze delle fonti citate e sulle gradazioni o sullo sviluppo storico della repressione di questo crimine ⁴².

Erano punite pure le altre violazioni delle cose sacre, la cui pena poteva variare secondo la gravità della violazione ⁴³.

A difesa delle *res sacrae* stavano poi due interdetti (che tutelavano anche le *res religiosas* e si sono assai presto estesi anche alle *res sanctae*), uno proibitorio (*“ne quid in loco sacro fiat”*) ed uno restitutorio (*“quod factum est restituatur”*) ⁴⁴.

10. Tale era la concezione ed il regime classico. Coll'avvento della religione cristiana a religione ufficiale dello Stato, muta il concetto della *res sacra*, nel senso che ormai ripugna il concetto che titolare del diritto è Dio.

Nonostante la mutata concezione, la riproduzione dei testi classici fa sì che il regime giuridico delle *res sacrae* non sembri aver subito formalmente una radicale trasformazione nel diritto giustiniano; i compilatori cercano di applicare alla nuova concezione il regime elaborato dai giureconsulti classici. Resta l'affermazione della extrapatrimonialità e incommerciabilità delle *res sacrae*, resta la distinzione delle *res sacrae* vere e proprie dal patrimonio che serve al culto; alla menzione degli dei si sostituisce quella di Dio.

Affiorano però qua e là alcune deroghe, che sono il portato dello spirito nuovo e della natura e dell'organizzazione della Chiesa (deroghe contenute più nelle Istituzioni, nel Codice e nelle Novelle che nelle Pandette). Si tende a fare della consacrazione una cerimonia ecclesiastica, eliminando l'intervento del magistrato (si confronti *Iust. inst.* 2.1.8 con D. 1.8.6.3: *“rite”* invece di *“publice”*); si noti però che, se è tolta ogni menzione dell'autorizzazione legislativa, resta, e l'abbiamo notato, in due passi del Digesto, il requisito del permesso imperiale (affermato forse per interpolazione).

D'altra parte la stessa extrapatrimonialità subisce delle deroghe. Da un lato, risulta una certa commistione col regime dei beni ecclesiastici ampiamente trattato nel Codice e nelle Novelle; e caratteristico è che, parlando dei mezzi giuridici, che spettano alla Chiesa per la tutela delle *res sacrae*, Giustiniano usa i termini relativi alle azioni patrimoniali (*“vindicare”*, *“actio in factum”*, *“actio in rem”*, *“condictio”*), che rivelano un avvicinamento alle cose patrimoniali della Chiesa ⁴⁵, (C.I. 1.2.21.pr.-1), e questo avvicinamento affiora già anche nella Epitome Visigota di Gaio (2.1.1) ⁴⁶. Dall'altro lato una esplicita deroga all'incommerciabilità è stata introdotta dall'Imperatore, coll'ammettere la alienazione e la pignorazione dei vasi, delle vesti e dei donativi sacri per un caso, cioè per il riscatto dei prigionieri (C.I. 1.2.21.2; *Iust. inst.* 2.1.8; Nov. 7.8 e Nov. 120.10, con un'estensione circa i vasi sacri non necessari al culto) ⁴⁷.

⁴² Su tale sviluppo, in particolare sull'esistenza accanto alla azione penale pubblica, di un'azione diretta ad un'indennità, e sulla *quaestio* relativa, cfr. Th. MOMMSEN, *Römische Strafrecht*, Leipzig, 1899 [rist. Graz, 1955] p. 760 ss. (= trad. franc. [J. Duquesne] – *Droit pénal romain* –, Paris, 1907, III, p. 66 ss.); per la inclusione avvenuta nell'ultimo periodo dell'impero, della sottrazione di oggetti appartenenti ai templi, tra i furti qualificati, si veda *ibid.*, p. 85.

⁴³ Cfr. MOMMSEN, *op. ult. cit.*, p. 810 s. (= III, p. 125 ss).

⁴⁴ Ulp. D. 43.1.1.pr.; Paul. D. 43.1.2.1; Ulp. D. 39.1.1.1; D. 43.8.2.19; D. 43.6 (*“ne quid in loco sacro fiat”*). Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* ³, Leipzig, 1927 [rist. Aalen, 1985], p. 456 s.

⁴⁵ Si può ricordare anche l'affermazione di Paul. D. 43.1.2.2: *“et illa interdicta quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent”*; il brano è rimaneggiato; in ogni modo però è altrimenti spiegabile.

⁴⁶ Cfr. ARCHI, *La «summa divisio rerum»*, cit., p. 15 ss.

⁴⁷ Per una ampia trattazione e valutazione di tutti questi problemi, cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 151, ss.

11. La seconda categoria di *res divini iuris* è data dalle *res religiosae* che, nel linguaggio divenuto tecnico nei giuristi, sono quelle che appartengono agli dei Mani, quello cioè *'quae diis Manibus relictæ sunt'*: le sepolture e gli oggetti destinati alla conservazione ed all'ornamento del cadavere (cfr. Paul D. 6.1.43)⁴⁸. Il concetto dell'appartenenza di queste cose agli dei inferi spicca nettamente dalle fonti (e ne abbiamo già tratto un buon argomento per sostenere la corrispondente appartenenza delle *res sacrae* agli dei superi): cfr. Gai., *inst.* 2.4; Serv., *ad Aen.* 3.63; Cic., *leg.* 2.21.2; Fest., sv. *'manes'* [L.² p. 266]; Ulp. D. 11.7.4; C.Th. 9.17.4.pr. = C.I. 9.19.4; C.Th. 9.17.5 = C.I. 9.19.5. Il Mommsen richiama poi l'attenzione sopra un'iscrizione in cui la destinazione del luogo è fatta sotto la forma di un legato *per vindicationem*: *'hoc locum monimentumque diis Manibus do legoque'*⁴⁹.

Il carattere di *'res religiosa'* si acquista mediante l'illazione del cadavere in sede definitiva⁵⁰, cioè per atto di privato, senza bisogno di alcuna cerimonia pubblica (Gai., *inst.* 2.6)⁵¹. Occorre però che il seppellimento risponda a certe condizioni di carattere sostanziale. Il terreno deve essere privato ed il seppellimento deve essere operato dall'esclusivo proprietario o da altri col suo assenso, in quanto spetta a lui, come erede o ad altro titolo, di curare il seppellimento del defunto (Gai., *inst.* 2.6)⁵². Quindi la possibilità di rendere religioso il luogo si ha solo per i fondi italici e quelli aventi il *ius italicum*, in quanto solo su di essi è possibile proprietà privata; non così per il suolo provinciale, la cui proprietà è del popolo romano o dell'imperatore, e di cui i privati hanno solo un godimento che Gaio chiama *possessio vel ususfructus*; tuttavia, a quanto ci afferma Gaio (*inst.* 2.7), sebbene secondo l'opinione dei *'plerique'* il suolo non diventi religioso, lo si ha *'pro religioso'*. Non rende religioso il luogo l'usufruttuario, ma neppure il nudo proprietario di un fondo di cui altri ha l'usufrutto, se non col consenso dell'usufruttuario (D. 11.7.2.7)⁵³; così il proprietario non può rendere religioso il luogo su cui gravi una servitù prediale, senza il consenso del titolare della servitù (D. 11.7.2.8)⁵⁴. Non può rendere religioso il luogo il condomino, senza il consenso degli altri condomini; egli ha soltanto il diritto di *mortuum inferre* in un sepolcro comune, cioè in luogo già destinato⁵⁵ (D. 10.3.6.6; D. 1.8.6.4)⁵⁶.

⁴⁸ Non insisteremo a ricordare come nella più antica commistione della terminologia *'religiosus'*, in connessione con *'religio'*, abbia un significato vastissimo, che investe anche le cose sacre. Sarà interessante ricordare la etimologia di *'religio'* a *'reliquendo'*, enunciata da Servio Sulpicio e Masurio Sabino, che fa definire il *'religiosum'* come *'quod propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum a nobis est'* [Gell., *noct. Att.* 4.9.8: cfr. Macrob., *sat.* 3.3.8]; concetto che ha un significato alquanto generale. Festo [verb. sign., sv. *'fulguritum'*, L.² p. 212] poi ricorda che il luogo dove cadeva il fulmine (*'fulguritum'*) *'statim fieri putabatur religiosus, quod eum deus sibi dicasse videretur'*; s'intendeva cioè autodedicato dalla divinità. Ben fu osservato che in un senso più delimitato *religiosus* indica un senso di riverenza ispirato da terrore, col che si ricollegerebbe il nome di *religiosi* dato ai giorni nefasti, per altro verso il nome di *res religiosae* dato ai sepolcri, per quel senso di terrore che ispira il culto degli dei Mani e che esige la sepoltura. Comunque le *res religiosae* per eccellenza per i giuristi sono i sepolcri (cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 158 ss.).

⁴⁹ Cfr. C. FADDA, *Le res religiosae nel diritto romano*, Napoli, 1899, p. 5.

⁵⁰ Parlando dell'illazione del cadavere, qui ed in seguito, sottintenderemo sempre anche la deposizione delle ceneri, che ha lo stesso effetto.

⁵¹ Ciò deve dipendere dal fatto che si tratta di una sopravvivenza di *sacra privata*, trapassati nel *ius pontificium* e poi nel *ius civile*.

⁵² Si noti come, se la persona indicata dal defunto o gli eredi istituiti o intestati non provvedono alla sepoltura, chiunque vi provveda, almeno per diritto giustiniano, renda il luogo religioso se era in proprietà del defunto (D. 11.7.4).

⁵³ Il passo fa eccezione per il caso in cui sia stata seppellita la persona stessa che ha legato l'usufrutto; si ritiene però che questa limitazione sia giustiniana (cfr. *ad h.l.* «Index interpolationum», I, Weimar, 1929, c. 150, e «Supplementum», I, Weimar, 1929, c. 175). Per l'interpolazione analoga di D. 30.53.7 (riguardante però effetti diversi, e cioè la responsabilità dell'erede per aver reso religioso il luogo legato) si veda A. GUARNERI-CITATI, *Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condizione*, in «Studi P. Bonfante», Milano, 1929-1939, III, p. 439 s. e nt. 3.

⁵⁴ L'ultimo brano, probabilmente interpolato, fa eccezione per il caso in cui *'non minus commoda per alium locum servitute uti potest'*.

⁵⁵ Altrove si ammette la possibilità di rendere religioso un luogo per il seppellimento di uno dei condomini (D. 11.7.41); ma ciò è probabilmente frutto di interpolazione (cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 24 s. [= p. 31 s.]).

⁵⁶ Se il fondo è pignorato, secondo D. 11.7.2.9, il debitore lo rende religioso solo *'si in eum suorum mortuum intulerit'*, come diventa religioso *si ipse inferatur*, altrimenti no. Non è improbabile che anche la concessione ricordata derivi dai giustiniani (il brano finale da *sed ei* è già stato riconosciuto interpolato: cfr. *ad h.l.* «Index interpolatio-

Problema diverso è poi se, nel caso in cui il luogo non può divenire religioso per difetto di diritto in chi compie la sepoltura, il proprietario (più in generale il titolare del diritto lesa) possa senz'altro rimuovere il cadavere; Labeone ha affermato che era necessario il permesso dei pontefici, per non incorrere nell'*actio iniuriarum* (D. 11.7.8, in cui per interpolazione vi si equipara il *iussum principis*). Lo stesso permesso dei pontefici era richiesto per il trasporto del cadavere da un monumento ad un altro, o per il rifacimento del monumento. Colui che seppellisce il cadavere in luogo altrui è poi tenuto da un'*actio in factum*, che mira ad ottenere o la rimozione o il prezzo del luogo (D. 11.7.2.1; D. 11.7.2.2; D. 11.7.7.pr.)⁵⁷.

Che per rendere il luogo religioso il seppellimento debba essere fatto coll'intenzione di dare al morto una sede definitiva, troviamo pure affermato nelle fonti (Paul. D. 11.7.40). E d'altra parte per il cenotafio un rescritto dei *divi fratres*, Marco Aurelio e Lucio Vero, stabilisce che non è *res religiosa* (Ulp. D. 1.8.7; D. 11.7.6.1). Ma su questo punto troviamo un'affermazione contraria in un passo di Marciano (D. 1.8.6.5), che trae argomento da Virgilio (*Aen.* 3.303); nella compilazione essa è corretta dal successivo testo di Ulpiano.

Anche la sepoltura dello schiavo rende il luogo religioso. Al contrario in origine non doveva essere religiosa la sepoltura dello straniero (il che deriva dal carattere nazionale del culto nella religione antica); questa differenza tra cittadini e stranieri andò però scomparendo e la limitazione rimase per i nemici (Paul. D. 47.12.4).

Secondo l'opinione di Celso, riferita da Ulpiano, diventa religioso solo il luogo occupato dal cadavere: '*non totus qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est*' (D. 11.7.2.5); il che però va inteso con una certa larghezza; e del resto non sembra che sia stato ammesso universalmente e in forma generale⁵⁸). Quando il cadavere vada disperso in più parti non può rendere religiosi più luoghi; Paolo afferma che diventa religioso quello dove è seppellito il capo (D. 11.7.44).

Per una disposizione delle XII Tavole il terreno doveva trovarsi fuori della città del pomerio (*Tab. X.1 – 'hominem mortuum in urbe neve sepelito neve urito' – Cic., leg. 2.23.58*). La disposizione fu adottata anche dai *municipiū*, stabilitavi poi da rescritti imperiali (cfr. Ulp. D. 47.12.3.5).

12. Le *res religiosae*, come le *res sacrae*, sono *extra nostrum patrimonium*, non sono oggetto di proprietà privata (cfr. D. 43.24.13.5; D. 8.5.1); non possono quindi essere rivendicate (cfr. D. 6.1.23.1; C.I. 3.44.4); così non possono essere alienate, né possedute, né usucapite, né pignorate, né gravate di servitù (cfr. *Paul. sent.* 1.21.7; D. 11.7.6.1; C.I. 3.44.2 e 9; C.I. 6.37.14): *ep. Ulp.* 24.9; D. 41.2.30.1; C.I. 8.16.3; D. 8.4.4).

Può invece a favore della *res religiosa* stabilirsi una servitù (D. 8.1.14.1; D. 8.5.1; D. 11.7.12.pr.); ma di ciò parleremo in seguito.

La sottrazione del sepolcro al nostro patrimonio, l'appartenenza agli dei Mani, è affermata in modo chiaro, ed applicata nell'esclusione della proprietà e degli altri rapporti patrimoniali. E singolarmente espressiva è la motivazione contenuta in D. 8.4.4: '*quia id quod humani iuris esse desit servitu-*

num», I, cit., c. 150; è probabile che sia interpolato anche il *suorum* e che il giureconsulto dicesse *non tacit*; sul passo cfr. anche GUARNERI-CITATI, *op. cit.*, p. 454 nt. 59). Alquanto disputata è la classicità dell'affermazione contenuta nelle nostre fonti (D. 35.1.10; D. 11.7.34), che l'erede non può rendere religioso *pendente condicione* un luogo nel fondo legato *per vindicationem sub condicione* (cfr. da ultimo sulla questione GUARNERI-CITATI, *op. cit.*, p. 454 nt. 59). Crediamo che tale disposizione sia classica; è vero che l'erede *pendente condicione*, secondo la dottrina sabiniana che divenne *communis opinio*, è *dominus* della cosa; ma d'altra parte un'impellente esigenza pratica impone che egli non possa compiere quegli atti che frustrano definitivamente la aspettativa del legatario (salvo restando il sorgere della religiosità colla deficienza della condicione). Occorrerà appena notare che, secondo la dottrina proculeiana, per cui la cosa legata *pendente condicione* era *nullius*, non può sorgere questione, in quanto è evidente che l'erede non può compiere alcun atto.

⁵⁷ Per il seppellimento in luogo pubblico si dà un giudizio speciale (Ulp. D. 11.7.8.2).

⁵⁸ Si veda *infra*.

tem non recipit’.

Senonché d’altra parte il sepolcro serve ancora agli uomini a scopo di sepoltura; e ciò comporta anche un vantaggio patrimoniale, in quanto la sepoltura è una spesa necessaria e la facoltà di disporre di un sepolcro fa risparmiare tale spesa⁵⁹. Ma anche oltre a ciò, esiste una sfera più ampia, e cioè tutta una tutela e vigilanza della destinazione della cosa, tutta una esplicazione di attività richiesta dal culto dei defunti, che lega il sepolcro ad una persona che vi è specificamente legittimata. E si riconosce al privato un particolare diritto, detto *‘ius sepulchri*’ (o *‘iura sepulchrorum*’), il cui titolare è qualificato come *‘is ad quem res pertinet*’. A questo *ius sepulchri* si ricollega la possibilità di esistenza di servitù a favore del sepolcro, di cui si dice che rimangono *‘privati iuris*’; ed anzi, si ammette persino un accesso coatto al sepolcro (D. 11.7.12.pr.).

Questo *ius sepulchri* è oggetto di viva disputa: mirando soprattutto al *ius mortuum inferendi* che vi rientra, si è da taluno sostenuto che si tratta di un diritto patrimoniale, più o meno commerciabile. Si vuole cioè distinguere e contrapporre il *ius sepulchri* al *sepulchrum*, che è *extra nostrum patrimonium* ed *extra commercium*. In altre parole l’extracommerciabilità avrebbe colpito il sepolcro, trattato come luogo puro, non il sepolcro nella sua destinazione di sepolcro.

Questa teoria ha avuto diverse sfumature, ma noi non possiamo dare qui un resoconto ed una critica delle varie dottrine in tal senso⁶⁰.

Essa ha trovato invece un critico deciso soprattutto nel Bonfante⁶¹, il quale vuol distinguere la concezione classica da quella giustiniana. Egli fa richiamo alla mutata concezione delle *res religiosas* coll’avvento della religione cristiana. Se in certa guisa, per quanto neppur esso potesse essere accolto, il concetto dell’appartenenza delle cose sacre a Dio poteva ancora esprimere nell’epoca cristiana la destinazione di quelle cose, era invece assolutamente impossibile concepire i sepolcri come appartenenti agli dei inferi, ai Mani; il concetto di *‘res religiosa*’ era dunque condannato. A questa mutata concezione sarebbe dovuto, secondo il Bonfante, un avvicinamento delle *res religiosas* alle cose di diritto privato, e quindi quegli accenni delle nostre fonti da cui si è voluta desumere la patrimonialità e la commerciabilità del *ius sepulchri*. Nel diritto classico invece il *ius sepulchri*, che si doveva tener distinto dal semplice *ius mortuum inferendi*, avrebbe partecipato dell’assoluta extracommerciabilità ed extrapatrimonialità del sepolcro.

Per valutare e risolvere la questione, non può certo non costituire un valore della dichiarazione della extrapatrimonialità delle *res divini iuris*, la contrapposizione e sottrazione al *ius humanum*, come riflesso della loro appartenenza alle divinità supere o inferi. Può conciliarsi questa enunciazione colla costruzione di un *ius sepulchri* patrimoniale?

Questo *ius sepulchri* importa una specie di rappresentanza della divinità cui la cosa appartiene; esso, nell’ambito della destinazione della cosa, ha carattere generale, la investe cioè nella sua pienezza, in tutta quella disposizione che è necessaria per corrispondere alla destinazione della cosa, in tutta quella esplicazione che tale destinazione richiede dall’uomo; si parla di colui *‘ad quem res pertinet*’. La patrimonialità di questo rapporto difficilmente potrebbe conciliarsi colla extrapatrimonialità della cosa, in quanto si avrebbe una specie di proprietà nell’ambito della destinazione del sepolcro.

Soltanto una extrapatrimonialità del *ius sepulchri* spiega il rapporto coll’affermata appartenenza del sepolcro agli dei Mani.

Né sono molto probanti gli argomenti che soglionsi addurre in senso contrario.

Che gli interdetti a tutela delle *res religiosas* siano detti da Paolo (D. 43.1.2.2) tali che *‘veluti proprietatis causam continent*’, è argomento che dovrebbe involgere anche le *res sacrae*; ma, a parte che il passo è stato sospettato di ampio rimaneggiamento, l’espressione viene in un senso tutt’affatto generico, che non involge la particolare costruzione del *ius sepulchri* come patrimoniale.

⁵⁹) Cfr. FERRINI, *Pandette*, cit., p. 259 [§ 212 = p. 203].

⁶⁰) Si veda per tutti, colla citazione della letteratura, lo studio citato del Fadda sulle *res religiosas* [cfr. *supra*, nt. 49].

⁶¹) Note a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, p. 504 ss. (§ 147) nt. m [V, p. 260]; *Corso*, II.1, cit., p. 27 ss. [= p. 33 ss.].

Che a favore dei sepolcri si possano costituire delle servitù, che rimangono *privati iuris*, tocca solo l'esistenza del rapporto a cui le servitù nella loro strumentalità sono accessorie.

Le stipulazioni restrittive dell'uso dei sepolcri, di cui parla Paolo in D. 11.7.11, riguardano il fondo puro, e limitano solo, con vincolo obbligatorio, la libertà del promittente e dei suoi eredi.

Che in D. 47.12.6 P *'is ad quem ea res pertinet'*, a cui spetta l'*actio sepulchri violati*, sia detto *'dominus'*, non dice nulla, perché qui *'dominus'* significa *'dominus negotii'*.

Si vuol ricorrere alle conseguenze della vendita di *res religiosae pro puris* ad un compratore di buona fede. In un passo di Ulpiano (D. 11.7.8.1), si parla di un'azione *in factum* concessa *'ei ad quem ea res pertinet'*, azione di cui si soggiunge che *'et in heredem competit cum quasi ex empto actionem contineat'*. Modestino invece in D. 18.1.62.1, parlando in genere di vendita di *'loca sacra vel religiosa vel publica'*, dice che *'licet emptio non teneat, ex empto tamen (sc. emptor) adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur'*; si darebbe la stessa azione *ex empto* per ottenere il risarcimento del danno (cfr. *Iust. inst.* 3.23.5). Per l'*homo liber*, in relazione al principio che la compravendita obbliga solo al trasferimento della *vacua possessio* e che è riconosciuto, ed anzi assai frequente, il possesso di uomini liberi come schiavi (data l'estrema difficoltà che talvolta si presenta di riconoscere che si tratta di uomo libero: cfr. D. 18.1.5), si ammette nelle fonti la validità della compravendita nel caso di inscienza del compratore. In alcuni passi all'*homo liber* sono equiparate le *res sacrae* e *religiosae*. I risultati della critica interpolazionistica hanno dimostrato che questa equiparazione è dovuta ai compilatori. Ai compilatori è pure dovuta l'affermazione finale di D. 11.7.8.1 (di cui non è improbabile più ampio rimaneggiamento), come la dichiarazione contraddittoria di D. 18.1.62.1, dove forse Modestino si sarà limitato a dire che *'emptio non tenet'*. I giustiniani vogliono dare una teoria unitaria della responsabilità del venditore di un uomo libero o di una *res extra commercium*, facendone una responsabilità contrattuale, ed estendendola alla colpa; a tale scopo essi equiparano le *res sacrae* e *religiosae* all'uomo libero, per cui si dice che la compravendita è valida; dove trovano affermato che la compravendita è nulla affermano che però si dà l'*actio ex empto* per il risarcimento; dove infine trovano un'*actio in factum* dichiarano che è data *'quasi ex empto'*. I classici invece distinguevano nettamente questi rapporti; per l'*homo liber*, come si è detto, valeva un principio particolare; per le *res religiosae*, dato che anche per esse doveva presentarsi facilmente la vendita come pure, non potendosi dare lo stesso regime che valeva per il *liber homo*, parrebbe (se però il passo non ha subito più ampio rimaneggiamento) che il pretore avesse concesso un'*actio in factum* che avrebbe dovuto essere penale e quindi intransmissibile contro gli eredi; per le altre cose doveva bastare l'*actio de dolo*⁶².

Risulta subito come da questo regime della vendita delle *res religiosae* non si possa trarre argomento per per la patrimonialità dello *ius sepulchri*. Ma tale argomentazione non è possibile neppure di fronte allo stato attuale delle fonti giustiniane, poichè la responsabilità contrattuale è ammessa per tutte le *res extra commercium*, ed in sostanza mira solo al risarcimento delle conseguenze dannose risultanti dalla vendita, la quale non produce il suo effetto (*'quod interfuit eius ne deciperetur'*). Né si potrebbe accogliere l'interpretazione che di D. 11.7.8.1 vorrebbe dare il Fadda; questi, ritenendo che l'*'is ad quem ea res pertinet'*, a cui si dà l'*actio in factum*, sia il titolare del *ius sepulchri*, afferma che colla vendita del *locus religiosus pro puro* il *ius sepulchri* passa al compratore; ma qui l'espressione *'is ad quem ea res pertinet'* (se anche non è il residuo di un diverso riferimento classico) è generica, ed indica puramente colui che è interessato nel rapporto.

Certo maggiore importanza per la questione ha una serie di testi in cui si vuol scorgere affermata la alienabilità del *ius sepulchri*.

Ulp. D. 18.1.22: Hanc legem venditionis 'si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil' supervacuum non esse, sed ad modica loca pertinere. ceterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem.

Paul. D. 18.1.23: (et quod solverit eo nomine emptor condicere potest).

⁶² Cfr. il mio *Corso 1939-1940* [Oggetto dell'obbligazione, cit.], p. 80 ss.

Ulp. D. 18.1.24: in modicis autem ex empto esse actionem, quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni maioris partis accessit.

Paul. sent. 1.21.7: Vendito fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt, nec in his ius inferre mortuum habet.

Si vedano anche Labeone in D. 19.1.53.1, Pomponio in D. 47.12.5 e Ulpiano in D. 11.7.10.

Paolo dunque afferma che non passano al compratore i *loca religiosa* compresi nel fondo venduto, e cioè non passa il *ius sepulchri*, come neppure il semplice *ius mortuum inferendi*.

Ulpiano invece ammetterebbe il passaggio al compratore, quando non si sia venduta solo una cosa religiosa ma si tratti di *'modica loca'* accessori al fondo venduto. E certo questo parrebbe uno dei più forti argomenti su cui poggia la dottrina di cui trattiamo.

Ma questa interpretazione è arbitraria; il passo è stato probabilmente riassunto dai compilatori, ma lascia ancora intravedere e conserva il significato originario; il criterio dei *'modica loca'* non importa il passaggio del luogo sacro o religioso, che è escluso; importa la validità o meno della compravendita, per l'esistenza, o meno, di un oggetto possibile, quindi la possibilità, o meno, di innestare sull'*actio ex empto* una responsabilità del venditore ⁶³.

Quanto poi alla espressa riserva dei luoghi religiosi nella vendita, che ci mostrano i passi citati, essa è rilevante ad altri effetti, quali la responsabilità, il diritto di accesso, e non prova per una normale comprensione del *ius sepulchri* nella vendita.

La possibilità o meno di vendita del *ius sepulchri* in sé è oggetto di gravi dispute tra gli stessi fautori della opinione che criticiamo. Abbiamo vari casi di vendita di *ollaria, cineraria, monumenta*, ma questi con ogni probabilità si riferiscono ad un luogo ancora puro, sebbene destinato a sepoltura ⁶⁴.

Neppure poi si può trarre argomento dall'oscura materia delle multe sepolcrali per ammettere l'alienabilità dei sepolcri, perché queste multe ben potevano comminarsi per atti già dichiarati senza effetto dal diritto, in quanto questi atti rappresentavano violazioni del sepolcro, come si comminavano anche per altre violazioni dei sepolcri.

Si ricordi poi che Ulpiano afferma la inusucapibilità del *ius sepulchri* (D. 11.8.4); né vale contrapporvi, data la particolarità dell'istituto, C.I. 3.44.6. E si aggiunga ancora che nella divisione non si può assegnare il *ius sepulchri* ad uno degli eredi (C.I. 3.44.4.pr.).

D'altra parte però si osserva che il *ius sepulchri*, per i sepolcri ereditari, si trasmette agli eredi. Si distinguevano cioè i *sepulchra familiaria* e quelli *hereditaria*: i primi erano costituiti per il fondatore e la sua famiglia agnaticia, e non passavano agli eredi estranei (caratteristica è la clausola frequente in questi monumenti: *'hoc monumentum heredem – o heredem exterum o extraneum – non sequetur'*); i secondi invece passavano agli eredi ⁶⁵. Da questa trasmissione ereditaria alcuni scrittori vogliono desumere argomento per la patrimonialità del *ius sepulchri*.

Ma ben si replica che nell'eredità del diritto classico entravano ancora elementi non patrimoniali, e, come rileva il Bonfante, il carattere non patrimoniale del *ius sepulchri* emerge dal suo trattamento rispetto alla successione: nella restituzione fedecommissaria dell'eredità l'erede trasmette tutto il patrimonio al fedecommissario, ma restano presso di lui i *iura sepulchrorum*; così questi restano presso il figlio che si astiene, cioè abbandona il patrimonio ai creditori, etc.

La distinzione tra *sepulchrum* e *ius sepulchri*, agli effetti della patrimonialità, non ci pare dunque corretta; il *ius sepulchri*, nella sua particolare posizione rispetto all'appartenenza del sepolcro ai Mani,

⁶³ Cfr. il mio *Corso 1939-1940*, cit., p. 90 nt. 1.

⁶⁴ Un argomento forte per l'alienazione del sepolcro offrirebbe il secondo capitolo del cd. «Gnomon del l'idiologo» [§ 2]; ma esso proverebbe troppo, e può dirsi inintelligibile (v. BONFANTE, *note* a WINDSCHEID, *loc. cit.* [p. 277 ss.]; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 170 nt. 1).

⁶⁵ Questo il regime del diritto classico che fu intorbidato nel diritto giustiniano nel senso di ammettere nei sepolcri ereditari almeno i figli ed i nipoti, sia in famiglia, sia emancipati, anche se non eredi, e nei sepolcri familiari anche gli eredi estranei. Questa trasformazione per cui la distinzione viene obliterata fu dimostrata dalla critica recente; e soprattutto dal Mitteis e dall'Albertario.

è un rapporto extrapatrimoniale.

Resta da esaminare un argomento su cui si vuol fondare una esplicita distinzione, C.I. 6.37.14:

Monumenta quidem legari non posse manifestum est, ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur.

Ma qui si parla puramente del ‘*ius mortuum inferendi*’. Ora, la limitazione, affermata da Celso (D. 11.7.2.5), del ‘*locus religiosus a quantenus corpus humanum est*’, potrebbe suggerire che il luogo in cui si può seppellire è sempre puro, non è ancora religioso. Ma tale affermazione non va presa con estremo rigore. I Romani mostrano di prendere in considerazione la sepoltura in un sepolcro, considerato luogo religioso.

Ma il *ius mortuum inferendi* non esaurisce il *ius sepulchri*; si tratta di una specifica facoltà in rapporto alla destinazione del sepolcro a ricevere diverse sepolture, che, ove non si opponga la costituzione stessa del sepolcro, il titolare del *ius sepulchri* può attribuire ad altri; potrà legarla, potrà donarla. Se possa venderla è dubbio, e giova ricordare l’esclusione dalla vendita del fondo, affermata da Paolo.

Il sepolcro è reso *res religiosa* dalla effettiva inumazione, che lo sottrae al *patrimonium* dei privati, per attribuirlo agli dei Mani; esso però resta destinato a ricevere nuove sepolture, il che importa una facoltà dell’uomo di farvi sepoltura, facoltà che, come abbiamo detto, ha anche un contenuto economico. Ma essa, presa in sé e per sé, resta sempre qualcosa di esterno e di anteriore alla religiosità, determinata dalla sepoltura stessa; e d’altra parte, valutata rispetto al sepolcro, ha sempre un carattere particolare.

Certo in questa materia si tratta di conciliare vari elementi: l’extrapatrimonialità e l’appartenenza agli dei Mani; il rapporto che lega il sepolcro ad un soggetto, cioè il cd. *ius sepulchri*; la facoltà di farvi sepoltura, che è una facoltà concreta, e la disposizione di essa; la determinazione del luogo che è reso religioso dalla effettiva sepoltura.

Nel regime che ne risulta ci può essere qualche incertezza; in ogni modo se ne vedono chiaramente le linee generali.

13. Come abbiamo accennato, a tutela delle *res religiosae* competono gli stessi interdetti che tutelano la condizione delle *res sacrae*⁶⁶.

A sanzione delle violazioni dei sepolcri, il pretore ha concesso un’azione penale *in factum*, con *condemnatio in bonum et aequum*, l’*actio sepulchri violati*, la quale è data a colui ‘*ad quem pertineat*’, cioè al titolare del *ius sepulchri*, e, se questo non esiste o non vuole agire, a ‘*quicumque agere volet*’ (ma in questo caso con *condemnatio* fissa).

Abbiamo poi già accennato alle cd. multe sepolcrali, cioè alle pene che il fondatore del sepolcro stabiliva contro il violatore di esso, a favore dell’erario, del fisco, dei municipi, o di speciali collegi; senonché il valore e la natura giuridica di tali pene sono oggetto di viva discussione, e non è possibile raggiungere un risultato tranquillante⁶⁷.

La giurisprudenza estese poi alla violazione del sepolcro la punizione della *lex Iulia de vi publica*⁶⁸, in quanto questa contemplava il caso di chi ‘*fecerit quid, quo minus aliquis funeretur sepeliaturve*’

⁶⁶ Nel diritto giustiniano poi, come sostitutive della revindica (che non compete), si fa menzione di un’*actio in factum*, come risulta dal brano ‘*in factum ... compellatur*’ in D. 6.1.43, brano certo interpolato (cfr. *ad h.l.* «Index interpolationum», I, cit., c. 86, e «Supplementum», I, cit., c. 114) il quale sposta poi il punto di vista del giureconsulto, che riguardava tutt’altro problema.

⁶⁷ Cfr. per tutti SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 179 ss.

⁶⁸ O ‘*privata*’? (O. LENEL [*Palingsenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889 – rist. Graz, 1960; Roma, 2000 –, c. 565 n. 16 e nt. 1]; P. KRÜGER [*Corpus Iuris Civilis*, I, «Institutiones. Digesta»¹⁶, Berlin, 1954, p. 837 nt. 12] *ad* D. 47.12.8; cfr. *Paul. Sent.* 5.26.3).

(Macer D. 47.12.8) ⁶⁹.

Nei titoli *'de religiosis'* e *'de mortuo inferendo'* si ricordano una serie di *interdicta* e di azioni *in factum* relative alle sepolture, sia contro colui che ha venduto per puro un luogo religioso, sia contro chi seppellisce arbitrariamente nel fondo altrui, o contro chi seppellisce in luogo pubblico, o contro chi impedisca di seppellire.

Il titolare del *ius sepulchri* si può poi anche valere dell'interdetto *quod vi aut clam* (Ulp. D. 43.24.15.2; Venul. D. 43.24.22.4).

14. Il concetto della *'res religiosa'* è radicalmente mutato nell'epoca cristiana, in quanto, già lo abbiamo accennato, il concetto di appartenenza di tali cose agli dei Mani è ormai condannato; nella compilazione quindi si cerca di cancellare ogni richiamo a tale concetto (cfr. C.Th. 9.17.4 e 5: *'aedificia manium'*, *'poena sacrilegii'*, etc.).

Orbene, finché le cose religiose si consideravano proprietà degli dei Mani, esso erano fuori del *ius humanum* ed il *ius sepulchri* si estrinsecava in una facoltà di tutela ed in un dovere di pietà verso tali dei. Ma, quando tale concetto cadde coll'antica religione, e quando d'altra parte i sepolcri cessarono di essere tombe di famiglia, di successioni ereditarie, di collegi, sparse nei fondi dei privati, e divennero luoghi di sepoltura nei cimiteri comuni, allora, come rileva il Bonfante, da un lato l'incomerciabilità del luogo in sé non ebbe più un significato e una portata particolare, e d'altro lato il diritto di sepolcro venne a concretarsi nel *ius inferendi*, nel diritto ad un posto in camposanto, elemento spiccatamente patrimoniale.

Lo spirito conservatore di Giustiniano fa sì che egli cerchi di conservare l'antico regime delle *res religiosae* adattandolo ai sepolcri cristiani. Ma traspare il mutato spirito.

15. Dopo avere enunciato la distinzione delle *res divini iuris* ed *humani iuris* ed aver affermato che *'divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae'*, trattando poi delle une e delle altre, Gaio (*inst.* 2.8) equipara alla condizione di tali cose le *res sanctae*: *'sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt'*. Si tratta di cose che non sono *sacrae* né *religiosae* ma neppure *profanae*, e quindi si qualificano *'quodammodo divini iuris'*, in quanto *'etsi deo non sint consecratae sanctione quadam confirmatae sunt'* (cfr. Ulp. D. 1.8.9.3 e 4; Marcian. D. 1.8.8; *Iust. inst.* 2.1.10).

Costante esempio di tali *res* sono i muri e le porte della città, però non solo di Roma ma anche dei municipii e delle colonie (D. 1.8.8.2; D. 1.8.9.4). Ma con questi esempi non se ne esaurisce la categoria; tali dovevano essere, almeno in antico, anche i *limites* degli *agri limitati*; del resto Ermogeniano in D. 43.6.2, dopo aver ricordato i muri e le porte, aggiunge *'et aliis sanctis locis'*.

La santità deriva dalla solennità religiosa con cui si compieva la fondazione della città e la divisione dei campi. Si è avanzata l'ipotesi che anche queste cose in origine si reputassero proprietà di un dio, del *Iupiter terminalis*, oppure dell'eroe, semidio, fondatore della città ⁷⁰; comunque il concetto è scomparso nel diritto classico, dove la *res sancta* è detta solo *'quodammodo divini iuris'*, e non appartiene né agli dei né agli uomini, ma è dichiarata inviolabile in virtù della *sanctio*, per cui *ab iniuria hominum defensa atque munita est*. Gravissime disposizioni penali punivano le violazioni delle *res sanctae*. A tutela della condizione giuridica di queste furono poi estesi gli *interdicta* che tutelavano le *res sacrae* e *religiosae*.

Come le *res*, così erano dette *'sanctae'* le *leges* la cui osservanza era assicurata dalla minaccia formale di una pena contro i trasgressori, che poteva giungere alla *capitis sacratio* (Macrob., *sat.* 3.3.6;

⁶⁹ Si hanno anche accenni ad una repressione del crimine di violata sepoltura come crimine straordinario: cfr. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 821 (= *Droit public romain*, cit., III, p. 139): sul tema, in relazione ad una iscrizione scoperta recentemente, cfr. E. CUQ, *Un rescrit d'Auguste sur la protection de res religiosae dans les provinces*, in «RHD.» IX, 1930, p. 383 ss.

⁷⁰ Si veda BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 41 [= p. 50].

D. 1.8.9.3; D. 48.19.41).

La categoria delle *res sanctae* si conserva nel diritto giustiniano, ma solo per omaggio alla tradizione; basta notare la confusione fatta in *Iust. inst.* 2.1.10, e leggere il passo corrispondente della Parafraresi di Teofilo⁷¹.

16. Veniamo alle *res humani iuris*. Gaio (*inst.* 2.10), come si è visto, distingue le *res humani iuris* in *publicae* e *privatae*. *Res extra nostrum patrimonium humani iuris* sarebbero dunque, secondo questa partizione gaiana, le *res publicae*. Le Istituzioni giustiniane invece (*Iust. inst.* 2.1.pr. e 1-6), come si è visto, fanno una più lunga enumerazione onde le '*res humani iuris, quae extra nostrum patrimonium habentur*', sarebbero le *res 'naturali iure communes omnium'*, le *res publicae*, e le *res universitatis*; tale partizione risponde a quella di Marciano riferita in D. 1.8.2.pr., in cui però mancano le *res publicae*.

Vediano distintamente queste categorie.

17. La categoria delle *res communes omnium*, che manca in Gaio, ed è ricordata nel citato passo di Marciano e nelle Istituzioni giustiniane, ha dato luogo a dubbi ed a vivaci discussioni tra i romanisti circa la sua portata giuridica e circa l'estensione del suo riconoscimento nella giurisprudenza romana⁷².

L'enumerazione che di tali cose fa Marciano (D. 1.8.2), riprodotta in *Iust. inst.* 2.1.1, comprende *aer, aqua profluens, mare et per hoc litora maris*; si tratterebbe di cose che secondo il *ius naturale* sono destinate all'uso comune degli uomini.

Senonché abbiamo notato che questa categoria di cose non è universalmente conosciuta dai giureconsulti romani; qual è dunque lo stato della giurisprudenza al riguardo?

Gaio, come si è notato, la ignora; egli distingue cioè le *res humani iuris* in *publicae* e *privatae*. Qual era però secondo Gaio la condizione delle cose che nel pensiero di Marciano formavano la categoria delle *res communes*? È improbabile che egli includesse l'*aer* fra le *res publicae*: sembra più verisimile che egli non vi scorgesse neppure una *res* (come non sono *res* gli astri, le nubi, la luce del sole etc.). Quanto all'*aqua profluens* può ben essere che egli non la distinguesse dalle fonti, dai fiumi, dai rivi, e la facesse quindi partecipare della condizione giuridica di tali cose. Quanto al mare ed ai *litora maris*, risulterebbe dai passi di provenienza gaiana (*Iust. inst.* 2.1.5; cfr. D. 1.8.5) che, secondo il concetto del giureconsulto, appartenevano alle *res publicae* (almeno vi si dice che '*litorum usus publicus iuris gentium est sicut ipsius maris*').

Questa divergenza di opinioni fra i giureconsulti romani, non solo sulle cose comprese nella categoria⁷³, ma circa la stessa esistenza della categoria, non giustifica già di per sé l'opinione di alcuni romanisti, che questa categoria derivi dalla sistematica bizantina e fosse sconosciuta ai giureconsulti classici⁷⁴.

⁷¹) Anche quest'accezione tecnica del termine '*sanctum*' è il frutto di una delimitazione. Anch'esso aveva in origine un significato più vasto. Esso, come afferma esplicitamente Trebazio (in Macr., *sat.* 3.3.5) e come del resto si può desumere dalla stessa spiegazione del termine fatta dai giureconsulti, posteriori, che abbiamo visto, nella sua accezione più ampia e originaria doveva comprendere anche il '*sacrum*' ed il '*religiosum*'; per esclusione venne a comprendere quelle cose '*sanctione quadam confirmatae*', che non erano già compreso in una delle altre categorie.

⁷²) Si vedano – anche per le citazioni dei vari scritti sul tema di M. PAMPALONI [*Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano*, in «BIDR.», IV, 1891, p. 210 ss.], di C. MANENTI [*Concetto della «communio» relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle «communes omnium»*, in «Filangeri», XIX.1, 1894, p. 321 ss. e 492 ss.], di E. COSTA [*Il mare e le sue rive nel diritto romano*, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2ª s., V, 1916, p. 337 ss. = *Le acque in diritto romano*, Bologna, 1918, p. 91 ss.] di F. MAROI [*Sulla natura giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in «RISG.», LXII, 1919, p. 164], e di B. BIONDI [*La condizione giuridica del mare e del «litus maris»*, in «Studi S. Perozzi», Palermo, 1925, p. 271 ss. = *Scritti giuridici vari*, III, Milano, 1965, p. 107 ss.] – FERRINI, *Pandette*, cit., p. 262 ss. [§§ 215 s. = p. 205 ss.], BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 42 ss. [= p. 51 ss.], SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 125 ss., PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 596 e nt. L, e ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 171 e n. 1.

⁷³) Su cui si veda *infra*.

⁷⁴) Lo sospetta ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 171; lo afferma recisamente PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p.

La classicità della categoria, ed almeno la paternità di Marciano, non possono essere messe in dubbio. Il Bonfante⁷⁵ ha rilevato come Marciano sia fra tutti i giureconsulti quello più nutrito di cultura letteraria e filosofica, come risulta dalle numerose citazioni ch'egli fa di scrittori, filosofi o poeti, così che con parola moderna si potrebbe dire che la sua educazione è più umanistica che giuridica; d'altra parte la categoria delle *res communes* è molto familiare al pensiero filosofico ed a scrittori e poeti sin dai tempi più antichi; si capisce dunque lo sviluppo che a questa categoria dà Marciano.

Il Bonfante, riconoscendo la classicità di tale attribuzione a Marciano, vorrebbe però restringere a questo giureconsulto la nozione e l'applicazione del concetto di *res communes*, sospettando che la categoria sia stata sconosciuta a tutti gli altri giureconsulti romani; egli inoltre vuole negarvi ogni valore logico e giuridico.

Riguardo poi allo stesso Marciano, il Bonfante, seguendo in ciò il Ferrini, riterrebbe che egli non ricordasse nella sua classificazione le *res publicae* e ciò sembra appunto risultare dal confronto fra D. 1.8.2.pr., dove manca la categoria delle *res publicae*, e *Iust. inst.* 2.1.pr., dove è aggiunto il '*quaedam publica*'; anziché credere, come dianzi si era ritenuto, che queste parole fossero cadute nel Digesto, si dovrebbe pensare ad un'aggiunta giustiniana nelle Istituzioni. Marciano, in luogo delle *res publicae*, avrebbe introdotto le due categorie, delle *res communes omnium*, in cui avrebbe assorbito quelle che negli altri giureconsulti sono dette '*publicae iuris* – o *iure – gentium*', e delle *res universitatis*, che avrebbero compreso come categoria autonoma gli edifici e le opere pubbliche, non solo delle città, ma anche dello Stato. Notiamo subito come, se anche si dovesse accogliere questa tesi, non si potrebbe parlare di una semplice diversità di terminologia per le *res publicae*. Se il mare ed il lido del mare potevano concepirsi come *res publicae* (e tale doveva essere l'opinione di una parte della giurisprudenza e lo abbiamo visto per Gaio), difficilmente si sarebbero potute qualificare come pubbliche l'aria e l'*aqua profluens* (quest'ultima in quanto concepita distintamente dai *fontes*, *flumina* o *rivi* di cui fa parte). Quindi l'aver Marciano equiparato il mare e il lido del mare all'aria ed all'*aqua profluens*, nella categoria delle *res communes omnium*, rivela una concezione diversa da quella che stava a base delle cd. *res publicae iuris gentium*, assorbite nel concetto generale di *res publica*. Se quindi anche, per ipotesi, Marciano, scindendo tali *res* (e non solo il mare ed il lido) dalle altre *res publicae*, chiamato da lui *res universitatis*, avesse compreso le prime nelle *res communes omnium*, non si potrebbe mai parlare di mera differenza terminologica. Senonché tale generale inclusione è ben lungi dall'essere dimostrata. Anzi, si noti come Marciano, che non chiama «pubblica» nessuna delle quattro *res communes omnium*, dia invece tale appellativo ai fiumi⁷⁶ ed ai porti (D. 1.8.4.1). D'altra parte Marciano comprende nelle *res universitatis* (secondo il significato comune) solo le cose delle città. Tutto dunque fa pensare che Marciano distinguesse la categoria delle *res publicae* sia dalle *res communes omnium* come dalle *res universitatis*, e che il '*quaedam publica*' sia caduto per un errore di amanuense nel passo del Digesto⁷⁷.

Vediamo ora gli accenni alle *res communes omnium* che troviamo in altri giureconsulti e che verrebbero ad escludere il sospetto del Bonfante che la categoria sia stata nota solo a Marciano.

L'aria è ricordata in due passi, D. 43.8.3.1 di Celso, D. 47.10.13.7 di Ulpiano, ed in entrambi le è equiparato il mare, e nel passo di Ulpiano anche i *litora maris* (Cels.: '*maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris; et quidem mare omnium commune est et litora, sicuti aer*'). L'equiparazione del mare

596 ss.

⁷⁵) Da ultimo nel *Corso*, II.1, cit., p. 45 ss. [= p. 54 ss.]. Cfr. di recente W.W. BUCKLAND, *Marcian*, in «Studi S. Riccobono», I, Palermo, 1936, p. 279 s.

⁷⁶) Questa osservazione (e soprattutto l'avversativo '*sed*' con cui ai inizia D. 1.8.4.1) oppone un grave ostacolo all'ipotesi del Bonfante, che coll' '*aqua profluens*' Marciano si riferisse ai fiumi.

⁷⁷) Cfr. da ultimo, in questo senso, SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 58 s. e 70 ss. Come non ci pare di poter accogliere la tesi del Bonfante, così non ci pare sostenibile la congettura di F. VASSALLI (*Premesse storiche alla interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, in «Acque e trasporti», I.1, 1917, p. 8 *estr.* [= *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, p. 20]) che Marciano non nominasse le '*res publicae*' in quanto le comprendeva nelle *res nullius*; le esemplificazioni di Marciano, che alle *res nullius* fa corrispondere puramente le *res divini iuris*, si oppongono a tale ipotesi (per una critica più generale della tesi del Vassalli sulle cose pubbliche si veda *infra*, § 21).

all'aria nell'affermazione che sono comuni a tutti è un evidente richiamo al concetto delle *'res communes omnium'*; non ci pare quindi che l'argomento desunto da questi passi possa essere superato coll'osservazione che talvolta nelle fonti si parla di uso comune anche per cose pubbliche; quest'uso promiscuo delle due parole, quando non si dà alla prima un significato tecnico, di caratteristica di una data categoria, non impedisce che altrove la prima possa venire con significato tecnico; e, ripetiamolo, nei passi citati tale significato sembrerebbe risultare dall'equiparazione del *mare* all'*aer*. Si è cercato da alcuni scrittori di superare l'argomento ricorrendo al rimedio estremo, ritenendo cioè interpolati i passi; non crediamo però che la tesi possa dirsi dimostrata.

L'*aqua profluens* è ricordata anch'essa in due altri passi (D. 39.3.1.22; C.I. 3.34.7), ma senza riferimento al suo carattere di *'res communis omnium'*.

Quanto al lido del mare, salvo che nel passo di Marciano (e in quello delle Istituzioni, che proviene da quello) e nell'altro su ricordato di Ulpiano (dove però la menzione di esso è interpolata)⁷⁸, altrove esso è costantemente detto «pubblico» (Aq. Gall. in Cic., *top.* 7.32; Iav. D. 50.16.112; Ner. D. 41.1.14⁷⁹; Pomp. D. 41.1.50; Scaev. D. 43.8.4; Ulp. D. 39.2.24.pr.; Pap. D. 41.3.45.pr.; Lab. - Paul. D. 41.1.65.1⁸⁰). Celso poi in D. 43.8.3.pr. afferma (in antitesi col mare, che, come abbiamo visto, equipara all'aria) l'appartenenza al *populus Romanus*: *'litora in quae populus Romanus imperium habet populi Romani esse arbitror'*⁸¹.

D'altra parte vi sono anche testimonianze di giuristi che considerano pubblico il mare (per esempio Arist. - Pomp. D. 1.8.10)⁸².

Se dunque la categoria delle *res communes* non è nota a tutti i giureconsulti romani, e certo non lo è a Gaio, probabilmente ad Aristone e a Pomponio, e così ad altri, non crediamo però si possa affermare che la distinzione risponde ad un'opinione isolata di Marciano; essa fu nota a Celso (che vi esclude il lido del mare, e mette bene in rilievo quella che secondo lui è la differenza fra la condizione del mare e del lido) e così pure ad Ulpiano. E se si considera come talora, pur chiamando pubblico il mare od il lido, ci si sforzi di metterne in risalto l'individualità, se si pone a raffronto la categoria delle *res publicae iuris gentium*⁸³, si può dire che l'enunciazione della categoria distinta delle *res communes omnium* e la sua estensione è il risultato di un'opera di elaborazione compiuta dalla giurisprudenza⁸⁴.

⁷⁸ L'interpolazione risulterebbe dalla struttura del passo. Non crederei invece che si potesse trarre argomento dal confronto con D. 39.2.24.pr. (così SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 63), poiché questo è con tutta probabilità interpolato (si veda *infra*, § 28). Non si può poi, a nostro parere, riconoscere in D. 10.13.7 un più ampio rimaneggiamento come vorrebbe COSTA, *Le acque nel diritto romano*, cit., p. 109 ss.

⁷⁹ Si noti come Nerazio, pur chiamando il lido pubblico, lo differenziava dalle *'res in patrimonio populi'*, enunciandone il regime riguardo alle costruzioni. In fondo traspare qui il concetto delle *'res communes omnium'*, alle quali però si contrapporrebbero non solo le *'res in patrimonio populi'*, non soltanto le *'ripae fluminis'* (che Nerazio in un altro passo, riportato nel *fr.* 15 dello stesso titolo [D. 41.1.15 : Ner. 5 *reg.*], vi contrappone, e che sono in proprietà privata per quanto di uso pubblico), ma anche i fiumi pubblici e le altre cose in pubblico uso (si veda *infra*, § 23 ss.).

⁸⁰ Questa concorde testimonianza delle fonti e l'interpolazione di D. 39.2.24.pr. non bastano a giustificare l'ipotesi del COSTA (*Le acque*, cit., p. 112 s.; consenziente MAROI, *Sulla natura giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, cit., p. 160 ss.) che anche Marciano non includesse i *litora maris* nelle *res communes* e che tale menzione sia dovuta ai compilatori giustinianeî (contro questa tesi, come contro l'altra affermazione del COSTA (*ibid.*, p. 93 ss.) che vorrebbero conciliare D. 1.8.10 coi passi che affermano che il mare è *'res communis'* coll'affermare che sarebbe escluso dalle *res communes omnium* il mare territoriale, cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 63 [= 75 s.]; SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 63 s.; la distinzione fra mare territoriale e mare libero è ignota ai Romani). Contro la conciliazione dei passi concernenti il lido del mare proposta da PAMPALONI [*Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano*, cit., p. 197 ss.], che vorrebbe distinguere fra lido interno ed esterno, si vedano BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 63 [= p. 75 s.]; SEGRÈ, *op. cit.*, p. 57 nt. 1.

⁸¹ Sui vari tentativi di conciliare questo passo con quelli che affermano essere il lido del mare *'res communis omnium'* cfr. per tutti: FERRINI, *Pandette*, cit., p. 266 [§ 216 = p. 207 s.]; S. DI MARZO, *Le cose e i diritti sulle cose*, I, *Lezioni di diritto romano*, Palermo, 1922, p. 30 ss.; BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 62 s. [= p. 75 s.]. Si veda *infra*.

⁸² Diversa interpretazione del passo sostiene MAROI, *op. cit.*, p. 154 ss.

⁸³ Su cui si veda *infra*, § 22.

⁸⁴ Il BIONDI (*La condizione giuridica del mare e del «litus maris»*, cit., p. 271 ss. [= p. 107 ss.]), risuscitando l'opinione del glossatore Piacentino, nega che vi siano state divergenze tra i giureconsulti, e vuol conciliare le con-

18. Considerato brevemente lo stato della giurisprudenza romana circa il riconoscimento della categoria delle *res communes omnium*, dobbiamo ora considerare un altro problema: qual è il valore giuridico di questa categoria? L'incertezza e le oscillazioni della giurisprudenza romana circa di essa ne hanno fatto sempre oggetto di gravi questioni; recentemente poi essa è stata sottoposta al vaglio di una poderosa critica demolitrice da parte del Bonfante. L'illustre Maestro, volendo restringerla, come si è visto, la nozione a Marciano, attribuendola alla cultura filosofico letteraria di questo giureconsulto, la vuol ridurre ad una elucubrazione del pensiero filosofico, negandole nella sua generalità valore giuridico; ed anche nel diritto giustiniano, dove certo se ne faceva una categoria distinta dalle *res publicae*, essa, almeno presa nella sua generalità, avrebbe avuto un valore quasi puramente teorico, mescolando oggetti di diversa natura, mal distinguendosi dalle *res publicae*, mancando di regole particolari alla categoria e comuni a tutti gli oggetti di essa.

Allo scopo di poter giungere ad una soluzione del problema che ci siamo proposto, e valutare le questioni e la critica a cui ha dato luogo la categoria delle *res communes omnium*, ricerchiamo qual è nelle fonti romane il regime di queste *res*, e qual è il concetto fondamentale della categoria.

Il concetto che ne sta a base è, come abbiamo accennato, quello che queste cose per loro natura non appartengono singolarmente a nessuno e sono destinate all'uso di tutti, cittadini e non cittadini. Ciò è evidente per l'aria; analogo carattere sarebbe stata riconosciuto all'*aqua profluens*, al mare, e, da Marciano, al lido del mare⁸⁵ (il quale, secondo la definizione di Gallo Aquilio, ricordata da Cicerone, richiamata da Celso in D. 50.16.96, giunge fino a dove si estende il massimo flutto invernale; cfr. Cic., *top.* 7.32; *Iust. inst.* 2.1.3). Tutti gli uomini hanno dunque diritto di usare di queste cose, respirare l'aria, navigare, attingere acqua, pescare, asciugare le reti sul lido, costruire piloni, case, capanne sul lido, ed anche costruire sul mare, purché non ne sia impedito e danneggiato l'uso comune (D. 1.8.4; *Iust. inst.* 2.1.1; *Iust. inst.* 2.1.5; D. 1.8.5.1; D. 43.8.3.1 e 4).

Siamo ai margini del concetto di cosa nel diritto; la visuale da cui il diritto assume tale concetto esige non solo una utilità per gli uomini, ma anche un'accessibilità, cioè una possibilità di assoggettamento esclusivo da parte dell'uomo. Ora, la destinazione dell'aria all'uso comune è una necessità di natura, che la sottrae ad ogni appropriazione, sì che essa non ha un valore economico; essa dunque a rigore non avrebbe dovuto neppure essere considerata *res*, come non erano *res* gli astri, le nuvole, la luce del sole, etc.; e appunto non era considerata tale da una parte della giurisprudenza romana.

Ma d'altra parte l'inclusione dell'aria nelle *res communes* non implica la recezione di un concetto puramente fisico o filosofico di cosa, perché non si assurge a quelle altre innumerevoli cose che pure esistono e recano qualche utilità all'uomo. Influisce qui la visione di un contatto diretto e costante fra l'uomo e l'aria, nella sua consistenza materiale, dell'uso immediato che gli uomini fanno dell'aria agli scopi della vita; è la valutazione empirica di questo rapporto che fa considerare l'aria come una *res*, che traduce in un principio di diritto naturale la sua naturale destinazione all'uso di tutti gli uomini, onde essa è sottratta ad ogni appropriazione.

Ma non per tutti i tipi addotti da Marciano di *res communes omnium* la destinazione all'uso comune esprime una necessità naturale, come per l'aria⁸⁶. Il mare e il lido del mare tollerano per ipo-

traddizioni esistenti tra le affermazioni delle fonti coll'asserire che il mare ed il lido erano contemporaneamente *res communes omnium* e *res publicae* e che i due concetti non si escluderebbero. Non possiamo aderire a questa tesi nella sua formale consequenzialità. Abbiamo visto le oscillazioni di alcuni giureconsulti, il largo significato che talora assume l'appellativo di pubblico dato al mare ed al lido, ma ciò non toglie che divergenze vi fossero tra le opinioni dei giureconsulti, che risultano evidenti dalle fonti.

⁸⁵ La qualifica di '*res communis omnium*' attribuita dai Romani al mare ed al lido ha avuto nella storia una nobile funzione, in quanto è servita di bandiera ai più alti ideali, per la difesa della libertà dei mari; ciò non dice però nulla circa il problema che ci siamo posti, cioè del suo valore giuridico (cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 49 [= p. 59 s.]).

⁸⁶ Cfr. su questo punto le concezioni del PAMPALONI [*Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano*,

tesi la costruzione di un'appartenenza esclusiva; e per il lido esiste l'affermazione di Celso surricordata (D. 43.8.3.pr.), che è *'populi Romani'*.

Qui veramente, viene in considerazione un rilievo che suol farsi per le *res communes omnium*, che cioè esse sono sottratte all'appropriazione nel loro complesso, ma non lo sono per parti distinte; ci si può infatti appropriare di una porzione limitata di mare o di lido, per esempio costruendovi. Riferendosi l'impossibilità di appropriazione al complesso, sembra allora doversi qui ricadere nella stessa impossibilità, pregiudiziale, che si ha per l'aria, che dovrebbe a rigore far uscire anche il mare e il lido dal novero delle *res*. Senonché, così posta, l'antitesi fra l'esclusione dell'appropriazione per il complesso e l'ammissibilità per le parti non pare corretta⁸⁷. Anzitutto, che cosa significhi esclusione dell'appropriazione nel complesso non risulta chiaro; e poi esiste tutto un regime giuridico di queste *res communes omnium*, in cui si riflette in conseguenze giuridiche la qualifica di *res communes omnium*, sia per quanto riguarda l'esclusione di rapporti patrimoniali privati, sia per quanto riguarda l'esplicazione dell'uso comune cui sono destinate. Il riconoscimento della qualifica di *'res communis omnium'* ha dunque rilevanza giuridica.

La destinazione all'uso di tutti, la sottrazione al patrimonio dei singoli, è anche qui presentata come diritto naturale; ma essa esprime una realtà giuridica. E l'equiparazione all'aria esprime la effettiva traduzione in realtà giuridica di ciò che per l'aria è pura effettività naturale; la inclusione dell'aria in questa categoria di *res* ne viene dunque colorita.

Come è dell'aria, così del mare e del lido si dice che esso è comune a tutti, libero all'uso di tutti; tutti possono quindi navigare, nuotare, pescare nel mare passeggiare sul lido etc. (Marciano D. 1.8.4.pr.), e Ulpiano in D. 8.4.13.pr. afferma che *'mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest'*.

Orbene, per l'esplicazione della destinazione di queste cose, l'uso da parte dei singoli può anche consistere nella sottrazione di porzioni, che importa un'appropriazione, con un limite risultante appunto dalla destinazione all'uso comune. Troviamo affermato nelle fonti, come negli scrittori extragiuridici, che si può costruire sul mare o sul lido, e la costruzione, secondo quanto affermano Nerazio, Pomponio (che ricorda Aristone), Marciano, diventa proprietà di chi ha costruito; ma appena essa è abbattuta il suolo ritorna *'in pristinam causam'* (Nerat. D. 41.1.14.pr.-1; Pomp. D. 41.1.30.4 e D. 41.1.50; Arist. - Pomp. D. 1.8.10; Marcian. D. 1.8.6.pr.; Ulp. D. 39.1.1.18)⁸⁸.

E' interessante notare come Nerazio in D. 41.1.14.pr. presenti questo regime del lido del mare, equiparandolo all'acquisto delle *res nullius*: *'nam litora publica non ita sunt ut ea quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt'* (e li assimila ai pesci ed alla selvaggina); nel § 1 afferma che però tolto l'edificio il suolo *'in pristinam causam recidit perindeque publicum est ac si numquam in eo aedificatum fuisset'* (egli cioè imposta la questione e la risolve in questo senso con un *'propius est'*).

Lo stesso richiamo alle *res nullius* fa Pomponio in D. 41.1.30.4: *'si pilas in mare iactaverim et supra eas inaedificaverim, continuo aedificium meum fit. item si insulam in mari aedificaverim, continuo mea fit, quoniam id quod nullius sit, occupantis fit'*.

Qui si parla dell'isola, e sappiamo che l'isola nata nel mare è appunto *res nullius*, oggetto d'occupazione. In ogni modo qui si scorge il ragionamento che porta all'equiparazione anche della costruzione sul mare e sul lido alle *res nullius*; la costruzione che emerge dal mare, come la costruzione sul lido, toglie alla porzione occupata il carattere di mare e di lido, come è per l'isola nata nel mare (e il discorso può valere anche per porzioni di mare che vengano eventualmente recinte nella costruzione); sottratta a quella condizione che ne fa una *res communis omnium*, si acquista come una *res nullius*. L'uso del mare e del lido implica anche il farvi delle costruzioni e delle opere, che tolgono

cit., p. 197 ss.] e del MANENTI [Concetto della «communio», cit., p. 321 ss. e 492 ss.] su cui si veda BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 55 ss. [= p. 67 ss.].

⁸⁷) Per una critica di essa si veda anche BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 51 [= p. 61 s.]; C. MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, Torino, 1934, p. 43 nt. 2.

⁸⁸) Per le citazioni di scrittori extragiuridici cfr. MAROI, *op. cit.*, p. 155 nt. 2.

alla porzione occupata il carattere di mare e di lido (cfr. Arist. - Pomp. D. 1.8.10), come l'uso dell'aria consiste nel respirarla. E' vero che il suolo sussiste come parte della costruzione, e si sottolinea che anche il suolo occupato è in proprietà privata (D. 1.8.6.pr.), ma esso è sottratto alla condizione di lido appunto come parte dell'edificio, come entità isolata e distinta dal lido, e il ritorno per la distruzione dell'edificio costruito è assimilato al *postliminium* (D. 1.8.6.pr.). E la questione circa l'uso del lido e del mare è appunto di vedere fino a che punto si potrà costruire, compatibilmente colla destinazione del lido e del mare all'*usus omnium*, e quali sono le sanzioni del limite. Ma su questo punto ritorneremo fra breve.

Da quanto abbiamo messo in rilievo risulta dunque come propriamente non si tratti qui di antitesi fra non appropriabilità del complesso e appropriabilità di parti distinte, ma piuttosto dell'uso del mare e del lido, e delle esplicazioni che esso comporta, che sottraggono a porzioni di lido e di mare la loro consistenza come tali, e quindi la loro condizione di *res communes omnium*.

E in questa direttiva è stato osservato che Marciano non cade in contraddizione qualificando '*res communes omnium*' il mare e il lido, e invece '*res publicae*' i porti; le opere portuali tolgono al porto la qualifica di mare e lido.

Ma giova pure rilevare come anche giuristi che qualificano come pubblico il lido del mare, come Nerazio, o il mare, come Pomponio, vi riconoscano però quella particolarità di regime che abbiamo delineato, che appunto giustifica da parte di altri giureconsulti la individuazione di una categoria delle *res communes omnium*⁸⁹. E tale individuazione acquisterebbe risalto dal confronto col regime dei fiumi pubblici, e dal fatto che per le costruzioni in suolo pubblico lo Stato imponeva un *vectigal* detto '*solarium*' (D. 43.8.2.17). D'altra parte però, in rapporto a quei giureconsulti che danno al lido o al mare la qualifica di pubblico, si può essere indotti almeno a ridurre la portata della differenziazione dai fiumi, valutando anche per questi il criterio che ne determina la pubblicità, considerando come, secondo la concezione antica, nell'appartenenza al *populus Romanus*, all'*universitas*, emerge il concetto della collettività (ma di questo parleremo in seguito).

In ogni modo però si può affermare che un regime più restrittivo per il lido doveva importare l'opinione espressa da Celso in D. 43.8.3.pr.: '*litora in quae populus Romanus imperium habet populi Romani esse arbitror*'. Ma questa va considerata come un'opinione particolare e personale, condivisa probabilmente anche da Gaio (o dal suo modello), che riteneva pubblico mare e lido, e definiva le *res publicae* come tali che '*ipsius universitatis esse creduntur*' (D. 1.8.5.1, ed il corrispondente *Iust. inst.* 2.1.5, non dicono però nulla in questo senso né in senso contrario)⁹⁰.

Il regime che abbiamo delineato, come ammesso almeno dalla maggior parte dei giureconsulti, rivela il fondamento e la rilevanza giuridica della concezione del mare e del lido come *res communes omnium*, se anche la chiara individuazione di questa categoria si ha in una cerchia più limitata di giureconsulti. Si aggiunga la considerazione che le '*res inventae in litore maris*' appartengono al primo occupante come *res nullius*; l'esclusione dell'*operis novi nuntiatio* per le costruzioni fatte sul mare e sul lido, mentre è ammessa per le *res publicae* (Ulp. D. 39.1.1.18; cfr. § 17)⁹¹. D'altra parte nel caso di costruzione sul mare che rechi danno ad altri, compete solo in via utile l'interdetto '*ne quid in loco publico fiat*' (D. 43.8.2.8); e così in via utile si estende l'interdetto alla tutela della navigazione sul mare (D. 43.12.1.17).

In alcuni passi parrebbe a tutta prima che si richiedesse per la costruzione sul mare e sul lido un particolare permesso dell'autorità (Celso D. 43.8.3.1; Pomp. D. 41.1.50). Ora, questi passi sono interpolati; la finale di D. 43.8.3.1 non può riferirsi indifferentemente al lido ed al mare, di cui Celso aveva affermato una diversa condizione giuridica; D. 41.1.50 poi reca parecchi segni di rimaneggiamento e dev'essere stato ampiamente riassunto. Ma anche riferendoci al testo attuale, e cioè anche

⁸⁹) Il discorso di Nerazio rivela un certo disagio nella determinazione del concetto positivo. Cfr., non in tutto chiaro, MAROI, *op. cit.*, p. 166 ss.

⁹⁰) Sul confronto di questi due passi e sulla contaminazione avvenuta in D. 1.8.5, cfr. DI MARZO, *Le cose*, cit., p. 35 ss., su cui si veda *infra*, § 22.

⁹¹) Anche il Bonfante riconosce a questo argomento un certo valore.

per diritto giustiniano, non ci pare di poter scorgere qui l'affermazione del requisito della concessione per la liceità della costruzione. Aderiamo cioè alla interpretazione dell'Ubbelohde⁹², che il *decretum praetoris* si richiedesse solo in caso di impedimento di fatto opposto da altri, che ritenesse che l'opera fosse dannosa, e cioè per rimuovere tale impedimento⁹³. La finale *'nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito'* parla chiaramente in questo senso. Mentre d'altra parte l'*'immo etiam manu prohibendus est si cum incommo ceterorum id faciat'* completa il quadro delle sanzioni del limite che la costruzione non avvenga con danno della destinazione del lido e del mare all'uso comune. E D. 43.8.2.8, dopo aver detto che *'adversus eum qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit, ei cui forte haec res nocitura est'*, conclude: *'si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit'*.

Ma, se emerge chiaramente l'individuazione del regime del mare e del lido che giustifica da parte di taluni giureconsulti l'assunzione del concetto delle *'res communes omnium'*, esiste dall'altro lato una possibilità di intervento dello Stato e di riferimento a questo che giustifica l'oscillazione che abbiamo visto circa la formulazione di tale distinta categoria; e così troviamo spesso attribuita al lido, e talora anche al mare, la qualifica di *'res publica'*, anche ove se ne enuncia il particolare regime; troviamo in Celso affermata l'appartenenza del lido al popolo romano (il che deve importare un regime più restrittivo), contrapposta al carattere di *res communis* del mare; troviamo in Gaio una categoria unitaria di *res publicae* contrapposta alle *res privatae*.

Queste oscillazioni e divergenze dottrinali riflettono pure diversi aspetti che si incontravano sul terreno pratico. E particolarmente significativo è il fatto che accanto all'affermazione che ognuno può pescare nel mare (D. 1.8.4.pr., D. 47.10.13.7; D. 43.8.2.9), troviamo la menzione di concessioni di pesca, di *'conductiones piscatus'*, da parte dello Stato; vi accenna Ulpiano in D. 47.10.13.7, e particolarmente ci illumina su questo punto un'iscrizione scoperta in Frisia che parla di *'conductores piscatus'*⁹⁴.

Tocchiamo qui un punto di incrocio col concetto delle *'res publicae'* ma da un lato si tratta di un potenziamento dell'uso del mare, coll'appropriazione di singole porzioni, e dall'altro lato, dato il carattere di quello, si giustifica praticamente l'intervento amministrativo dello Stato per la sua signoria di imperio. Non ne resta distrutto il fondamento della concezione delle *res communes omnium* colle conseguenze normali che importa; e alla stregua di essa potremmo parlare qui col Ferrini di una semplice esazione di imposta. Ma certo abbiamo un'interferenza che giustifica appunto le oscillazioni della costruzione teorica, e le difficoltà della costruzione autonoma della categoria delle *res communes omnium*⁹⁵.

A maggiori dubbi ha dato luogo il riconoscimento del carattere di *res communis omnium* all'*aqua profluens*; e non è mancato qualche scrittore che ha voluto restringerne la portata, o sospettando che Marciano si riferisse solo all'acqua *de coelo* o *nubibus profluens* (Ossig)⁹⁶, o pensando che *res communis omnium* fosse solo l'acqua corrente dei corsi pubblici. Ma nessuna di queste limitazioni è plausibile.

Certo questa concezione dell'*aqua profluens* come *res communis omnium*, distinta dalla condizione giuridica del corso d'acqua a cui appartiene (fiume, rivo, fonte), non ha risonanza nella giurisprudenza. Non ne troviamo altra menzione; e d'altra parte il regime della servitù di *haustus* al fonte pri-

⁹² In C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XLIII-XLIV.3-4 (cur. V. POUCHAIN), 1905, p. 336 n. 10; nello stesso senso FERRINI, *Pandette*, cit., p. 264 [§ 215 = p. 206], DI MARZO, *Le cose*, cit., p. 26 ss., e G. GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici nel diritto romano. A proposito di uno studio di Emilio Albertario*, in «ATO», LXVI, 1931, p. 389 [= *Scritti*, cit., I, p. 21]. In senso contrario: BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 56 [= p. 67 s.].

⁹³ Potrà poi ammettersi che quando la costruzione fosse di una certa rilevanza solesse sollecitarsi un *decretum praetoris* per evitare di essere poi attaccati.

⁹⁴ Cfr. Th. MOMMSEN, *Sopra una iscrizione scoperta in Frisia. II. Nuovo esemplare dell'editto «De excusationibus» di Costantino*, in «BIDR.», II, 1889, p. 129 ss.

⁹⁵ Si rivela qui il nucleo sostanziale di verità della tesi di BIONDI, *La condizione giuridica del mare*, cit., p. 272 ss. [= p. 108 ss.], che però va oltre nel suo tentativo. Su questo punto cfr. anche DI MARZO, *Le cose*, cit., p. 25.

⁹⁶ A. OSSIG, *Römisches Wasserrecht*, Leipzig, 1898, p. 47 ss.

vato, mentre basta il semplice *iter* al fiume pubblico, è in contrasto con essa.

Non si può dire che una concezione dell'acqua corrente come *res communis* non potrebbe avere carattere giuridico e importare un particolare regime, ma si deve riconoscere che i Romani non ci danno questa costruzione, e neanche ce la dà il diritto giustiniano. Quindi per l'acqua corrente si può ammettere col Bonfante che Marciano si è lasciato trascinare da concezioni extragiuridiche, dalla considerazione di rapporti di socievolezza, che fanno dire che l'acqua, come il fuoco, non si nega a nessuno (cfr. Cic., *off.*, 1.16.51-52); dal fatto che l'acqua corrente, in continuo movimento, passa dall'uno all'altro e che d'acqua corrente ce n'è per tutti⁹⁷. E noi vediamo che negli altri passi in cui il mare è assimilato all'aria, non si fa cenno dell'*aqua profluens*.

Ora risulta chiaro il carattere di questa categoria delle *res communes omnium*. Noi ne troviamo, la enunciazione in Marciano, ma essa ha già salde radici nella particolare configurazione giuridica del mare e del lido, nella assimilazione del primo all'aria, che appunto troviamo svolta nella giurisprudenza. Si hanno in proposito molteplici oscillazioni, si ha tutta una gradazione di opinioni, che va dalla configurazione di una distinta categoria, colle oscillazioni circa le cose contenutevi, ad una particolare valutazione nell'ambito delle cose pubbliche, ad un più stretto assorbimento nelle cose pubbliche; ed anche in queste, come vedremo, esistono delle gradazioni.

Nella categoria enunciata da Marciano, diverso è poi il valore delle diverse *res* enunciate; un vero e proprio regime giuridico di *res* si ha per il mare e il lido del mare; l'aria è stata assunta per l'affermata equiparazione del mare; l'acqua corrente esprime piuttosto un equivoco.

Circa la sanzione della destinazione all'uso comune del mare e del lido, abbiamo già ricordato l'estensione utile di interdetti e il '*manu prohiberi*' che affiora ancora in Pomponio D. 41.1.50. La sanzione più generale dell'uso del mare e del lido è l'*actio iniuriarum*, che come vedremo ricorre anche per l'uso delle *res publicae*; chi impedisce ad un altro di usare del mare o del lido, di navigare, di pescare, è passibile dell'*actio iniuriarum*, in quanto ciò si intende come una *iniuria* (cfr. D. 47.10.13.7; D. 43.8.2.9).

19. Si è anche discusso se l'elenco delle *res communes omnium* dato da Marciano e nel passo corrispondente delle Istituzioni giustiniane sia tassativo, oppure esistano altre *res communes omnium*. Il Noodt⁹⁸ per esempio volle includere in questo gruppo i fiumi; abbiamo visto come questa opinione trovi riscontro in quella recentemente formulata dal Bonfante, per cui Marciano non avrebbe conosciuto la categoria delle *res publicae*, ma avrebbe chiamato *res communes* quelle che per gli altri giureconsulti erano *res publicae iuris gentium*, nelle quali entravano appunto i fiumi. Abbiamo però già manifestato il nostro dissenso da questa tesi. I giureconsulti che bipartivano le *res humani iuris* in *publicae* e *privatae* comprendevano nelle prime, e precisamente in quelle che chiamavano *publicae iuris gentium*, il mare ed il lido del mare come i fiumi; Marciano invece, e gli altri che conoscevano la categoria delle *res communes omnium* ne tenevano distinti i fiumi, che sempre erano detti pubblici.

Si è da alcuni proposto di includere nelle *res communes omnium* lo spazio e il sottosuolo. Senonché lo spazio (in quanto possa considerarsi *res*, il che è disputato)⁹⁹ e il sottosuolo appartengono al proprietario del suolo. E' disputato quale sia il limite di questo diritto, se esso cioè si estenda fino a dove è possibile ogni sfruttamento economico (al di là del quale non si può parlare di *res*) oppure se sia più ristretto, onde si possa concepire una porzione, umanamente accessibile, che non sarebbe oggetto del diritto del proprietario del suolo e che si potrebbe concepire come *res communis omnium*¹⁰⁰; un'adeguata trattazione del problema trova la sua sede nel tema dell'oggetto della proprietà;

⁹⁷) Per la citazione di fonti letterarie, cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 131.

⁹⁸) Si veda *infra*, nt. 140.

⁹⁹) Cfr. per la questione sul carattere del diritto sullo spazio, e per la letteratura: BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 219 ss. [= p. 260 s.]; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà, gli altri diritti reali e il possesso. IIIª parte. Anno accademico 1929-1930*, Torino, 1930, p. 89 ss.; MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, cit., *passim*.

¹⁰⁰) Per le varie opinioni cfr. anche, oltre i citati nella nota precedente, SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 66 ss.

qui ci basta rilevare come un'inclusione dello spazio o del sottosuolo nelle *res communes omnium* esuli dai concetti romani, e non se ne trovi accenno nelle fonti.

20. Veniamo ora al secondo termine della enumerazione di Marciano, quale è conservata nelle Istituzioni giustiniane, le *res publicae*. Abbiamo visto come Gaio bipartisca le *res humani iuris in publicae e privatae*, dicendo delle prime che *'nullius videntur in bonis esse, ipsius enim universitatis esse creduntur'*; come invece Marciano contrapponga alle *res singulorum*, oltre le *res communes omnium*, anche le *res universitatis*. Parrebbe dunque potersi concludere che il concetto di *'res publica'* in Gaio sia per due aspetti più ampio di quello di Marciano, sia cioè per le *res communes omnium*, in quanto secondo Gaio mare e lido sarebbero pubblici¹⁰¹, sia nei riguardi delle *res universitatis* (che comprendono i beni della città).

Questa conclusione può però lasciar luogo a qualche dubbio, e richiede almeno qualche chiarimento. *'Res publica'*, che secondo la sua etimologia significa *'res populi'*, indica propriamente le *res populi Romani*. Il termine fu però applicato anche a designare le cose delle colonie e dei municipi; anzitutto era naturale l'estensione della qualifica di «pubbliche» alle cose delle città romane (*municipia e coloniae civium Romanorum*), in quanto i membri di queste comunità facevan parte del *populus Romanus* e solo si potrebbe osservare che tali cose non appartenevano all'intero *populus Romanus*, ma ad una parte. Ma tale qualifica la troviamo anche applicata alle cose delle città latine e peregrine, libere e federate; qui il vocabolo *'publicus'* viene con riferimento alla totalità degli appartenenti alla *civitas*. Sia per l'uno che per l'altro riferimento basta citare la *lex Tarentina* (a. 89-62 a.C.), la *lex coloniae Genetivae Iuliae* (a. 44 a.C.), la *lex Antonia de Thermessibus* (a. 71 a.C.), la *sententia Minuciorum* (a. 117 a.C.), la *tabula Heraclensis* (a. 45 a.C.). Invece nelle posteriori *lex Salpensana* e *lex Malacitana*, dell'epoca dei Flavii (a. 81, 84 d.C.), troviamo la locuzione *'communia'* e *'res communes'*, mentre è evitato il termine di *'publicus'*. Che ciò sia dovuto ad un cosciente mutamento e precisazione dell'uso di questo termine¹⁰², non si può però dire. Comunque, noi abbiamo nella giurisprudenza testimonianze dell'uso promiscuo di *'publicus'*; d'altra parte i giureconsulti non mancano però di rilevare che tale uso è abusivo. In un passo di Gaio, D. 50.16.16, troviamo detto: *'nam 'publica' appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur'*; ed in Ulpiano D. 50.16.15: *'bona civitatis abusive 'publica' dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt'*.

L'affermazione contenuta in D. 50.16.16 potrebbe quindi far pensare che nel distinguere le *res humani iuris in publicae e privatae* Gaio includesse le *res* delle *civitates* nelle seconde anziché nelle prime. A tale conclusione si oppone però il fatto che Gaio definisce genericamente le *res publicae* come tali che *'ipsius universitatis esse creduntur'*, e delle *privatae* dice che *'singulorum hominum sunt'*; l'affermazione del fr. 16 sembra aver un riferimento limitato (*'in compluribus causis'*), ed inoltre Gaio parlerebbe di *res publicae civitatum* in D. 41.3.9. E' vero che sia dell' *'in compluribus causis'* del fr. 16, come del *'civitatum'* del fr. 9 è stata sospettata l'interpolazione¹⁰³. Ma, comunque sia di ciò, certo si è che l'appellativo di «pubbliche» alle cose delle *civitates*, sia pur abusivo, è corrente nel linguaggio legislativo e nella giurisprudenza.

21. Le cose pubbliche, sia in senso più ristretto, cioè come *res populi Romani*, sia in senso più lato, comprendente le *res civitatum*, si distinguono in due categorie, e cioè da una parte quelle destinate all'uso pubblico, dall'altra parte quelle i cui proventi servono a sostenere gli oneri dello Stato o della *civitas*¹⁰⁴. I Romani chiamano «pubbliche» tanto le une che le altre; chiamano cioè «pubblici» tanto i

¹⁰¹ Si veda *supra*, § 19.

¹⁰² Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 89 [= p. 104 s.].

¹⁰³ F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales*, in «Studi senesi», XXV, 1908, p. 234 nt. 2 [= *Studi giuridici*, cit., II, p. 5 nt. 2] (cfr però ID., *Premesse storiche*, cit., p. 8 nt. 3 [= *ivi*, p. 19 nt. 3]); cfr. da ultimo e per tutti, su D. 41.3.9, PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 665 nt. 1.

¹⁰⁴ La distinzione corrisponde alla nostra fra beni demaniali dello Stato, o di uso pubblico degli enti pubblici minori, e quelli patrimoniali dello Stato o degli enti pubblici minori.

fiumi, le vie pubbliche, i porti etc. della prima categoria, quanto le terre, i pascoli, le saline, le miniere, gli schiavi, il denaro del popolo romano e delle città (*ager publicus*, servi pubblici etc.), che appartengono alla seconda categoria; '*publicum*' è il *vectigal*, l'«imposta», '*publicani*' gli appaltatori delle imposte. Però appare dalle fonti la distinzione fra le due categorie, ed i Romani sanno designarle diversamente quando occorra: '*publicae quae non in pecunia populi sed in publico usu habentur*' (Pomp. D. 18.1.6.pr.); '*res non in usu publico sed in patrimonio fisci*' (Pap. D. 18.1.72.1); '*quae publicis usibus destinatae sunt*' (Ulp. D. 50.16.17.pr.); '*quae in patrimonio sunt populi*' (Ner. D. 41.1.14.pr.); '*publica quae usibus populi perpetuo exposita sit*' (*Iust. inst.* 3.19.2); '*loca publica privatorum usibus deserviunt iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque*' (D. 43.8.2.2).

E la distinzione si ripete per le cose delle città; anche queste sono patrimoniali o *publico usui destinatae*.

Parrebbe di poter vedere *ab antiquo* rispecchiata la distinzione, anche nell'amministrazione e nella competenza dei magistrati, in quanto il tesoro dello Stato era nell'epoca repubblicana costituito dall'*aerarium*, amministrato dai questori, mentre la manutenzione e vigilanza delle cose destinate all'uso pubblico (fiumi, porti, strade, acquedotti) era affidata ai censori. Senonché al censore spettava anche l'amministrazione dell'*ager publicus*, del patrimonio immobiliare dello Stato.

Nell'epoca imperiale, accanto all'*aerarium populi Romani*, si pose il *fiscus*, la cassa imperiale, che a poco a poco assorbì i proventi dell'erario, riducendo questo ad una semplice cassa municipale. I beni del fisco si dicevano '*res fiscales*', e in virtù del progressivo assorbimento delle *res in patrimonio populi* nella sfera del fisco, la distinzione fra '*res in pecunia populi*' e '*res in usu publico*' tendeva a spostarsi in quella tra '*res in patrimonio fisci*' e '*res in usu publico*' (cfr. D. 18.1.72.1, forse interpolato; D. 43.8.2.3-5). Questo sviluppo portava sempre più ad una netta separazione fra le cose destinate all'uso pubblico e le cose patrimoniali.

In questo senso il Vassalli, in uno studio sul rapporto tra le *res publicae* e le *res fiscales*¹⁰⁵, ha sostenuto che il concetto delle '*res publicae*' ha compiuto un'evoluzione; originariamente si chiamavano '*res publicae*' sia le cose *in pecunia populi* come quelle *in publico usu*, tutte concepite come appartenenti al *populus Romanus*. Senonché, quando all'epoca dei Severi tutto quanto interessava la finanza pubblica era stato assorbito nel fisco, allora l'espressione '*res publicae*' sarebbe rimasta solo per le cose destinate all'uso pubblico; l'aggettivo «pubblico», riferito alle cose, avrebbe acquistato allora un contenuto obiettivo, dato dallo scopo e dal regime, anziché dalla subbiettiva referenza. Per questo si sarebbero dette «pubbliche» anche cose che non erano del popolo, ma anche di altri pubblici, corpi, o anche di privati, purché destinate ad uso pubblico (così per esempio le *ripae fluminis*). D'altra parte poi il concetto dell'appartenenza al popolo per le cose pubbliche si sarebbe reso evanescente, in quanto a tale rapporto si rese estraneo ogni contenuto patrimoniale, poiché il *populus* non fu più soggetto di diritti patrimoniali, ed allora le cose in pubblico uso che prima si consideravano del popolo romano sarebbero divenute vere e proprie *res nullius*.

Questa tesi ha un fondo di vero, ma non può essere accolta nella sua assolutezza. Essa, quanto al significato di '*publicus*', coglie bene una tendenza, soprattutto accentuata nel diritto giustiniano (e certo non priva di valore in questo senso è la citazione di D. 43.8.2.2 ss. di Ulpiano, dell'esemplificazione delle *res publicae* data in Marciano, di D. 18.1.72.1 di Papiniano, di *Iust. inst.* 2.1.39); però una limitazione assoluta e sistematica dell'appellativo di «pubblico» alle cose destinate al pubblico uso non si trova mai neppure nel diritto giustiniano¹⁰⁶. Osserva infatti il Bonfante¹⁰⁷ come anche nell'epoca dei Severi, e anche nel diritto giustiniano, l'aggettivo '*publicus*' sia riferito anche alle cose

¹⁰⁵ *Sul rapporto*, cit., p. 232 ss. [= p. 3 ss.] L'autore ha ribadito i suoi concetti nello studio: *Premesse storiche alla interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, cit., p. 5 ss. *estr.* [= p. 15 ss.].

¹⁰⁶ D'altra parte abbiamo visto anche come, di fronte all'uso promiscuo di «pubblico», possa accadere che talvolta l'aggettivo sia riferito soltanto ad un gruppo di cose pubbliche; e come talvolta, lo si è visto, per riferimenti particolari, viene solo per le cose patrimoniali (ed è Ulpiano che lo usa), talaltra è usato solo per le cose d'uso pubblico.

¹⁰⁷ *Corso*, II.1, cit., p. 68 ss. [= p. 82 s.].

patrimoniali, a tutta l'azienda fiscale e patrimoniale.

Varie repliche si possono poi opporre all'affermazione di uno sviluppo, compiutosi in epoca avanzata, nel senso di un distacco delle *res publicae* dal soggetto, cioè dal *populus Romanus*, che avrebbe portato a qualificare le *res publicae* come 'nullius'. Già abbiamo detto che non possiamo aderire alla congettura che Marciano nel suo elenco non facesse menzione delle *res publicae* perché le includesse nelle *res nullius*: *res nullius* erano, nella determinazione che egli ci dà, le *res divini iuris*. L'affermazione che le '*res publicae nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur*' si trova in Gaio; essa serve a commisurare la distinzione delle *res divini iuris* e *humani iuris* alla stregua di quella delle *res in nostro patrimonio* ed *extra nostrum patrimonium*, che vi è sovrapposta. Ha riferimento ai rapporti patrimoniali privati, e, come ben rileva il Bonfante, vi emerge appunto il pensiero antico che vede la collettività non l'unità, e non assurge alla personificazione di un soggetto fittizio¹⁰⁸. E' vero che la più antica antitesi fra *res divini iuris* e *humani iuris*, che Gaio trova nel suo modello, dà risalto all'elemento comune dell' '*humanum ius*' a cui le cose *divini iuris* sono sottratte; è pur vero che nella sovrapposizione della distinzione fra *res in nostro patrimonio* e *res extra nostrum patrimonium* Gaio come esempio immediato di *res* che sia '*nullius in bonis humani iuris*' presenta le '*res hereditariae antequam aliquis heres existat*'. Risulta pur sempre chiaro il valore dell'applicazione anche alle *res publicae*, in cui l'appartenenza alla collettività dei cittadini significa rispetto al patrimonio dei singoli un '*nullius esse*'. Ed è stato notato che in D. 43.1.1, di Ulpiano, le *res publicae* sono invece annoverate fra quelle '*quae sunt alicuius*'; sia questa affermazione classica, sia essa giustiniana, essa rivelerebbe un'accentuazione, anziché un'attenuazione dell'appartenenza delle *res publicae* al soggetto, cioè allo Stato. E giova pure insistere sul fatto che proprio nella sistematica più avanzata, marciano-giustiniana, qualifica specifica di '*res nullius*' è data alle *res divini iuris* in antitesi anche a quelle pubbliche.

Nonostante le osservazioni fatte, certo è evidente il risalto che assume la categoria delle *res in publico usu*; né è privo di significato il fatto che appunto queste cose vengono talora considerate pubbliche per eccellenza, e che gli esempi di *res publicae* dati da Marciano e dai giustiniani dopo l'enunciazione della classificazione sono di *res publico usui destinatae*¹⁰⁹. E proprio per queste il concetto di appartenenza allo Stato (o ad una *civitas*) viene ad avere una portata un po' incerta. Se d'altra parte talora anche le *ripae fluminis*, che sono in proprietà privata, sottoposte ad uso pubblico, sono dette pubbliche, ciò rivela una oscillazione del termine nel senso della prevalenza della destinazione all'uso pubblico. Ma tutto ciò si presenta come oscillazione fra i vari aspetti di una realtà giuridica complessa e in movimento; il torto di Vassalli è stato quello di volerne desumere un'evoluzione lineare di schemi precisi.

Dal punto di vista poi della patrimonialità ed extrapatrimonialità, la distinzione tra *res in publico usu* e *res in pecunia populi* è ben rilevante. Lasciando da parte le *ripae fluminis*, di cui è pubblico solo l'uso agli scopi dell'uso del fiume, la esclusione dei rapporti patrimoniali privati interessa le cose pubbliche in pubblico uso; per le cose del patrimonio dello Stato, o di una *civitas*, la proprietà di questi non differisce sostanzialmente nel suo contenuto economico da quella dei privati, ed esse sono oggetto di sfruttamento e di scambio, e possono anche passare al patrimonio dei singoli, salvo limitazioni di norme speciali di pubblica amministrazione; ciò che le contraddistingue è precisamente la visuale dell'ente a cui attualmente appartengono e del particolare carattere dei rapporti in cui tale ente interviene. E per la visuale dell' '*esse in commercio*', con riferimento concreto alla vendita, Pomp. D. 18.1.6.pr. stabilisce chiaramente l'antitesi (cfr. Pap. D. 18.1.72.1). Si pensi poi alle varie forme di godimento dell'*ager publicus*; e si consideri ancora la particolare posizione del suolo provinciale, di cui Gaio (*inst.* 2.7) dice che '*dominium populi Romani est vel Caesaris*', che di esso noi '*possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*'; in seguito (*inst.* 2.31) parla poi per esso della costituzione

¹⁰⁸ Cfr. del resto già VASSALLI, *Premesse storiche*, cit., p. 6 [= p. 15], e O. GIERKE [*Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868-1913, III, rist. Graz, 1954, p. 54], ivi citato.

¹⁰⁹ Per le *res universitatis* Marciano però parla anche, sia pure distintamente, dei *servi* (D. 1.8.6.1); l'accento è tagliato in *Inst. inst.* 2.1.6.

di altri diritti reali. Pur appartenendo al popolo Romano od all'Imperatore, esso per altro aspetto rientra, e attualmente, nel patrimonio dei privati attraverso una specie di proprietà.

E d'altra parte si è dibattuto (anche indipendentemente dallo sviluppo tratteggiato dal Vassalli) se il rapporto fra lo Stato (più precisamente il popolo Romano), o rispettivamente la *civitas*, e le cose in pubblico uso potesse qualificarsi come proprietà, oppure solo come rapporto di vigilanza e sovranità. Nel concetto antico, che faceva maggiormente emergere la collettività nell'*universitas*, l'appartenenza a questa, in senso positivo, poteva essere intesa in modo più concreto; collo sviluppo della persona giuridica, coll'accentuarsi dell'elemento della destinazione all'uso pubblico, il rapporto di appartenenza deve essersi reso più evanescente. Certo si sarebbe tentati di dare un significato più pregnante al '*nullius esse*' applicato alle *res publicae*.

Ma anche qui noi andiamo incontro all'incertezza ed all'ibridismo del modo in cui Gaio inquadra la distinzione tra *res publicae* e *privatae* in quella tra *res in nostro patrimonio* ed *extra nostrum patrimonium*. Punto di partenza è il semplice riferimento originario di queste espressioni all'attuale appartenenza, e questo criterio dell'appartenenza sta a base della determinazione delle *res publicae*. Ed opera qui anche la visione che i Romani hanno della particolare distinzione dei rapporti in cui entra lo Stato, qualificati come pubblici¹¹⁰; mentre l' '*esse in nostro patrimonio*' o '*extra nostrum patrimonium*' ha riguardo al patrimonio dei privati¹¹¹. E d'altra parte troviamo chiaramente affermato il concetto dell'appartenenza anche delle cose in pubblico uso all'ente pubblico; l'affermazione di Celso D. 43.8.3.pr. mostra di distinguere tale appartenenza dalla sovranità; e anche Marciano (D. 1.8.6.1) parla di '*universitatis esse*' per i '*theatra, stadia et similia*', e ricorda parallelamente il *servus civitatis*.

E' stato poi ancora rilevato che tra le due categorie di beni pubblici non esiste una separazione assoluta; da un lato si ricordano le limitazioni che colpiscono anche i beni fiscali, dall'altro lato in via eventuale e accidentale può prospettarsi uno sfruttamento economico in rapporto a beni di uso pubblico, così che il passaggio dall'una all'altra categoria può apparire facile¹¹², ed altamente significativo è D. 43.8.1.17.

La visione delle categorie generali, per diritto romano, non deve mai prescindere dalla concretezza storica e giuridica delle singole figure. In questo campo bisogna soprattutto tener conto dei diversi punti di vista, del vario modo in cui essi si intrecciano e si evolvono, che rende la materia complessa e oscillante. In ogni modo risulta da quanto abbiamo detto come la distinzione fra *res in publico usu* e *res in pecunia populi* sia stata sentita chiaramente dai Romani, e come appunto le prime abbiano rispetto alla distinzione delle cose che noi studiamo una spiccata individualità. Noi dobbiamo dunque ora esaminare le singole *res in publico usu*, seguendo i concetti nella loro concretezza storica e giuridica.

22. Esistono delle *res in publico usu* che nelle fonti sono dette «pubbliche» '*iuris gentium*' o '*iure gentium*'; tali sono detti cioè i fiumi pubblici, come l'uso delle loro rive; e, da parte di giureconsulti che non conoscono la categoria distinta delle *res communes omnium*, vi si comprendono anche mare e lido (cfr. Gai. 2 *rer. cott.*, D. 1.8.5.pr. = *Iust. inst.* 2.1.4 (cfr. § 5)¹¹³; D. 41.1.7.5; Pap. 10 *resp.*, D. 41.3.45.pr.).

¹¹⁰) Si veda da ultimo B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938, p. 558 ss.

¹¹¹) Abbiamo visto come la sovrapposizione gaiana abbia influito sul significato dell' '*esse in nostro patrimonio*', tendendo a interpretarlo nel senso della suscettibilità. Potrebbe quindi prospettarsi la congettura che essa per altro verso avesse influito anche sul significato delle *res publicae* facendovi comprendere solo le *res in publico usu*. Si potrebbe addurre il '*creduntur*' che usa Gaio [*inst.* 2.11] per affermare l'appartenenza all'*universitas*; ma questo, come abbiamo visto, trova già un'altra spiegazione. Piuttosto può qui rilevarsi la incertezza della posizione del suolo provinciale, di fronte a ciò che Gaio ne dice in *inst.* 2.7 e 2.31. Ma di fronte alla concretezza dei singoli termini è difficile definire esattamente gli schemi generali. Abbastanza chiaro è il punto di partenza delle varie distinzioni, ma inorganica è la sovrapposizione e lo sviluppo; ne nasce dunque alquanto incertezza.

¹¹²) Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 70 [= p. 83 s.]. E talora anche il riferimento appare incerto come per esempio in Nerat. D. 41.1.14.pr.

¹¹³) Dal confronto di *Iust. inst.* 2.1.4 e 5 con D. 1.8.5.pr. risulta che quelli sono desunti dalle *res cottidianae* di Gaio e riproducono il testo originario con maggiore fedeltà del Digesto (cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di*

Noi abbiamo detto come non crediamo di poter accogliere la congettura del Bonfante che le *res communes omnium* di Marciano corrispondessero a quelle che sono le *res publicae iuris gentium* degli altri giureconsulti; Marciano considera i fiumi e i porti come *res publicae* distinte dalle *res communes omnium*. Ma d'altra parte Marciano non sembra far distinzioni nell'ambito delle *res publicae* destinate al pubblico uso. La qualifica di '*res publicae iuris gentium*' non è dunque messa in risalto da tutti i giureconsulti, e, sebbene non manchino spunti per una distinzione sulla base di essa anche in contrapposto alle *res communes omnium* (cfr. la distinzione '*natura*', '*gentium ius*', '*mores civitatis*' in Paul. D. 18.1.34.1), essa sembra essere particolarmente accentuata da quei giureconsulti che non conoscono la categoria distinta delle *res communes omnium*, e che vi includono parallelamente mare e lido e fiume e ripe (cioè l'uso delle ripe).

Le notate incertezze di sistemazione, la inclusione nelle *res publicae iuris gentium* del mare e del lido del mare, accanto ai fiumi, sia pure col rilievo del particolare carattere di quelli, potrebbe poi anche riflettere qualche oscillazione e incertezza nella determinazione della condizione giuridica e del regime dei fiumi. Vedremo come il criterio di pubblicità appaia elaborato da un lavoro dalla giurisprudenza; qualche incertezza riguardo al regime del fiume pubblico risulterebbe pure da documenti epigrafici e dalle testimonianze dei gromatici. Noi daremo qui il quadro che risulta dalla elaborazione della giurisprudenza classica.

Il fondamento della distinzione delle *res publicae iuris gentium* sta soprattutto nel criterio di pubblicità, che per esse è riposto nella loro conformazione naturale ed economica, mentre per le altre *res* è dato da un titolo e da una particolare destinazione allo scopo a cui servono. Ben è stato osservato che però non esistono cose che siano già pubbliche per la loro stessa natura; la pubblicità deriva sempre dall'ordinamento giuridico, onde si presenta come equivoca la distinzione che fanno i moderni tra demanio naturale o necessario e demanio accidentale o arbitrario ¹¹⁴.

23. Per i fiumi (che sono detti «pubblici *iuris gentium*») troviamo enunciato nella giurisprudenza classica un criterio di pubblicità desunto dalla natura fisica e dalla valutazione sociale.

Una definizione del fiume pubblico ci è data da Ulpiano (68 *ad ed.*) in D. 43.12.1.1-3:

§ 1: Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium.

§ 2: Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. perenne est quod semper fluat, ἀένναος, τωρrens ὀκειμῶρρος: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est.

§ 3: Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.

Distinti i fiumi dai *rivi*, in base alla grandezza ed alla comune opinione degli abitanti dei dintorni, Ulpiano divide a sua volta i *flumina* in *perennia* e *torrentia*. Secondo l'opinione di Cassio, approvata da Celso, ed a cui Ulpiano aderisce, sia pure rivelando qualche esitazione (*videtur esse probabilis*), sono pubblici i fiumi perenni.

La determinazione di questo criterio appare dunque opera di un'elaborazione giurisprudenziale progressiva, non scevra di incertezza. C'è ragione di ritenere che in antico, nel regime dell'*ager limitatus*, il criterio decisivo fosse quello del titolo, che però doveva rispondere ad una normale esclusione.

Giustiniano, in «BIDR.», XIII, 1900, p. 144 = *Opere*, Milano, 1929-1930, II, p. 354; DI MARZO, *Le cose*, cit., p. 35 s.). Ben osserva il Ferrini come questi due paragrafi siano male inseriti nel testo delle Istituzioni che segue la partizione marcianea, mentre Gaio non conosce le *res communes* come categoria autonoma, ma include mare e lido nelle *res publicae*. Che vi fosse divergenza tra istituzioni, e *res cottidianae* di Gaio, come pensa Di Marzo, non crediamo; se anche l'affermazione che l'uso è pubblico non può dirsi decisiva l'equiparazione del mare e del lido ai fiumi e alle ripe è un buon argomento in senso contrario. La commistione fatta dai giustinianeî fra testi di Marciano e di Gaio spiega poi a nostro avviso l'interpolazione di '*quia non sunt iuris gentium sicut et mare*' in *Inst. inst.* 2.1.4 e in D. 1.8.4.pr. Marciano seguiva altri concetti.

¹¹⁴) BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 70 [= p. 83 s.].

sione dei fiumi notevoli dall'assegnazione ai privati. E così per altro verso possono giustificarsi altre oscillazioni e incertezze nel regime del fiume, che potrebbero talora adombrare un maggiore avvicendamento al mare, come avviene nella configurazione di una categoria di *res publicae iuris gentium*.

La parola '*flumen*' ha nell'uso degli scrittori latini un significato oscillante; talvolta infatti la troviamo limitata ai corsi d'acqua perenni (per esempio da Seneca e in quei passi delle fonti giuridiche in cui '*torrens*' è usato come sostantivo opposto a '*flumen*'), talaltra indica invece «fiumi» e «torrenti» (cfr. Fest., sv. '*torrens*' [L.² p. 443] e, così, numerosi passi delle fonti giuridiche, tra cui quello citato di Ulpiano). Questo vario uso rivela il carattere meramente formale della divergenza tra D. 1.8.4.1 (Marcian. 3 *inst.*) ed il corrispondente *Iust. inst.* 2.1.2, che diede molto da fare agli studiosi.

(Marcian.) Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.

(Iust.) Flumina autem omnia et portus publica sunt.

I due passi derivano certamente dalla stessa opera, quindi uno dei due è interpolato. Non staremo qui a vagliare le varie conciliazioni ed ipotesi che furono proposte. Noteremo solo come le testimonianze delle fonti tendano a far credere che non tutti i fiumi per i Romani fossero pubblici; i passi dei gromatici dicono come nelle assegnazioni coloniali siano stati compresi talora anche dei fiumi non mediocri ¹¹⁵ (e il criterio originario di pubblicità anche per i fiumi, l'abbiamo detto, deve essere stato qui quello del titolo, in quanto quello desunto dalla configurazione naturale ci è presentato come frutto di ulteriore determinazione); d'altra parte abbiamo numerose testimonianze delle fonti giuridiche, tra le quali ricorderemo ancora le dichiarazioni relative ai fiumi pubblici, in contrapposto a quelli privati (D. 43.12.1.4, 6, 7, 10, 11, e *rubr.* D. 43.12, 13 e 14). Tutto induce quindi a credere che Marciano dicesse '*paene omnia*', mentre i giustinianeî nelle Istituzioni dicono '*omnia*'. Però, se anche non si vuol pensare ad una caduta accidentale della parola, la spiegazione si può facilmente desumere dal vario uso della parola '*flumen*'; Marciano la intendeva in senso lato, i compilatori delle Istituzioni invece in senso più ristretto ¹¹⁶.

¹¹⁵ Ce lo afferma Front. *de contr. agr.*, ed. Lachmann, p. 51,3-52,13 (cfr. Sic. Flacc., *cond. agr.*, p. 157,18-158,7). Talora invece si eccettuava dall'assegnazione il fiume, che restava pubblico; talora, anzi, si aggiungevano al fiume porzioni del terreno circostante, cioè tutti gli spezzati dei quadrati in cui passava, perché riuscissero regolati i quadrati o rettangoli assegnati; tali porzioni escluse dall'assegnazione formavano *subseciva*; essi furono a poco a poco usurpati dai privati. I fiumi ed i *subseciva* esclusi dall'assegnazione erano pubblici; quando invece il fiume veniva compreso nel terreno assegnato, il che doveva rappresentare il caso più raro, esso era privato. Normalmente i fiumi compresi nei lotti saranno stati torrenti (in questo senso si veda COSTA, *Le acque nel diritto romano*, cit., p. 8 nt. 1 e p. 76 s., che vi vuol riferire l'accenno ai '*flumina non mediocria*' di Frontino); se però l'espressione '*flumina non mediocria*' di Frontino vuole alludere a veri fiumi, se ne deve argomentare, come abbiamo detto, che nel regime della *limitatio*, e precisamente in antico quando questo era prevalente, anche per i fiumi unico criterio decisivo era quello del titolo (cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 73 e 75 [= p. 86 s. e 89]). Da alcuni si è avanzata la congettura che, pur essendo compresi nei lotti, i fiumi potessero essere pubblici (cfr. B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Verona-Padova, 1897 [rist. Roma, 1968], p. 393 ss.; si veda ora ID., *Fiumi compresi nei lotti dei coloni romani*, in «Studi Bonfante», cit., I, p. 363 ss.); il VASSALLI poi (*Premesse storiche*, cit., p. 6 s. [= p. 13 s.]) ne vorrebbe trarre argomento a favore della sua nota tesi, in quanto la definizione ulpiana del '*flumen publicum*' (di cui egli nega la derivazione da Cassio) avrebbe solo riguardo alla generale utilizzazione delle acque e non all'appartenenza. Non riteniamo di poter aderire a questa tesi, che già abbiamo criticato da un punto di vista più generale. Anzitutto non si può pensare che Ulpiano abbia travisato il pensiero di Cassio e Celso; nulla prova l'impossibilità che già Cassio affermasse il principio che i fiumi perenni fossero pubblici; nelle assegnazioni coloniali, come si è detto, e lo ammette lo stesso Vassalli, di regola si sarà rispettato questo criterio, il quale si deve essere così affermato come generale.

¹¹⁶ Cfr. per tutti, in questo senso BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 72 ss. [= p. 85 ss.]. Non ci sembra possibile pensare, come sospetta il COSTA (*Le acque*, cit., p. 8 nt. 2), che, mentre Marciano escludeva dalla cerchia dei *flumina publica* i corsi non perenni «i redattori delle Istituzioni pronunziassero la pubblicità anche di questi, in riguardo ai tratti del loro corso che durante l'Impero si era tentato di fissare sopra stabili sedi mediante opere artificiali, in corrispondenza dei ponti eretti sulle grandi vie». Non crediamo che i giustinianeî abbiano voluto superare in forma generale il requisito della perennità, che, come abbiamo visto, è ancora posto dalle fonti, onde preferiamo attenerci alla spiegazione data nel testo. Il criterio naturale perché i fiumi siano, di diritto, pubblico resta quello della perennità; naturalmente ciò non significa, come diremo nel testo, che anche nel diritto classico non ci fossero torrenti

Il criterio naturale, per cui i fiumi sono di diritto pubblico, consiste dunque, secondo l'affermazione di Cassio, approvata da Celso e da Ulpiano, nella perennità¹¹⁷.

Da alcuni si è voluto ritenere insufficiente tale requisito e porre anche quello della navigabilità: basta però scorrere le fonti relative per vedere senz'altro che la navigabilità non è richiesta (Ulp. 68 *ad ed.*, D. 43.12.1.12: '... *hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet*'; D. 43.13.1.2: '*pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt sive non sunt*').

Se però soltanto i fiumi perenni sono pubblici in base ad un criterio naturale, ciò non significa che tutti i torrenti siano privati, in quanto il loro carattere pubblico può risultare, come per ogni luogo pubblico, dal titolo legittimo o dalla *vetustas*, cioè dal tempo immemorabile per cui furono considerati pubblici. Se però da nessuno di questi criteri risulta che esso sia pubblico, il torrente è privato ed è trattato come ogni altro luogo privato; '*nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum*', dice Ulpiano (D. 43.12.1.4); il regime particolare si limita ai fiumi pubblici¹¹⁸.

24. Alcune determinazioni in rapporto ai fiumi pubblici, esaminati nei loro elementi.

Quanto alla corrente, abbiamo visto come essa, cioè l'*aqua profluens*, in sé considerata, sia da Marciano considerata come *res communis omnium*, ed allora essa sarebbe tale prescindendo dalla natura pubblica o privata del corso d'acqua cui appartiene. Abbiamo però visto come questa considerazione dell'*aqua profluens* come distinta dal corso di cui fa parte, e la sua inclusione nelle *res communes omnium* enunciata da Marciano sulla scorta degli scrittori non giuridici, non debba aver avuto nella giurisprudenza seguito ed applicazione.

Riguardo alla condizione giuridica dell'alveo del fiume pubblico si è dibattuta fra gli interpreti del diritto romano una questione, ritenendosi da alcuni che negli *agri arcifinii* esso appartenesse ai proprietari rivieraschi, da altri che fosse pubblico. La prima opinione si fonderebbe sul regime dell'alveo abbandonato nei riguardi degli *agri arcifinii*: quando il fiume abbandona il letto e se ne forma un altro, secondo la regola che si è affermata nel diritto romano, l'antico letto spetta ai proprietari dei fondi rivieraschi fino alla mediana del fiume¹¹⁹; si vorrebbe da ciò argomentare che il letto appartiene potenzialmente ai proprietari dei fondi rivieraschi. Senonché, fu giustamente osservato¹²⁰ che a questa concezione non si adatta il regime delle alluvioni; se il fiume si sposta lentamente, il proprietario di una sponda acquista fino alla corrente, e il proprietario dell'altra perde; e se poi il fiume abbandona il suo letto, l'alveo derelitto appartiene ai proprietari rivieraschi secondo la mediana attuale del fiume, non secondo quella antica. Ciò significa che non si può parlare di una proprietà potenziale sul letto del fiume, ma che il letto diventa privato, e su di esso si espandono le proprietà dei rivieraschi, solo quando perda il carattere di letto del fiume pubblico. Del resto se il fiume si forma un nuovo letto e poi lo abbandona, nel diritto classico questo nuovo letto abbandonato segue la normale sorte dell'alveo abbandonato, appartiene ai rivieraschi, non ritorna al vecchio pro-

pubblici (cioè per legittimo titolo).

¹¹⁷ Cfr. Paul. D. 43.12.3.pr., dove però si dovrebbe inserire, colla «Vulgata», '*semper*' fra '*quae*' e '*fluunt*'.

¹¹⁸ VASSALLI, *Premesse storiche*, cit., p. 13 ss. [= p. 19 ss., specie p. 34 ss.], in relazione alla sua nota tesi, vuol negare che nel concetto di Ulpiano esista un'antitesi piena e perfetta tra fiumi pubblici e privati, in quanto il termine «privato» conserva il suo significato di «appartenente ai privati», mentre il termine «pubblico» avrebbe acquistato quello di «destinato all'uso pubblico». Ai fiumi privati, che potrebbero anche essere perenni, non si applicherebbe il regime degli interdetti, ma ciò non escluderebbe che vi fosse qualche tutela delle pubbliche utilità, a cui il fiume di proprietà privata potrebbe essere destinato. Però l'argomento che il Vassalli vuol trarre dal fatto che Ulpiano [D. 43.12.1.3] dice '*fluminum quaedam publica sunt quaedam non*', ha scarso valore, e l'interpretazione del Vassalli, per quanto acuta, va contro al significato naturale e spontaneo del passo, che appunto contrappone i fiumi privati a quelli pubblici che ha definito; contro la tesi del Vassalli, si veda BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 75 [= p. 88 s.].

¹¹⁹ Naturalmente per gli *agri limitati* ciò non può avvenire perché i confini sono rigorosamente e definitivamente fissati. Sulla condizione dell'alveo risulterebbe qui una contraddizione tra quanto dice Ulp. D. 43.12.1.7 e le testimonianze dei gramatici (cfr. per tutti BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit., p. 417 ss.).

¹²⁰ SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 217 ss.

prietario ¹²¹; ciò significa che non esiste proprietà potenziale sull'alveo, ma questo è pubblico, come parte integrante del fiume pubblico. Del resto l'affermazione che l'alveo è pubblico si trova nelle fonti (*Iust. inst.* 2.1.23; D. 41.1.7.5; D. 43.12.1.7). A conclusione di quanto abbiamo affermato, riteniamo che non lo si possa mettere in dubbio.

25. Accanto ai fiumi troviamo distintamente menzionate le *ripae*, come accanto al mare il lido. Senonché le *ripae* dei fiumi richiedono più ampio discorso, soprattutto in quanto hanno una posizione giuridica particolare.

Anzitutto, quanto al concetto, la '*ripa*' è definita da Ulpiano (68 *ad ed.*, D. 43.12.1.5) come '*id quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens*'. Invece, secondo Paolo (16. *ad Sab.*, D. 43.12.3.1), '*ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet*'. Per il primo il limite delle rive è dato dal corso normale del fiume, per il secondo dalla massima piena della stagione più ricca. Nei riguardi della pubblicità Paolo nel § 2 dello stesso passo, ci dà una maggiore precisazione dichiarando: '*secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt, cum ripae cedant ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam*'.

E' stato osservato che la surricordata definizione ulpiana non è molto felice, in quanto lo spazio che contiene il fiume nel suo corso normale è coperto dalle acque e non può quindi servire agli usi della riva ¹²². D'altra parte però si è obiettato che parrebbe doversi ritenere che le definizioni di Ulpiano e Paolo mirassero a segnare puramente il limite interno della *ripa* (cioè il limite verso l'alveo), ed allora D. 43.12.3.2 di Paolo, che abbiamo riportato, si potrebbe comprendere come diretto a definire il limite esterno ¹²³; esso infatti dà un criterio diverso da quello dato nel § 1 di D. 43.12.3, così che fra i due limiti definiti nei due paragrafi si potrebbe concepire una striscia, ed a questa si vorrebbe appunto che alludesse il giureconsulto parlando di '*secundum ripas fluminis loca*', e determinando entro questi la *ripa* in senso tecnico. Confessiamo che anche il passo di Paolo non ci pare molto limpido. Ne risulta un oscillare del significato della '*ripa*' fra la sponda sommersa del fiume e il terreno che la costeggia; in ogni modo di questo si cerca di dare una determinazione positiva, ed appare qual è il significato della *ripa* quando se ne determina la particolare condizione giuridica, nei confronti di quella del fiume ¹²⁴.

Nei passi si dice promiscuamente che le *ripae* sono '*publicae*' o che ne è pubblico l'uso (per esempio, nel primo senso, D. 43.12.3.pr. e § 2; D. 41.1.65.1 ¹²⁵; nel secondo D. 1.8.5; *Iust. inst.* 2.1.4; D. 41.1.30.1). Senonché queste oscillazioni investono una più generica comprensione del termine '*pubblico*'; propriamente le *ripae fluminis* sono distinte dalle *res publicae*, in quanto esse, se è privato il suolo che fronteggia il fiume, sono private; ne è solo pubblico l'uso per gli scopi di utilizzazione del fiume (approdare, legare le funi delle barche agli alberi, caricare e scaricare merci etc.). La proprietà delle *ripae* è privata (se sono privati i fondi rivieraschi), e quindi esse possono essere sfruttate dal proprietario. Appartiene a questo l'albero cresciuto sulla *ripa* (Pomp. - Cels. D. 41.1.30.1, già richiamato) ¹²⁶. Ulpiano (68 *ad ed.*, D. 43.12.1.6), parlando della condizione dell'*insula in flumine nata*, per gli *agri arcifini*, ci dice che *insula 'est eius cuius ripam contigit, aut si in medio alveo nata est, eorum est qui*

¹²¹) Giustiniano, con interpolazioni evidenti ed ormai pacifiche, affermò che questa conseguenza avviene *stricta ratione*, e vi derogò (cfr. D. 41.1.7.5 [= *Iust. inst.* 2.1.21 ss.], e per tutti KRÜGER [«Corpus Iuris Civilis», I, cit., p. 690 nt. 25] *ad b.l.*).

¹²²) BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 78 [= p. 92 s.].

¹²³) In questo senso, SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 85.

¹²⁴) In rapporto al criterio affermato nel § 1 si può ricordare la definizione che si dà del lido del mare in rapporto al massimo flutto.

¹²⁵) Questo uso di '*publicus*' per le *ripae*, che sono private ma destinate all'uso pubblico, servì di argomento al Vassalli per la sua tesi; esso però non è decisivo.

¹²⁶) L'ultimo brano che contiene un'equiparazione alla condizione dell'alveo è probabilmente interpolato (cfr. SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 86 nt. 1).

prope utrasque ripas possident»; questa affermazione presuppone la proprietà privata delle *ripae* ¹²⁷.

26. Ulpiano (D. 43.12.1.1), nel definire il fiume pubblico, parte da una distinzione del *'flumen'* dal *'rivus'*: *'flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcoletium'*. Poiché il giureconsulto passa in seguito a distinguere i fiumi in perenni e torrenti, dicendo che i perenni sono pubblici gli altri no, si è voluto argomentare che egli escludesse la pubblicità dei riti, o meglio l'applicazione ai rivi del criterio naturale secondo il quale si stabilisce la pubblicità dei fiumi.

Questa conclusione è stata combattuta da alcuni scrittori ¹²⁸; a rigore, infatti, il passo non dice nulla circa la condizione dei *rivi*; volendo spiegare un interdetto che si riferisce ai *flumina publica* e tutela la navigazione ¹²⁹, il giureconsulto definisce prima il *'flumen'* distinguendolo dal *'rivus'*, e poi nell'ambito del *'flumen'* ci spiega quando sia *'publicum'* e quando no; in seguito (§ 12 di D. 43.12.1) è costretto poi a notare come l'interdetto non si riferisca che ai fiumi pubblici navigabili.

Non v'è però nessun argomento che suffraghi l'opinione che anche per i *rivi* valesse il criterio per cui se perenni si ritenevano pubblici; d'altra parte, se non ci si vuole limitare ad una interpretazione letterale, il passo di Ulpiano permette di trarne, con grande verosimiglianza, una conclusione negativa. Il fatto che Ulpiano solo in seguito (§ 12), per determinare l'applicazione dell'interdetto, nota che questo è limitato ai fiumi navigabili, mostra che egli nella trattazione iniziale ha voluto dare la definizione del fiume pubblico da un punto di vista più generale; ed allora la mancanza di un accenno alla pubblicità dei *rivi* e la pura distinzione del fiume dal rivo in base alla *magnitudo* ed alla *existimatio circumcoletium*, assume un particolare significato. Del resto tale definizione generale doveva servire anche per la determinazione del campo di applicazione degli altri interdetti, di cui il giureconsulto parla in seguito (per esempio l'interdetto *'ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit'*, per il quale Ulpiano, in D. 43.13.1.2, spiega che si riferisce a tutti i fiumi, anche non navigabili) ¹³⁰, i quali tutti si riferivano a *'flumina'*. Tutto ciò induce a ritenere che Ulpiano, distinguendo dal fiume il *'rivus'*, volesse escludere questo dalla pubblicità. Del resto il criterio differenziale non è posto puramente nella grandezza obbiettiva del corso, ma nella valutazione che di caso è fatta dalla *existimatio circumcoletium*, criterio elastico, che dipende appunto dalla varietà dei luoghi e dai vari bisogni degli abitanti; nulla impedisce che secondo questi bisogni sia ritenuto pubblico e sia valutato come fiume un piccolo corso d'acqua ¹³¹. In sostanza la valutazione sociale oppone un limite al criterio naturale per la pubblicità, ed Ulpiano esprime questo limite nella differenziazione del *'flumen'* dal *'rivus'* ¹³².

Nei *'rivi'* sono compresi non solo i piccoli corsi d'acqua naturali, a cui sembra riferirsi la distinzione ulpiana, ma anche i canali artificiali fatti allo scopo di derivare l'acqua, ai quali si riferisce

¹²⁷ Si può poi ricordare come Nerazio (5 *reg.*, D. 41.1.15) contrariamente a quanto altrove afferma per il lido del mare (5 *membr.*, D. 41.1.14), dichiarare: *'qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit'*. Il valore di questo passo è dubbio; con riferimento alla proprietà privata della *ripa* parrebbe di poterlo intendere nel senso che alluda a costruzioni di terzi; ma qui può anche entrare il problema dell'uso pubblico, il parallelo colle costruzioni sul fiume e il confronto del passo con D. 43.12.4 di Scevola.

¹²⁸ Si veda per tutti COSTA, *Le acque*, cit., p. 5 ss.

¹²⁹ Si veda *infra*, § 29.

¹³⁰ Se anche questo passo fosse interpolato, come ritiene E. ALBERTARIO (*Le derivazioni d'acqua dei fiumi pubblici in diritto romano*, estr. da «Studi O. Ranelletti», II, Padova, 1931, p. 15 = «BIDR.», XXXVIII, 1930, 209 ss. [= *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, p. 81 s.]), ed Ulpiano avesse detto *'... pertinet autem ad flumina quae navigabilia non sunt ...'*, resterebbe l'argomento che ne vogliamo qui trarre, e cioè il richiamo alla definizione di *flumen* data prima, che ha valore generale; però contro l'ipotesi dell'Albertario si veda *infra*.

¹³¹ Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 77 [= p. 91], che nota come fiumi celebri nell'antica storia di Roma, quali il Cremera e l'Allia, possano considerarsi come piccoli fossi.

¹³² Tutto ciò può lasciare un margine per un'oscillazione di linguaggio che potrebbe far superare l'argomento che si vorrebbe trarre per la pubblicità dal regime dei *rivi* che segnano il confine tra due fondi, secondo testimonianze dei Gromatici, più precisamente secondo un passo di Siculo Flacco (*cond. agr.*, ed. Lachmann, p. 150 s.) che trova riscontro con quanto altrove è detto del fiume (Hygin., *gener. contron.*, ed. Lachmann, p. 124,11-125,4). Ma l'argomentazione appare anche altrimenti superabile.

L'*interdictum de rivis* (D. 43.21) sia che siano 'in publico' o 'in privato constituti' (D. 43.21.3.4). L'Ossig ha sostenuto che questo sarebbe l'unico significato giuridico della parola, mentre i ruscelli avrebbero il nome di *fontes*¹³³: questa tesi è inaccettabile di fronte ai passi delle fonti giuridiche, e soprattutto di quelle epigrafiche, che danno il nome di 'rivus' al piccolo corso d'acqua naturale; basta del resto ricordare il passo ulpiano suesaminato.

Il fatto che distinguendo il 'flumen' dal 'rivus' non si riferisce al secondo la pubblicità in base al criterio naturale della perennità, assunto invece per primo, non dice che tutti i rivus fossero privati; resta l'altro criterio, quello che vale anche per i fiumi torrenti, e cioè il titolo; il rivus che scorre in suolo pubblico è pubblico, mentre quello che scorre in suolo privato è privato, e ciò sia per il naturale come per quello artificiale. In questo senso si può spiegare D. 10.1.6, che parla di 'rivi privati' presupponendo l'esistenza di rivi pubblici. Quanto ai rivi artificiali, abbiamo detto che l'*interdictum de rivis*, che li contempla, si riferisce ad essi, 'sive in publico sive in privato sunt constituti' (D. 43.21.3.4).

Analogo discorso si deve fare in linea generale per la sorgente, detta dai Romani 'fons', o 'caput aquae'; essa è della stessa condizione del fondo in cui si trova, è pubblica se in territorio pubblico, privata se in terreno privato (D. 43.24.11.pr.: 'portio enim agri videtur aqua viva'; per la disponibilità da parte del privato delle acque sorgenti sul suo fondo, cfr. D. 39.3.8; D. 39.3.21; D. 43.20.4; D. 8.3.9; D. 43.20.1.7; C.I. 3.34.4; C.I. 3.34.6).

Si è però discusso dai romanisti se non dovessero considerarsi pubbliche le fonti che alimentano un fiume pubblico; si tratterebbe di individuare l'esistenza del fiume anche nel tratto in cui non presenta ancora quella consistenza che lo caratterizza come tale, e cioè fino alla sorgente. Il criterio elastico che Ulpiano pone a base della definizione del fiume ben può soccorrere. Del resto è stato osservato che praticamente le sorgenti dei grandi fiumi si dovevano trovare in suolo pubblico, in quanto tali erano di regola le montagne e i boschi in cui si trovavano¹³⁴. Quanto poi alle altre masse o correnti di acqua, sia che si trovino allo stato naturale, sia che la loro raccolta o conduzione sia opera dell'uomo, (o cioè laghi, stagni, cisterne, fosse, acquedotti) esse possono essere pubbliche o private puramente sulla base del criterio dell'appartenenza, e cioè secondoché appartengano allo Stato od alla *civitates*, oppure ai privati, senza alcun riguardo a criteri naturali di grandezza e perennità (D. 43.14.1.3, 4 e 6; D. 47.10.13.7 *if.*; D. 50.16.112; D. 8.3.23.1; D. 18.1.69).

27. A conclusione delle osservazioni fatte giova senz'altro insistere su un punto che non sempre è valutato nel suo giusto peso, a prezzo di qualche confusione. I Romani non conoscono una categoria generale delle acque pubbliche, con un suo regime organico; essi conoscono enti distinti, fiumi, rivi, fonti, laghi, stagni, acquedotti etc., valutati ciascuno nella sua individualità e nella sua complessa entità. Voler argomentare, per esempio, come taluno ha fatto (Lauria, Biondi), da principii affermati per gli acquedotti pubblici, ed estenderli ai fiumi pubblici, sulla base del fatto che si tratta di acque pubbliche, è mero errore. Chi attinge acqua ad un fiume usa del fiume, ed il fiume va considerato come cosa pubblica nella sua individualità. E qui spicca già in primo piano il diverso criterio di pubblicità, il fatto che per i fiumi soltanto si è affermato un criterio di pubblicità desunto dalla configurazione naturale¹³⁵, mentre per le altre acque vale il criterio generale del titolo di appartenenza e della destinazione, così che, come possono essere private potrebbero anche essere talora *in pecunia populi* anziché *in usu publico*. E in quanto si individua una categoria di cose che si dicono pubbliche *iuris gentium*, vi si mettono i fiumi, non le altre acque.

Il termine 'acqua pubblica', poi, viene normalmente usato dai Romani con riferimento specifico, e in particolare con riferimento agli acquedotti pubblici; questi consistono nell'*aqua ducta*, e l'elemento acqua viene quindi direttamente, e in modo assorbente, in primo piano nella loro configurazione (come si parla di 'servitus aquae' per la servitù di acquedotto); si tratta cioè di acqua che è presa e

¹³³) OSSIG, *Römisches Wasserrecht*, cit., p. 117 ss.

¹³⁴) Cfr. COSTA, *Le acque*, cit., p. 2 ss.; BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 77 [= p. 91].

¹³⁵) Prescindiamo qui naturalmente dal mare di cui abbiamo già fatto ampio discorso.

condotta dall'ente pubblico ai fini pubblici, mentre l'acqua del fiume pubblico non è valutata distintamente ma assorbita nell'individualità dei fiumi; e così sono considerati nella loro individualità, o assorbiti nella pubblicità del suolo in cui si trovano, laghi, stagni, rivi, etc.¹³⁶.

Se dunque troviamo talora nelle fonti dei paralleli (cfr. per esempio tra fiumi e laghi, fosse, stagni: D. 43.14.1.pr. ss.; D. 43.15.1.6; tra mare e luogo pubblico in generale: D. 47.10.13.7), questi ci riportano alla categoria del luogo pubblico, o delle cose pubbliche, non ad una categoria organica delle acque pubbliche¹³⁷.

Ciò naturalmente non impedisce che talora centro di riferimento e di raggruppamento per i raffronti siano determinati usi dell'acqua, e siano così messi vicini fiumi e altre masse o correnti di acqua in uso pubblico; ciò che neghiamo e che si individui chiaramente una categoria giuridica delle acque pubbliche.

E appunto in questi diversi usi dell'acqua, e nelle esigenze che presentano, con riferimento ai vari enti e in diversa guisa per ciascuno di questi, è dato vedere in larga misura l'incontro dei due punti di vista, quello dell'uso diretto e libero dei singoli conforme alla pubblica destinazione della cosa, quello dell'intervento dello Stato (o della città), espressione del rapporto di appartenenza ad esso di tali cose, che talora si esplica in concessioni particolari dietro compenso; ed è stato osservato come si riveli allora il facile passaggio allo sfruttamento patrimoniale da parte dell'ente pubblico.

Abbiamo visto come di tali concessioni si parli per il mare e per il lido del mare (ne abbiamo detto in proposito); in maggior misura le troviamo per i fiumi, più ancora per altre acque di cui la pubblicità è determinata dal titolo, e soprattutto per gli acquedotti pubblici.

Il punto di partenza del regime della destinazione all'uso pubblico è il libero uso, aperto a tutti (salvo particolari divieti) senza preventiva concessione dello Stato (o della città), naturalmente purché non sia impedito o danneggiato l'uso da parte degli altri. E questo regime normale ha più piena applicazione nei fiumi pubblici, la cui pubblicità è affermata come di *ius gentium*.

28. Vediamo dunque i diversi usi dell'acqua, con speciale riferimento all'uso dei fiumi.

a) L'uso più elementare è quello di bere, abbeverare bestiame, attingere acqua; ed è questo l'uso più libero a tutti, con più vasta applicazione rispetto alle varie acque salvi naturalmente divieti diretti a preservare talune acque, e salvi interventi delle autorità amministrative preposte alla sorveglianza delle acque, diretti ad impedire inquinamenti o impoverimenti.

In correlazione a questo libero uso affermato il principio che, se per attingere a un fiume pubblico è necessario attraversare il fondo del vicino, basta costituire una *servitus itineris*, non occorre una *servitus haustus*; d'altra parte, costituendo una *servitus haustus*, 'nihil agitur', perché il fiume è pubblico ed il diritto di usarne spetta a tutti, senza che occorra la costituzione di una servitù (D. 8.3.3.3).

b) Un altro uso pure libero era quello di far bagni e lavare; Ulp. D. 47.10.13.7 parla di '*in publicum lavare*' con equiparazione all' '*in cavea publica sedere, vel in quo alio loco agere sedere conversari*'; che si trattasse di pubblici lavatoi non muta gran che all'osservazione che ne possiamo trarre. Però per questo uso, a maggior ragione che per gli altri sopra indicati, erano necessarie restrizioni a difesa della pubblica igiene. Se per esempio, nei maggiori corsi d'acqua, non destinati all'alimentazione di acquedotti, doveva esservi maggiore libertà, d'altra parte invece per i *rivi* e i *fontes* pubblici più gravi dovevano essere le limitazioni e restrizioni dirette a preservare la purezza delle acque¹³⁸. Ricordiamo pure

¹³⁶ Se quindi anche noi qui abbiamo usato il termine comune di «acque» per abbracciare queste varie entità di acqua, ciò è solo per comodità di espressione.

¹³⁷ Cfr. per lo sviluppo di questi concetti G. GROSSO, *Precisazioni in tema di derivazioni di acque pubbliche in diritto romano*, «Scritti Santi Romano», IV, Padova, 1939, p. 173 ss. [= *Scritti*, cit., I, p. 46 ss.].

¹³⁸ Cfr. COSTA, *Le acque*, cit., p. 30 e n. 1.

come in un testo epigrafico, che si intitola «*lex rivi*», scoperto in Savoia presso il fiume Gayer¹³⁹, si comminava una multa, per metà a favore del locale tempio di Giove, per metà a favore del *delator*, contro chi «*in eo minxerit spurcitiā fecerit*» [2 ss.]. Per cautele riguardo a soldati e cavalli si veda Theod. Arc. et Hon. C.Th. 7.1.13 = C.I. 12.35.12.

c) Un altro uso diretto e libero era la pesca.

Iust. inst. 2.1.2: Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portibus fluminibusque.

Abbiamo visto però come per il mare si avessero delle concessioni di pesca da parte dello Stato, che escludevano, per la porzione che formava oggetto della concessione, l'esercizio della pesca da parte degli altri. Di tale concessione abbiamo testimonianza anche per i laghi, per cui anzi si fa menzione di una difesa interdittale (D. 43.14.1.6-7); qui però siamo in un campo particolare, in quanto, come può essere privato, il lago potrebbe anche essere patrimoniale. In ogni modo, l'esistenza di concessioni per il mare rende probabile, benché non abbiamo testimonianze in questo senso¹⁴⁰, che si potessero avere tali concessioni di pesca anche per una parte del fiume.

Appunto in rapporto alla possibilità di esclusiva derivante da concessione, si pone il problema circa la potestà o meno, da parte di colui che ha esercitato da solo per parecchi anni, la pesca in un certo braccio del fiume, di escludere gli altri. La questione circa tale diritto (a cui gli interpreti danno il nome di «*ius praeoccupationis*») è suscitata dall'antinomia fra due passi del Digesto, D. 41.3.45.pr. (Pap. 10 *resp.*) e D. 44.3.7 (Marcian. 3 *inst.*):

fr. 45.pr.: Praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium publica concedi non solet. quod ita procedit, si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat (forte quod aut deposuerat aut dereliquerat aedificium), alterius postea eodem loco exstructo, occupantis datam exceptionem opponat, vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.

fr. 7: Si quisquam in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure uti prohibet.

I due passi danno opposte soluzioni¹⁴¹; si è cercato da alcuni di conciliarli ritenendo che contemplassero due ipotesi diverse, interpretando il secondo esempio fatto da Papiniano alla luce del primo, e ritenendo che Papiniano contemplasse il caso di chi, dopo aver esercitato la pesca per alcuni anni ed averla abbandonata, volesse reclamarne il diritto contro chi la esercita attualmente. Ma questa interpretazione è inaccettabile; il secondo caso fatto da Papiniano è identico a quello di Marciano. Del resto la forma è identica; Marciano afferma ciò che Papiniano nega. Riterremmo però probabile la congettura del Bonfante, che il passo di Marciano sia alterato dai compilatori; entrambi i giureconsulti negavano l'efficacia della *longi temporis praescriptio* nei riguardi dei *loca publica*. I giustinianeî invece vi sostituirono la soluzione opposta.

Si ricordi come, per una Novella di Leone il filosofo [CIV, 5 ss.]¹⁴², avvenga nel diritto bizantino un'analoga trasformazione circa il *ius piscandi* in un dato punto del mare; è ammesso cioè un diritto di esclusiva fondato sull'uso precedente, indipendentemente da concessione dello Stato. Nel diritto romano qualunque pretesa a diritti di tal fatta da parte dei privati fu negata (per esempio ab-

¹³⁹) BRUNS, *Fontes*, cit., I, § 110, p. 288 [2 ss.].

¹⁴⁰) Cfr. COSTA, *Le acque*, cit., p. 31.

¹⁴¹) Si noti come la frase iniziale del passo papiniano potrebbe anche risentire della mano giustiniana; dire che la «*praescriptio longae possessionis*» non vale «*ad optinenda loca publica*» significherebbe per diritto classico non dir nulla di particolare per i *loca publica*, in quanto la *praescriptio longae possessionis* non è un modo d'acquisto, neanche per le cose private; è solo un'*exceptio*. Comunque, è certo, e risulta dalle espressioni usate negli esempi, che qui Papiniano negava per *loca publica iuris gentium* l'applicazione dell'*exceptio*.

¹⁴²) «Les Nouvelles de Léon VI le Sage» (cur. P. NOAILLES, A DAIN), Paris, 1944, p. 341.

biamo notizia di pretese dei privati sul tratto di mare che si trova davanti alla propria villa), e sempre si diede a colui che era impedito nell'esercizio della pesca marina l'*actio iniuriarum* contro colui che l'impediva (D. 47.10.13.7; D. 43.8.2.9).

d) Uso libero, e comune a tutti, dei fiumi pubblici è la navigazione, la quale implica anche, come abbiamo visto, il pubblico uso delle *ripae*, per approdo, carico, scarico, etc. Accanto alla navigazione nei fiumi è tutelata pure quella nei laghi, stagni, fosse pubbliche (D. 43.14.1).

e) Nelle fonti si menziona anche la possibilità di far costruzioni o opere sul fiume, come sulla *ripa*, opere che devono naturalmente essere tali da non impedire o danneggiare il libero pubblico uso del fiume (o della *ripa*). E si dice che è dovuta la *cautio dammi infecti* per eventuali danni derivanti dai *vitia operis* (D. 39.2.7.pr.; D. 39.2.15.2; D. 39.2.24.pr.; D. 46.5.1.7).

Quanto alle *ripae* occorre ricordare che il suolo è in proprietà privata, destinato agli usi pubblici. Nerazio (5 reg.) in D. 41.1.15 afferma che '*qui autem in ripa fluminis aedificat non suum facit*'. Circa la costruzione fatta dal proprietario frontista, è qui interessante la soluzione che dà Scevola per la costruzione di un ponte da parte di un proprietario delle due sponde (la quale investe anche lo spazio sul fiume).

D. 43.12.4 (Scaev. 5 resp.): Quaesitum est, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privati iuris facere potest. respondit non posse.

Il Noodt corregge il '*privati iuris*' in '*privato iure*', ed interpreta questo (come il '*publico*' di D. 39.2.24.pr.) nel senso che occorre il permesso della pubblica autorità¹⁴³. L'interpretazione è forzata e non può essere accolta¹⁴⁴.

Ma neppure crederemmo di aderire alla tesi dell'Ubbelohde¹⁴⁵, il quale, ritenendo che il ponte costruito dal proprietario o dai proprietari dei fondi riviateschi sia '*privati iuris*' (e ciò sia che poggi sulle rive, sia che poggi su sostegni che sorgano dall'alveo, in quanto qui si applicherebbero le regole dell'*insula in flumine nata*), vuole spiegare il fr. 4 di D. 43.12 supponendo che ivi le due case di cui si parla non giungano al fiume, ma i fondi riviateschi siano pubblici. Mi pare che ciò sia forzare il significato naturale del passo; parlando di colui '*qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat*', si vuol alludere ad uno che sia proprietario fino al fiume.

Il passo di Scevola va dunque interpretato nel suo significato più spontaneo e naturale, nel senso cioè che il ponte costruito non diventa '*privati iuris*'; ma è della stessa condizione giuridica delle *ripae*, cioè in uso pubblico¹⁴⁶.

L'enunciazione di Scevola non importa però che si ritenga che l'opinione sia stata indiscussa; in rapporto alla condizione delle *ripae*, in rapporto alla condizione del fiume ed alle oscillazioni e incertezze che possono aver accompagnato la determinazione di essa, può ben essere che soprattutto nella pratica (e si noti il '*quaesitum est*') si tendesse a forzare le soluzioni nel senso di estendere lo sfruttamento privato. E già in questo modo si potrebbe se mai spiegare un'iscrizione («CIL.» V. 6899) di un ponte della Valle di Cogne (Aosta), ove è detto: '*privatum*' (ma bisogna prima determinare esattamente i vari elementi dell'ipotesi concreta a cui si riferisce)¹⁴⁷. In ogni modo la soluzione

¹⁴³ G. NOODT, *Probabilium iuris civilis libri quattuor*⁵, IV, cap. I, § 2 (in *Opera Omnia*, Lyon, 1724, I, p. 69 s.).

¹⁴⁴ Che per opere nel fiume o sulla *ripa* occorresse in generale il permesso preventivo della pubblica autorità, è direttamente smentito dal modo in cui si parla dell' '*in flumine vel in ripa facere*' colpito o excepto o tutelato dagli interdetti (cfr. D. 43.12.1.11-12 e 16; 43.13.1.3-7; D. 43.15.1).

¹⁴⁵ Cont. a GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XLIII-XLIV.3-4, cit., p. 562 ss.

¹⁴⁶ In questo senso SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 95.

¹⁴⁷ L'iscrizione forma oggetto di una recente nota, ancora inedita, di G. SEGRÈ [*Miscellanea 2. La condizione giuridica dei ponti sui fiumi e l'iscrizione cd. del Pondel*, in «BIDR.», XLVIII, 1941, p. 17 ss. = *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, Torino, 1974, p. 592 ss.]. Sul ponte si veda da ultimo P. BAROCELLI, *Pondel, Ponte romano in Val Cogne (Aosta)*, in «ATO», LXVI, 1930-1931, p. 141 ss. Indice della complessità del regolamento di questa materia e della sua realizzazione pratica sarebbe pure la iscrizione ostiense pubblicata dal Paribeni nel

di Scevola è rigorosamente negativa.

Che significato ha l'enunciazione generale contenuta in D. 39.2.24.pr. (Ulp. 81 *ad ed.*)?

Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. in his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat ...¹⁴⁸.

Qui è affermato il principio che è libero far costruzioni e opere sul fiume, purché non si dia incommodo ad alcuno. Ma anzitutto che significa il 'publice'? Che questo significhi puramente che è lecito a chiunque del pubblico, come vorrebbe Bonfante, lo farebbe ritenere pleonastico. Lo si è ricollegato all'affermazione di D. 43.8.2.2: '*loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt iure scilicet civitatis non quasi propria cuiusque*'¹⁴⁹ (e qui si potrebbe rilevare l'antitesi col concetto espresso per il lido del mare da Nerazio in D. 41.1.14.pr.). Emergerebbe nel 'publice' il fondamento dell' 'aedificare civitatis', cioè come esplicazione dell'uso pubblico.

Ma il raffronto col passo di Scevola potrebbe portare a darvi un significato più pregnante, a ritenere cioè che l'opera partecipasse della pubblicità del fiume.

Senonché il passo suggerisce più ampia critica. L'equiparazione '*sicuti viarum publicarum et litorum*' non si innesta bene nel ragionamento, e già altra volta ho sospettato che sia interpolata¹⁵⁰. Può essere però che qui il giureconsulto facesse un più ampio discorso, e che allora richiamasse per un raffronto anche le costruzioni sui lido del mare (e si parla di '*aedificare et destruere*'). Le illazioni che si possono trarre sui fiumi non sono quindi del tutto sicure.

Quanto all'interpretazione del 'publice', può destare qualche difficoltà l'inizio del § 1 dello stesso passo [D. 39.2.24.1], che afferma la limitazione della *cautio damni infecti* alle opere '*quae privatim fiant*', contrapponendovi il caso in cui '*publice opus fiat*'. Il 'publice' avrebbe un significato diverso nel *principium* e nel § 1 di D. 39.2.24¹⁵¹; e ciò sarebbe un buon argomento per collegare il 'publice' del *principium* puramente con '*licet*' e non con '*aedificare*'¹⁵². Senonché già altrove ho detto¹⁵³ come io ritenga che tutta la prima parte del § 1 sia dovuta ad un glossema o ad un'interpolazione; infatti dopo, con '*sed quod dictum est ...*', si riprende il discorso circa l' '*operis vitium*' e il brano precedente vi appare intruso¹⁵⁴.

Interessante per il problema delle costruzioni nel fiume è D. 41.1.65.4 (Lab. 6 *pitb. a Paul. epit.*):

Labeo libro eodem: Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet.

Il passo ha dato luogo a molte discussioni, in quanto l'illazione che si trarrebbe per l'*insula in flumine nata* è contraria al regime di questa già nel diritto classico, di cui si fa applicazione nei paragrafi precedenti dello stesso passo.

Ora, le regole relative all'isola nata nel fiume, come quelle relative all'alveo abbandonato, pre-

1918, di cui si occupa da ultimo F. MAROI (*Sopra un'iscrizione ostiense relativa all'iter privatum*, in «Studi Bonfante», cit., III, p. 621 ss.), se, come vuole Maroi, si riferisse ad un *iter privatum*, designando così il persistere di servitù private su beni pubblici destinati all'uso pubblico; ma essa deve riferirsi ad una delimitazione del suolo che è pubblico da quello che è privato, sebbene destinato all'uso pubblico, secondo la normale condizione delle *ripae*.

¹⁴⁸) In seguito si parla della *cautio damni infecti*.

¹⁴⁹) UBBELOHDE, *op. cit.*, p. 565.

¹⁵⁰) Nelle mie *Lezioni* [*Lezioni di diritto romano: le cose. Raccolte a cura dello studente G.M. Matteotti*] di Modena del 1930-1931, p. 108 n. 5.

¹⁵¹) Il '*privatim*' e il '*publice*' del § 1 indicano la provenienza della costruzione, il fatto che essa sia opera di privati (fatta agli scopi dell'uso da parte di questi della cosa pubblica) oppure sia opera delle pubbliche autorità che la destinino ad uso pubblico.

¹⁵²) Cfr. A. HESSE, *Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Rechte*, in «Jherings Jahrbuchern», VII, 1865, p. 266 s. e 288.

¹⁵³) Nelle mie *Lezioni*, cit., p. 110 nt. 1; vi aderisce il Segrè nello studio citato [*La condizione giuridica dei ponti sui fiumi e l'iscrizione cd. del Pondel*, cit., p. 24 s. = *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica*, cit., p. 599].

¹⁵⁴) A meno che non si tratti di residui sparsi di un più ampio discorso del giureconsulto.

sentano un'antitesi tra *agri limitati* e *agri arcifinii*, e se per i secondi il regime appare abbastanza consolidato nel diritto classico, per i primi soprattutto risultano alcune incertezze o oscillazioni. Che Labeone si riferisse solo agli *agri limitati* non è però detto; e il ragionamento del passo sembra contenesse un'argomentazione generale.

Noi riteniamo che la spiegazione più plausibile del passo sia quella data dallo Scialoja¹⁵⁵, che cioè esso non contenesse l'affermazione di Labeone, ma il commento di Paolo. Risulta dai paragrafi precedenti come Paolo sottilizzi alquanto per muovere appunti a Labeone; qui Labeone aveva affermato che ciò che *'in publico innatum aut aedificatum est, publicum est'*: Paolo anche qui lo critica, mostrando che la massima affermata non si può accogliere nella sua generalità, in quanto non vale per l'isola nata nel fiume.

L'isola nata nel fiume ha un trattamento parallelo all'alveo abbandonato; cessa di essere fiume pubblico, ne cessa cioè quella condizione di pubblicità propria del fiume; si acquista ai proprietari rivieraschi negli *agri arcifinii*, mentre negli *agri limitati* parrebbero esistere oscillazioni fra, la pubblicità e l'occupabilità (che si ricollegano ai problemi della condizione del suolo): cfr. Ulp. D. 43.13.1.6.

Non ci sfugge il nesso tra il problema circa la condizione giuridica della costruzione e quello circa l'isola, secondo quanto abbiamo visto per il mare ed il lido; per questi, una volta che si ammetta che nell'uso comune rientra anche il compiere costruzioni, la costruzione è sottratta alla qualifica di mare o di lido, e si acquista all'occupante. Così non è mancato il tentativo di estendere alle costruzioni sul fiume il regime dell'isola nata nel fiume¹⁵⁶.

Ma bisogna tener presenti la diversa posizione e il diverso carattere che aveva in concreto la costruzione nel mare o in un fiume, e le diverse possibilità; la determinazione che fa Paolo in D. 41.1.65.2, in cui contrappone al regime dell'*insula in flumine nata* (prominenza dell'alveo) quello dell'isola galleggiante, che resta pubblica; il fatto che per criticare l'affermazione di Labeone, circa *'quod in publico innatum aut aedificatum est'*, egli adduce soltanto l'ipotesi dell'*insula in flumine nata* e non quella della costruzione; l'affermazione di Scevola circa il ponte che unisce le *ripae*. Tutto ciò parrebbe far escludere costruzioni che ci portassero fuori della condizione di pubblicità¹⁵⁷.

f) L'uso delle acque che determina già gravi problemi consiste nelle derivazioni.

Su questo punto si sono volute scorgere nelle fonti oscillazioni fra due regimi, quello della libertà di uso e quello delle concessioni. La critica recente ha cercato una spiegazione storica; e sembra prevalere la tendenza ad affermare l'uso libero dei fiumi senza necessità di concessione preventiva per il diritto classico, il generale regime della concessione per diritto giustiniano¹⁵⁸; non sono però mancate di nuovo più recenti voci nel senso di riaffermare la necessità della concessione anche per diritto classico, o limitatamente ai fiumi navigabili¹⁵⁹, o più in generale¹⁶⁰.

Noi abbiamo già avuto a più riprese occasione di affermare il nostro pensiero in proposito¹⁶¹; riteniamo cioè che il requisito generale della concessione non sia stato affermato né nel diritto classico né nel diritto postclassico e giustiniano. Punto di partenza resta sempre il libero uso del fiume, onde era ammessa la derivazione dai fiumi pubblici, purché ciò avvenisse *sine iniuria alterius*, compatibilmente coll'esercizio del pari diritto degli altri, e in genere col pubblico uso del fiume (limiti che

¹⁵⁵) *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 227.

¹⁵⁶) UBBELOHDE, *op. cit.*, p. 561 nt. 87a e p. 568.

¹⁵⁷) A proposito di costruzioni in suolo pubblico (benché non abbia a che fare coi fiumi) si può ricordare anche D. 43.8.2.17; qui si ha un passaggio dalla destinazione all'uso pubblico alla patrimonialità.

¹⁵⁸) Cfr. VASSALLI, *Premesse storiche*, cit., p. 15 nt. 2 [= p. 34 nt. 1]; BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 80 ss. [= p. 94 ss.]; note a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., V, p. 323 ss.; SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 96 ss.

¹⁵⁹) ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici in diritto romano*, cit., p. 197 ss. [= p. 71 ss.].

¹⁶⁰) M. LAURIA, *Le derivazioni di acque pubbliche*, in «AUMA.», VIII, 1932, p. 243 ss.; BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, cit., p. 591 ss.

¹⁶¹) Già nelle citate *Lezioni* di Modena del 1930-1931, e inoltre: *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici nel diritto romano*, cit., p. 369 ss. [= p. 1 ss.]; *rec.* a LAURIA, *Le derivazioni di acque pubbliche*, cit., in «AG.», CXI, 1934, p. 123 ss. [= *Scritti*, cit., IV, p. 24 ss.]; *Precisazioni in tema di derivazioni di acque pubbliche in diritto romano*, cit., p. 175 ss. [= *ibid.*, p. 46 ss.].

avevano, come vedremo, ampia sanzione soprattutto attraverso gli interdetti), salvo particolari divieti dell'imperatore o del senato (che sottraessero il fiume a tale regime) e salve concessioni speciali, che attribuivano al concessionario una posizione privilegiata.

I passi da cui risulta chiaramente questo regime sono i seguenti:

D. 43.12.2 (Pomp. 34 *ad Sab.*): Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit (nisi imperator aut senatus vetet), si modo ea aqua in usu publico non erit: sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere.

D. 43.20.3.1 (Pomp. *ibid.*): Ex flumine aquam ducere plures possunt, ita tamen, ut vicinis non noceant, vel, si angustus amnis sit, etiam ei, qui in alia ripa sit.

D. 8.3.17 (Pap. Iust. 1 *de const.*): Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit. item rescripserunt aquam ita demum permitti duci, si sine iniuria alterius id fiat.

Questi passi non si muovono certo nell'ordine di idee del regime generale della concessione. Il significato ne è evidente.

Qualche difficoltà ha creato l'inciso '*si modo ea aqua in usu publico non erit*' in D. 43.12.2; e da più parti se ne è affermata l'interpolazione sulla base del rilievo che l'acqua del fiume pubblico è sempre in uso pubblico (Vassalli, Bonfante, Segrè, Albertario, ai quali avevamo in un primo tempo aderito). Ma esso si ricollega a quanto sopra abbiamo rilevato, che i Romani non hanno una categoria generale delle acque pubbliche, ma individuano enti distinti nella loro individualità complessiva (fiumi, laghi, stagni, etc.); onde dire specificamente che quell'acqua è in uso pubblico ha un significato diverso dal dire che lo è il fiume nella sua individualità complessiva; nell'uso del fiume pubblico rientra anche il derivare acqua, mentre ciò è escluso quando, quell'acqua è specificamente destinata a qualche pubblico servizio¹⁶². E' lo stesso significato per cui specificamente in un senso tecnico si chiama '*aqua publica*' l' '*aqua ducta*', cioè l'acquedotto pubblico. E queste osservazioni tolgono ogni valore all'argomentazione che i fautori dell'interpolazione sogliono desumere da essa per asserire per il diritto nuovo un mutato regime.

Il '*permitti duci*', della frase finale di D. 8.3.17, non ha un significato tecnico di concessione preventiva, ma un significato generico di liceità, in corrispondenza coll' '*oportere*' di cui si parla prima; si parla di '*permitti*', di essere permesso, non di dover essere permesso. '*Oportere*' e '*permitti*' riguardano la sanzione, la cui iniziativa è affidata ai privati¹⁶³. Non crederemmo quindi di aderire all'affermazione dell'Albertario, che il '*permitti*' sarebbe interpolato (del resto senza il '*permitti*' il passo non ha senso: '*aquam duci*' indica puramente il fatto della derivazione, non la sua liceità, così che tutt'al più si sarebbe potuto dire che il '*permitti*' era sostituito a un '*posse*'). Non crediamo dunque si possa far leva sul '*permitti*' per sostenere un mutato punto di vista nel diritto giustiniano. E si noti come in questo passo l'accento alla concessione come particolare privilegio, che oppone un limite all'uso degli altri, fornisca un argomento contro la generale necessità della concessione.

L'Albertario ha voluto sostenere che nel diritto classico si richiedeva la concessione per le derivazioni dai fiumi navigabili. Egli trarrebbe argomento negativo dal fatto che D. 43.20.3.1 e D. 8.3.17 si riferiscono a fiumi non navigabili, in quanto non fanno menzione del limite che non sia danneggiata la navigabilità (argomento di cui si vede la scarsa forza probante); argomento positivo dalla frase finale di D. 43.12.2 e da D. 39.3.10.2.

Quanto alla prima (cioè alla frase finale di D. 43.12.2) essa proverebbe troppo; interpretandola a rigore ne risulterebbe che era esclusa la derivazione dai fiumi navigabili¹⁶⁴. La inammissibilità di

¹⁶² Cfr. COSTA, *Le acque*, cit., p. 19 s.

¹⁶³ Per il '*permittere per interdictum*' (sia pure inteso per altro verso) contrapposto al '*concedere*' cfr. D. 43.23.2.

¹⁶⁴ In questo senso, per diritto giustiniano, COSTA, *Le acque*, cit., p. 19 ss., che ritiene l'ultima frase interpolata (si veda *contra* BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 82 [= p. 97]; GROSSO, *Appunti sulle derivazioni*, cit., p. 371 [= p. 3] nt. 2); conforme G. LONGO, *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, in «Studi U. Ratti», Milano, 1934, p. 60 ss. Se-

simile soluzione radicale risulta però, come è noto, sia per diritto classico come per diritto giustiniano, dal confronto con D. 39.3.10.2, che vieta la derivazione quando diminuisca la navigabilità del fiume, e da D. 43.12.1.15, il quale afferma che l'interdetto a tutela della navigazione si applica *'sive deriveur aqua ut exiguor facta minus sit navigabilis'*, quindi non quando la derivazione non alteri le condizioni normali della navigabilità. L'ultima frase di D. 43.12.2 deve aver subito deformazioni in epoca postclassica, ma puramente accidentali.

Vediamo D. 39.3.10.2 (Ulp. 53 *ad ed.*):

Si flumen navigabile sit, non oportere praetorem concedere ductionem ex eo fieri Labeo ait, quae flumen minus navigabile efficiat. idemque est et si per hoc aliud flumen fiat navigabile.

Il passo fa parte del commento all'editto del pretore, sotto la rubrica *'de aqua'*, dove si trovano le formule relative alla servitù di acquedotto. Ulpiano parla prima della costituzione della *servitus aquae ducendae*, e per le acque private dice che occorre il consenso non solo di quelli *'in quorum loco aqua oritur'*, ma anche di quelli *'ad quos eius aquae usus pertinet'* (D. 39.3.8); che, se si hanno più condomini, occorre il consenso di tutti (D. 39.3.10.pr.-1); parla poi dei fiumi navigabili, col brano che abbiamo riportato.

L'Albertario nota come qui Ulpiano non parli delle derivazioni da acque pubbliche non navigabili, e vuole così spiegare quest'omissione: «se si tratta di acqua privata, per poterla derivare occorre il consenso del proprietario del luogo in cui l'acqua sorge e di coloro *ad quos usus eius aquae pertinet*; se si tratta di fiume pubblico navigabile, occorre la concessione dell'Autorità. Sotto questo aspetto derivazioni di acqua privata e derivazioni di acqua pubblica navigabile si assomigliano, in quanto sono subordinate, la prima al consenso del privato, la seconda alla concessione della pubblica Amministrazione. Invece le derivazioni di acqua dai fiumi pubblici non navigabili si differenziano così dalle derivazioni di acque private come dalle derivazioni di acque pubbliche navigabili, perché non sono subordinate ad alcun consenso o ad alcuna concessione, ma possono liberamente effettuarsi purché non preventivamente vietate e purché *sine alterius iniuria*».

Senonché C.I. 3.34.4 (del 223), alludendo appunto all'editto *'de aqua'*, dice:

Aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, ad quem usus eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere.

La locuzione *'non permittit ducere'* in C.I. 3.34.4 presenta un'innegabile analogia col *'non oportere praetorem concedere'* del passo ulpiano. Comunque sia dell'esatto valore dell'accento all'*edictum praetoris* contenuto in C.I. 3.34.4¹⁶⁵, resta sempre che si parla di *'non concedere'*, da parte del pretore, per le derivazioni che danneggiano la navigabilità del fiume, come si parla di *'non permittere'* (sempre da parte del pretore) per l'ipotesi di mancanza del consenso di coloro *'ad quos usus eius aquae pertinet'*, per le acque private; questo parallelismo di espressioni fa pensare che per i fiumi navigabili si debba trattare puramente del venir meno della tutela della derivazione. Certamente non di una concessione. E, se non si parla dei fiumi pubblici non navigabili, ciò dipende puramente dalla mancanza, per questi, di un limite negativo così generale come si ha per i fiumi navigabili; non si tratta quindi di un requisito positivo per i fiumi navigabili, e cioè di una necessità di concessione, che possa considerarsi come il parallelo del necessario consenso degli aventi diritto per le acque private¹⁶⁶.

condo BIONDI (*La categoria romana delle servitutes*, cit., p. 600 ss.) già per diritto classico sarebbe stata esclusa la concessione dell'amministrazione per i fiumi navigabili, salve le concessioni del Principe.

¹⁶⁵ Cfr. miei *Appunti sulle derivazioni*, cit., p. 374 ss. [= p. 6 ss.].

¹⁶⁶ Del resto, il fatto che la concessione dovrebbe essere data dal pretore non può non far specie, e già è stato oggetto di dubbi fra gli interpreti. E si noti come, se non si volesse accettare la spiegazione data nel testo, non per ciò si dovrebbe ricorrere a questa tesi estrema della concessione da parte del pretore (e si rilevi che non si parla di *'concedere ductionem'*, ma di *'concedere ductionem ex eo fieri'*); l'editto pretorio concede un interdetto a tutela della navigabilità, interdetto che, a quanto afferma Ulpiano, compete anche per le derivazioni (e ciò, come diremo, è argo-

Argomento contro la tesi dell'Albertario, mi pare si possa desumere dal commento all'interdetto, relativo ai fiumi navigabili, contenuto nel tit. 12 del libro 43 del Digesto¹⁶⁷, che invece l'Albertario invoca in suo favore. Nel fr. 1 § 15 di questo titolo, Ulpiano dice:

Deterior statio itemque iter navigio fieri videtur, si usus eius corrumpatur vel difficilior fiat aut minor vel rarior aut si in totum auferatur. proinde sive derivetur aqua, ut exiguior facta minus sit navigabilis ... interdicto locus erit.

Se le derivazioni che rendono meno navigabile il fiume dan luogo all'interdetto, ciò significa che per tali derivazioni non era necessaria la preventiva concessione allo scopo di accertare che non venisse lesa la navigabilità¹⁶⁸.

Concludendo, sotto l'aspetto considerato, il regime dei fiumi navigabili non era nel diritto classico antitetico a quello dei fiumi non navigabili; sia per gli uni che per gli altri non vigeva una norma generale che si richiedesse la preventiva concessione per la derivazione. La tutela dell'uso pubblico era soprattutto esercitata dagli interessati mediante interdetti¹⁶⁹.

Si deve poi ritenere che i magistrati preposti alla cura delle acque esercitassero una sorveglianza ed intervenissero talora di propria iniziativa a salvaguardare l'uso pubblico o a far rispettare i divieti; comunque, ciò non tocca il principio che abbiamo messo in risalto; si tratta di una limitazione negativa tutelata da parte delle autorità amministrative, non della necessità di una concessione. E così, se anche in pratica gli interessati avranno spesso cercato di prevenire questi interventi, ciò non sposta il problema generale. E dove si incontra la concessione, questa, come vedremo, ha ben altro carattere.

Ma abbiamo già detto come non crediamo neppure all'affermazione, abbastanza diffusa, che nel diritto giustiniano si sia avuta una trasformazione per cui si sarebbe affermato in forma generale il regime della necessaria concessione. A nostro avviso le linee generali e l'impostazione del regime delle derivazioni dai fiumi non mutano radicalmente nella compilazione.

Già abbiamo detto come l'inciso '*si modo ea aqua in usu publico non erit*', in D. 43.12.2, non dica nulla. Altrettanto è del '*permitti*' in D. 8.3.17. Non crediamo neppure sia probabile la interpolazione.

Resta D. 43.13.1.1 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis flumina excrescant <exarescant [S] > vel mutatus alveus vicinis iniuriam aliquam adferat.

Il testo genuino è stato ricostruito in vario modo dai romanisti; noi riaffermiamo la nostra opinione, altrove sostenuta¹⁷⁰, che tutto il paragrafo sia opera di un glossatore o dei compilatori. Ulpiano qui, come per l'interdetto precedente, trattava prima dei fiumi a cui l'interdetto si riferisce, e poi dei fatti colpiti dall'interdetto. Il glossatore od i compilatori vollero subito enunciare in riassunto lo scopo

mento contrario alla tesi dell'Albertario); se quindi si volesse intendere il '*non oportere praetorem concedere ductionem ex eo fieri*' in senso più pregnante che quello di un semplice diniego di tutela, ci si dovrebbe riferire all'applicazione dell'interdetto (in questo senso, U. BURCKHARD, *Die actio aquae pluviae arcendae*, Erlangen, 1881, trad. it. – in *continuazione a GLÜCK, op. cit.*, XXXIX.3 –, Milano, 1906 (*cur.* P. BONFANTE), p. 14 s.; UBELOHDE, *ibid.*, XLIII.XLIV.3-4, cit., p. 336 n. 10). Si noti poi come non possa neppure essere accolta la tesi del COSTA (*Le acque*, cit., p. 18), il quale riferirebbe il fr. 10 § 2 di D. 39.3 alle facoltà degli organi preposti alla direzione e polizia delle acque, e supererebbe le difficoltà supponendo che si trattasse di acque trascorrenti in provincia e sottoposte come tali alla direzione del rispettivo praetor. Tutto il contesto del passo e la trattazione di cui fa parte si oppone a questa interpretazione (circa il '*praetor*' si veda la critica di LAURIA, *op. cit.*, p. 6 nt. 2 *estr.* [= 248 nt. 2]).

¹⁶⁷) D. 43.12.1.pr.: '*Ait praetor: Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat*'.

¹⁶⁸) Per un più ampio sviluppo di questo argomento si vedano i miei *Appunti sulle derivazioni*, cit., p. 382 [= p. 13] nt. 1.

¹⁶⁹) Su cui si veda *infra*, § 29.

¹⁷⁰) *Appunti sulle derivazioni*, cit., p. 384 [= p. 15] (si veda anche *infra*).

dell'interdetto, prendendo quelli che secondo loro erano i due fatti tipici che potevano alterare il corso delle acque, le derivazioni e il mutamento dell'alveo.

Ma, comunque sia di questa congettura, non crediamo che il passo provi per la necessità della concessione nel diritto giustiniano; interpretandolo a rigore, nell'unico senso che ci pare possibile, e cioè nel senso che l'interdetto si applica alle derivazioni che non si fondano su di una concessione, la concessione si presenta sempre come regime privilegiato, che previene e impedisce la sanzione dell'interdetto (cfr. il *'cum ius non haberet'* del § 9 di D. 43.13.1). Non si può dire che secondo il pensiero dei giustiniani l'interdetto avesse luogo per qualunque derivazione non concessa, ma (correggendo colla Vulgata *'exrescant'* in *'exarescant'*) solo quando per derivazioni non concesse il fiume si inaridisse (per conservare *'exrescant'* bisognerebbe pensare coll'Ossig che si trattasse di immissioni d'acqua nel fiume)¹⁷¹.

Come nel diritto classico, così nella compilazione giustiniana, la concessione non si presenta dunque come requisito generale per la derivazione dai fiumi pubblici¹⁷². Si conservano le affermazioni generali dei giureconsulti; e si tramanda integro il sistema degli interdetti relativi ai fiumi pubblici¹⁷³.

Le concessioni, però, come abbiamo detto, non erano sconosciute al diritto romano. Esse potevano intervenire ad accordare a taluno una posizione privilegiata, che gli altri dovevano rispettare, o a prevenire le sanzioni degli *interdicta* o gli interventi diretti dell'autorità. D'altra parte nei casi in cui esisteva un divieto di derivazioni, le eccezioni al divieto potevano farsi mediante concessione. Ora qui in concreto i termini del problema diventano elastici; questo regime di divieti può avere una maggiore o minore estensione, e diverso può essere l'indirizzo nelle diverse epoche. Ma restano sempre chiare le linee generali del regime delle derivazioni dai fiumi pubblici.

A dare risalto a questo regime dei fiumi pubblici, concorre il raffronto coll'ipotesi in cui la concessione rappresenta il requisito generale, la derivazione d'acqua dagli acquedotti pubblici, e dai serbatoi (*castella*) che essi alimentano.

Sugli acquedotti abbiamo notevoli testimonianze, soprattutto il *De aquis urbis Romae* di Frontino; ed abbiamo un particolare interdetto, che riguarda appunto le concessioni (D. 43.20.1.38 ss.). Orbene, qui il regime della concessione risponde ad ovvie esigenze e si inquadra in tutta la organizzazione giuridica degli acquedotti. Quest'acqua che viene condotta dall'ente pubblico per i pubblici bisogni viene sottoposta a tutta una particolare vigilanza e tutela. E sappiamo da Frontino (*aq.* 2.94) che in antico non ne veniva concessa la derivazione se non per l'*aqua caduca*, la quale poi *'non in alium usum quam in balnearum aut fulloniarum dabatur; omnis aqua in usus publicos erogabatur'*, era cioè raccolta in luoghi destinati al pubblico uso. Le esigenze di una vita cittadina più elevata imposero poi di accordare la derivazione nelle abitazioni private; e qui abbiamo tutto un regime delle derivazioni che ci è descritto nei particolari da Frontino, che è regolato da leggi, che importa una particolare tutela interdittale al concessionario. E basta leggere appunto il *De aquis urbis Romae* di Frontino per valutare questo riferimento agli acquedotti, e il significato pregnante e specifico in cui vi si parla di *'aqua'* e di *'aqua publica'*.

Ed appunto ponendo di fronte da un lato la posizione degli acquedotti e l'impostazione che si dà al problema delle derivazioni, dall'altro lato la posizione dei fiumi (col loro criterio di pubblicità) e le dichiarazioni relative, vediamo che le posizioni sono invertite, che opposto è il punto di partenza.

Sulle concessioni di acqua dei pubblici acquedotti siamo ampiamente edotti, soprattutto da

¹⁷¹) Cfr., per tutti, i miei *Appunti sulle derivazioni*, cit., p. 385 [= p. 17] nt. 2.

¹⁷²) Accenni in questo senso parrebbero esistere invece nelle fonti bizantine (cfr. miei *Appunti sulle derivazioni*, cit., p. 387 [= p. 19] nt. 3).

¹⁷³) A colorire lo sviluppo nel senso che il diritto giustiniano richiederebbe la concessione, si è voluto richiamare il fatto che lo stesso requisito avrebbero introdotto i giustiniani per le costruzioni sul mare o sul lido del mare, interpolando D. 43.8.3.1 e D. 41.1.50; ma questi passi non parlano per la necessità della concessione (cfr. i miei *Appunti sulle derivazioni*, cit., p. 388 ss. [= p. 20 ss.]).

Frontino e dal commento di Ulpiano all'interdetto relativo.

La concessione poteva essere reale o personale. Poteva cioè essere accordata in certa misura a fondi o edifici, dietro corrispettivo di un *vectigal*, oppure essere accordata, sempre dietro corrispettivo di un *vectigal*, a singoli cittadini personalmente, con destinazione però a determinati fondi o edifici, così che alla morte del concessionario, o in caso di vendita, i nuovi *domini* dovevano impetrare una nuova concessione a loro nome ¹⁷⁴.

Le concessioni di derivazioni dai pubblici acquedotti della capitale nell'epoca imperiale vengono dall'imperatore ¹⁷⁵. Nell'epoca più avanzata abbiamo poi parecchie costituzioni dirette a richiamare i proprietari alla osservanza dei limiti delle concessioni originarie, contro gli abusi invalsi con derivazioni illecite e sottrazioni furtive, ed a stabilire un rigoroso controllo dei titoli delle singole concessioni ¹⁷⁶.

Per la derivazione delle acque pubbliche può tener luogo della concessione la *vetustas*; questa non significa acquisto del diritto per usucapione, ma presunzione di antica concessione giustificata dal tempo immemorabile dell'uso della cosa (cfr. D. 39.3.26; D. 43.20.3.4; C.I. 11.43.4). Questa *vetustas* non si deve confondere colla *longi temporis praescriptio*, che, come si è detto, non competeva per le cose pubbliche.

Il regime delle concessioni, se queste sono gratuite, non esce dall'orbita della tutela amministrativa dell'uso pubblico, e ciò sia se la concessione è regime d'eccezione, come avveniva per i fiumi pubblici, sia se fosse invece regime normale. Ma quando la concessione è, come si è visto, a pagamento, allora, come rileva il Bonfante, si scorge come il distacco tra le *res in usu publico* e quelle patrimoniali non sia assoluto, come, almeno, anche dalle prime lo Stato possa trarre reddito. Certo il fatto che la concessione ha il suo scopo e limite nel pubblico uso, la possibilità di revoca, inerente a questa destinazione, danno al rapporto una configurazione particolare; d'altra parte non si può dimenticare che concessioni si hanno persino per il mare, che è *res communis omnium*.

29. Passando ora a considerare brevemente le sanzioni, rileviamo come anzitutto la tutela dell'uso diretto delle cose in uso pubblico contro gli impedimenti che ad esso si oppongono è dato dall'*actio iniuriarum*, cioè da quella azione penale che mirava a colpire gli attentati alla integrità fisica e morale della persona ed all'esercizio di un'attività consentita dal diritto; e ciò vale anche per gli usi diretti delle acque (Ulp. D. 43.8.2.9; D. 47.10.13.7) ¹⁷⁷.

A tutela dell'uso dei fiumi, contro le alterazioni delle acque e contro tutti gli abusi che impedivano o danneggiavano il pubblico uso, il pretore accordò una serie di interdetti popolari, che più volte abbiamo avuto occasione di ricordare. Vediamoli ora distintamente.

a) Il primo interdetto tutela la conservazione delle acque del fiume allo scopo della navigazione:

D. 43.12.1.pr.: Ait praetor: 'Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat'.

L'interdetto compete contro ogni fatto od opera o immissione che renda peggiore la navigazione, la

¹⁷⁴ Cfr. D. 43.20.1.38-43 (nel § 43 è interpolato l'ultimo brano '*nam si ... impetraverit*'); D. 7.1.27.3; D. 30.39.5; D. 19.1.41; Front., *de aquis urbis Romae* 2.107-109; Festus sv. '*sifus*' [L.² p. 430]. Cfr. COSTA, *Le acque*, cit., p. 38 ss. In proposito si parla anche di '*iura separata a fundo*', che importavano in chi ne fosse investito la facoltà di usare delle acque dovunque potessero giungere ('*quocumque duci possint*'); cfr. COSTA, *Le acque*, cit., p. 42 ss., il quale vi riferisce D. 43.20.1.12; D. 10.1.19.4; D. 43.20.5.1.

¹⁷⁵ Si veda la nota precedente. Cfr. E. WEISS, *Der Rechtsschutz der römischen Wasserleitungen*, in «ZSS», XLV, 1925, p. 87 ss., in particolare p. 95 s.

¹⁷⁶ C.Th. 15.2.7 = C.I. 11.43[42].4; C.Th. 15.2.4 = C.I. 11.43[42].2; C.I. 11.43[42].5; C.I. 11.43[42].9; cfr. COSTA, *Le acque*, cit., p. 40 ss.

¹⁷⁷ Questi passi sono alterati, ma la soluzione è sostanzialmente classica (cfr. SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 104 ss.).

statio (cfr. D. 43.12.1.13) e *l'iter* (cfr. D. 43.12.1.14), e cioè sia in caso di derivazioni che impoveriscano il fiume, come per il caso che la corrente sia più rapida per essere ristretto l'alveo o il livello più basso per essere stato l'alveo allargato o per qualsivoglia altro fatto (D. 43.12.1.15).

L'interdetto naturalmente riguarda solo i fiumi pubblici navigabili (D. 43.12.1.12); Labeone l'avrebbe però esteso utilmente ai fiumi non navigabili:

D. 43.12.1.12: ... sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere 'ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit'.

L'Albertario nello scritto citato, segnando varie interpolazioni, ritiene che Labeone si limitasse ad affermare, sempre puramente per i fiumi navigabili, l'applicazione dell'interdetto affinché non sia impedito ad alcuno di togliere ciò che abusivamente è stato fatto nell'alveo e nella *ripa* del fiume. La ricostruzione non ci pare del tutto sicura. In ogni modo non crederemmo che a questa trasformazione si potrebbe dare il valore generale che le attribuisce l'Albertario, secondo il quale essa rientrerebbe in una tendenza giustiniana ad obliterare l'antitesi esistente per diritto classico tra i fiumi navigabili e quelli non navigabili. Abbiamo visto come questa tesi generale dell'Albertario non possa, a nostro parere, essere accolta. Quanto a D. 43.12.1.12, si osservi che il fatto che l'interdetto non si applicasse nel diritto classico ai fiumi non navigabili è la naturale conseguenza del fatto che esso mirava alla tutela della navigabilità; esso non prova quindi per una generale antitesi tra i fiumi navigabili e quelli non navigabili. D'altra parte l'alterazione giustiniana avrebbe valore occasionale; vedendo che Labeone affermava l'applicabilità dell'interdetto per tutelare la facoltà di rimuovere ciò che è stato fatto nell'alveo o sulla *ripa* del fiume '*ut exarescat vel aquae cursus impediatur*', i compilatori avrebbero creduto che questa applicazione potesse essere indipendente dalla navigabilità e ne avrebbero affermata l'applicazione ai fiumi non navigabili.

Contro questo interdetto si dava un'eccezione quando l'opera fosse permessa dalla legge ('*extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit*'), cioè dalla legge della colonia o del municipio, secondo la quale l'opera fosse permessa; non si dava invece un'*exceptio* sulla base del fatto che l'opera fosse diretta a munire la *ripa* ('*aut nisi ripae tuendae causa factum sit*': D. 43.12.1.16).

Secondo Labeone si applicava un interdetto utile per le opere fatte nel mare (D. 43.12.1.17).

Accanto all'interdetto proibitorio stava l'interdetto restitutorio per la restituzione del primitivo stato quando l'opera fosse compiuta:

D. 43.12.1.19: Deinde ait praetor: 'Quod in flumine publico ripave eius fiat <factum [?]> sive quid in id flumen ripave eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas'.

b) Un altro interdetto, che ha valore generale, è quello contemplato in D. 43.13:

D. 43.13.1.pr. (Ulp. 68 *ad ed.*): Ait praetor: 'in flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripave eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto'.

Anche a questo interdetto proibitorio corrisponde un interdetto restitutorio:

D. 43.13.1.11: Deinde ait praetor: 'Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in flumen ripave eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit atque uti priore aestate fluxit, restituas'.

L'interdetto colpisce dunque ogni opera o immissione che alteri il corso delle acque rispetto all'estate precedente. Come il giureconsulto spiega nel § 3 dello stesso frammento, non si ha riguardo all'alterazione del volume dell'acqua, ma al corso di essa, e cioè all'altezza, alla direzione ed alla velocità della corrente ('*quod autem sit 'aliter fluat' non ad quantitatem aquae fluentis pertinet, sed ad modum et ad rigorem cursus aquae referendum est*'); rientra anche nelle alterazioni del corso dell'acqua colpite da que-

sto interdetto lo scoprire un *rius* coperto e il coprirne uno scoperto (§ 4).

Il giureconsulto spiega come si debba intendere il corso estivo alla stregua del quale si deve valutare l'alterazione; l'*aestas* è il periodo che va dall'equinozio di primavera all'equinozio di autunno¹⁷⁸; e si prenderebbe appunto per misura il corso estivo perché è il più normale.

L'interdetto si riferisce a tutti i fiumi, navigabili e non navigabili. Lo afferma Ulpiano in D. 43.13.1.2:

Pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt sive non sunt.

L'Albertario, nello scritto citato, ha sostenuto che il passo è interpolato e che nel diritto classico l'interdetto si sarebbe riferito solo ai fiumi non navigabili (il '*sive navigabilia sunt sive non sunt*' sarebbe stato sostituito a '*quae navigabilia non sunt*'). Anche qui dunque si rispecchierebbe l'antitesi classica tra fiumi navigabili e non navigabili offuscata dai compilatori. Ma anche su questo punto non riteniamo di poter aderire alla tesi dell'insigne romanista. Egli crede di poter trarre argomento dal fatto che il termine di raffronto per valutare le alterazioni è dato dalla fluenza estiva. Orbene, dice l'Albertario, «se avesse provveduto alla difesa anche dei fiumi pubblici navigabili, l'interdetto avrebbe dovuto preoccuparsi anche della fluenza iemale, e non della sola fluenza estiva! Se invece si preoccupa soltanto di questa, ciò dipende dal fatto che esso provvedeva, alla difesa di acque pubbliche destinate alla irrigazione, che si fa nella sola estate; e non alla navigazione che si fa in qualunque tempo». Anzitutto D. 43.13.1.8 sembrerebbe spiegare altrimenti, il riferimento alla fluenza estiva, e cioè coll'osservare che '*semper certior est naturalis cursus fluminum aestate potius quam hieme*'; l'Albertario, seguendo il Beseler, ritiene che questo passo sia interpolato; ma l'interpolazione di tutto il brano mi pare tutt'altro che provata. Comunque, anche prescindendo da ciò, anche ammettendo che la ragione sia puramente quella messa in rilievo dall'Albertario, che cioè l'interdetto mira a salvaguardare l'uso dell'acqua agli scopi dell'agricoltura, dei quali appunto il giureconsulto mostra di preoccuparsi nel commento, non credo che se ne possa trarre la conclusione a cui l'Albertario vuol giungere. Certo l'interdetto tutela l'agricoltura e non la navigazione, già tutelata da un altro interdetto, ma agli scopi dell'agricoltura servivano non solo i fiumi non navigabili, bensì anche quelli navigabili, per i quali come abbiamo detto le derivazioni erano ammesse, purché non diminuissero la navigabilità. In genere l'*'incommodum accolentium'*, di cui sempre si preoccupa Ulpiano riguardo a quest'interdetto, può derivare sia, dai fiumi non navigabili come da quelli navigabili.

Alcuni giureconsulti ritenevano che l'interdetto non trovasse applicazione quando l'opera fosse fatta allo scopo di rafforzare le sponde del fiume e davano quindi un'*exceptio* '*quod eius ripae muniendae causa non fiet*'; altri però ritenevano che l'eccezione non si dovesse concedere, in quanto non doveva essere lecito neppure munire le *ripae*, se ciò avveniva '*cum incommodo accolentium*'. Ulpiano (se la finale del passo è genuina) affida al potere discrezionale del pretore di giudicare se concedere o meno l'eccezione (D. 43.13.1.6).

c) In D. 43.14, si tratta di un altro interdetto che tutela la navigazione, vietando gli impedimenti ad essa frapposti. Si tratta dunque di una sanzione specifica che dà a quest'uso delle acque una tutela più piena e più energica della generica sanzione dell'*actio iniuriarum*. E l'interdetto è esteso ad altre acque pubbliche navigabili.

D. 43.14.1.pr.: Praetor ait: 'Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdiciam'.

Il § 7 dello stesso passo afferma che si concede un interdetto utile al *publicanus* che ha avuto in af-

¹⁷⁸) In questo senso va integrato il brano di D. 43.13.1.8 '*... aestas ad equinoctium autumnale refertur*' (BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 87 [= p. 103]).

fitto dallo Stato o dal municipio un lago o uno stagno ed è impedito di esercitarvi la pesca; si è però discusso se il passo debba intendersi in questo senso o piuttosto non si debba vedervi un accenno all'applicazione dell'interdetto *de loco publico fruendo*¹⁷⁹.

E' poi dubbio il valore dell'affermazione del § 9 dello stesso passo: '*... tale interdictum competere ne cui vis fiat, quo minus pecus ad flumen publicum ripamve fluminis publici appellatur*'. Si tratta di un uso che non ha a che fare con quello tutelato dall'interdetto di cui qui parliamo. Si tratta di un particolare interdetto a similitudine di quello considerato? Secondo l'Ubbelohde¹⁸⁰ si avrebbe qui puramente un accenno ad una applicazione dell'*interdictum ut via publica ire agere liceat*, di cui parlemo; ma la spiegazione è un po' forzata.

d) Un altro interdetto tutelava la facoltà di compiere opere di rafforzamento delle *ripae* :

D. 43.15.1.pr.: Praetor ait: 'Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrati vel cautum vel satisfatum est, aut per illum non stat quo minus viri boni arbitrati caveatur vel satisfatur, vim fieri veto'.

Con questo interdetto il pretore vieta qualunque impedimento ad opere di rafforzamento della *ripa* del fiume, purché queste opere non danneggino la navigazione, e purché l'autore di esse dia la *cautio* (o *satisfatio*) *damni infecti* per dieci anni, a chi, proprietario vicino o della riva opposta, possa esserne danneggiato.

La utilità di rafforzare le rive non fa dunque eccezione (del resto già l'abbiamo visto) al divieto di opere che rendano meno facile la navigazione. Abbiamo visto come invece fosse discusso tra i giureconsulti se tale necessità facesse eccezione al divieto di alterare il corso dei fiumi, in quanto si discuteva se all'interdetto relativo si potesse o meno opporre una *exceptio*, '*quod eius ripae muniendae causa non fiat*' (D. 43.13.1.6; cfr. C.I. 7.41.1).

Da D. 43.15.1.6 parrebbe che l'interdetto *de ripa munienda* si estendesse *utiliter* alle rive dei laghi, fossi e stagni pubblici, se però l'ultimo brano di questo passo ('*sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis munienda*') non è interpolato, com'è invece probabile.

30. Particolare discorso merita la tutela della facoltà di derivare acqua dal fiume.

La generica tutela dell'*actio iniuriarum* per gli impedimenti diretti all'uso del fiume, la tutela indiretta dell'interdetto che vietava l'alterazione del corso del fiume rispetto all'estate precedente fornivano già una sanzione.

Ma essa non appare piena. E d'altra parte non si può negare una certa connessione della materia colla trattazione relativa ai mezzi giuridici che tutelavano le derivazioni di diritto privato (cioè quelli relativi alla servitù di acquedotto). Pomponio parla delle derivazioni dai fiumi pubblici nel libro XXXIV *ad Sabinum* (D. 43.12.2; D. 43.20.3.1), insieme coll'acquedotto, probabilmente sotto la rubrica '*de aqua et aqua pluvia arceanda*'¹⁸¹; così, abbiamo visto come di tali derivazioni parli Ulpiano nel libro LIII *ad edictum* (D. 39.3.10.2), appunto nel commento all'editto '*de aqua et aquae pluviae arceandae*', dove si trovavano le formule delle azioni relative all'acquedotto. Nella compilazione giustiniana poi, D. 8.3.17 è nel titolo '*de servitutibus praediorum rusticorum*'; D. 43.20.3.1 nel titolo '*de aqua cottidiana et aestiva*'; D. 39.3.10.1, nel titolo '*de aqua et aquae pluviae arceandae*'. La collocazione di questi passi, in rapporto col fatto che essi contengono l'affermazione della ammissibilità della derivazione, pare significativa. E si aggiunga la particolare posizione dell'acquedotto nell'editto sotto la rubrica '*de aqua et aquae pluviae arceandae*'.

Per contro riconosciamo che ammettere senz'altro l'applicazione della *vindicatio servitutis*, come

¹⁷⁹) Cfr. UBBELOHDE, *op. cit.*, p. 435 ss.

¹⁸⁰) *Op. cit.*, p. 595 ss.

¹⁸¹) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 145 [n. 792 s.].

avevamo altrove ammesso col Costa, va incontro a difficoltà, anche limitandone l'applicazione ai rapporti coi terzi, non cogli organi amministrativi dello Stato¹⁸²; meno grave, ma pur sempre dubbia (cfr. D. 43.20.1.7 ss.), è l'applicazione dell'*interdictum de aqua cottidiana et aestiva* (per l'*interdictum de rivis*, cfr. invece D. 43.21.3.4).

Si potrebbe poi osservare che, anche limitando le azioni *de aquae ductu* alla servitù sui fondi privati, siccome la servitù di acquedotto si può stabilire anche per acqua derivata dal fiume pubblico, poteva avere interesse sottolineare che si poteva derivare l'acqua dal fiume pubblico (per il nascere essa dal fiume nel fondo attraverso i '*prima incilia vel principia fossarum*' cfr. D. 43.20.1.8).

Ma noi crediamo che soprattutto D. 39.3.10.2 faccia pensare che il pretore adeguasse una tutela ad analogia della *vindicatio servitutis*. Come abbiamo detto, per le concessioni da un acquedotto pubblico si dà un particolare interdetto (che in D. 43.20.1.42 si estende per interpolazione alla concessione di derivazione '*ex quocumque alio loco publico*', nel che però non devono essere compresi i fiumi). La diversa sanzione processuale relativa ai fiumi è determinata, come abbiamo detto, dalla diversa posizione di questi.

31. Il criterio desunto dalla configurazione naturale è affermato, abbiamo detto, solo per i fiumi, che sono detti «pubblici *iuris gentium*». Per le altre cose, della loro pubblicità decide il titolo o la destinazione al pubblico uso (qui, abbiamo detto, consideriamo le *res in publico usu*). E normalmente suole intervenire un particolare atto di *publicatio*, per cui la cosa è '*in publicum relicta*', compiuto da un magistrato competente (D. 43.8.2.21; Orelli, 3259 s.¹⁸³; Suet., *Oct.* 29)¹⁸⁴.

Dobbiamo ora considerare tutta una serie di opere pubbliche, di *res publicae* create dall'opera dell'uomo per la loro destinazione. E giova premettere che occorre pur sempre tener presente la individualità che alle singole *res* danno gli elementi onde risultano; si ha quindi anche qui una gradazione con diverse sfumature.

Vediamo gli esempi più notevoli.

a) Il *portus* è definito in Ulp. D. 50.16.59:

'Portus' appellatus est conclusus locus, quo importantur merces et inde exportantur; eaque nihilo minus statio est conclusa atque munita. inde 'angiportum' dictum est.

L'affermazione della pubblicità dei porti si trova in Marcian. D. 1.8.4.1 e *Iust. inst.* 2.1.2. Che Marciano dica pubblici i porti, e che possano intendervisi compresi anche i porti sul mare, mentre egli comprende mare e lido nella categoria distinta delle *res communes omnium*, non deve, l'abbiamo già osservato, considerarsi contraddittorio. Già abbiamo detto come le opere e costruzioni sul mare e sul lido tolgano a questi il carattere di mare e di lido, e siano proprietà di chi li compie. Così dunque la costruzione del porto lo fa rientrare nelle opere pubbliche; occorrerà però tener presenti gli elementi e il modo onde risulta colla sua pubblicità; e si può notare come Marciano, che però non enuncia una distinta categoria di *res publicae iuris gentium*, lo ricordi insieme coi *flumina*.

In D. 43.12.1.17 (e a questo va collegato D. 50.16.59, che definisce il porto) è dato per il mare ed il lido, un interdetto, analogo a quello che tutela la navigabilità dei fiumi, perché non si facciano opere '*quo portus statio iterve navigio deterius fiat*'.

b) Vanno qui pure ricordati gli acquedotti pubblici, mediante i quali si attua la derivazione delle acque da fonti o corsi pubblici a servizio dei centri urbani. Già abbiamo detto che dapprima le acque servivano esclusivamente ai pubblici usi, essendo condotte ai serbatoi pubblici dove i cittadini si

¹⁸² Cfr. LAURIA, *op. cit.*, p. 11; BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, cit., p. 609 ss.

¹⁸³ [= «CIL.» VI.1, p. 153 n. 874.]

¹⁸⁴ Cfr. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im erstern Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, p. 269 ss.

dovevano recare ad attingere, o ai pubblici lavatoi o alle pubbliche terme, e non potevano essere derivate agli edifici privati se non eccezionalmente e nella misura che era superflua ai pubblici usi (*“aqua caduca”*)¹⁸⁵. Più tardi, già sulla fine dell'epoca repubblicana, la derivazione delle acque agli edifici privati divenne d'uso normale e si attuò mediante concessioni; di queste abbiamo già parlato per antitesi al regime normale dei fiumi¹⁸⁶.

Sulla particolare configurazione, e sulla costituzione di questi diritti e sulla tutela giuridica, come in genere sulla tutela giuridica degli acquedotti, non ci possiamo ora ulteriormente trattenere¹⁸⁷. Ci basterà ricordare di nuovo come a tutela delle derivazioni d'acqua dai *castella* esistesse un particolare interdetto¹⁸⁸.

c) Le vie pubbliche, secondo la definizione data in D. 43.8.2.21 (Ulp. 68 *ad ed.*) sono quelle che si trovano in suolo pubblico, cioè dello Stato, e sono state determinate, al loro scopo, cioè *“ut ea publice iretur commearetur”*, da quel magistrato che ha il *ius publicandi* (cfr. *Isid., orig.* 15.16.5). Il passo le considera in antitesi alla via privata, cioè alla *servitus viae*, al diritto di passaggio su terreno altrui (*“viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit, viae autem publicae solum publicum est”*). Il passaggio sul suolo proprio non è qui preso in considerazione, e ciò si capisce in quanto tale passaggio non è che una delle tante facoltà che rientrano nella generale signoria del proprietario sulla cosa; al diritto di usare della via pubblica, che compete, come ogni uso delle cose pubbliche, *iure civitatis*, si contrappone quindi solo la *servitus viae*, come diritto di passaggio che compete su via privata a titolo privato, in quanto solo questo si presenta con una configurazione autonoma.

Ulpiano spiega poi (D. 43.8.2.22) che *“viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales”*; che sono pubbliche le grandi vie che i Greci chiamano βασιλικαί («regie»), e che *“nostri praetorias alii consulares vias appellant”*; che sono private quelle che sono anche dette altrimenti agrarie, che (§ 23) *“privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeari liceat, in quas exitur de via consulari et sic post illam excipit via vel iter vel actus ad villam ducens”*; al che soggiunge: *“has ergo, quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse”*. In una condizione ambigua e discussa si trovano le cd. *viae vicinales*, cioè quelle *“quae in vicis sunt vel in vicis ducunt”*, in quanto alcuni le ritengono pubbliche; Ulpiano, allo stato attuale delle fonti (§ 22) direbbe che queste vie sono private o pubbliche secondoché sono state costituite o meno *“ex collatione privatorum”* (D. 43.8.2.22; cfr. D. 43.7.3.pr.); il fatto che sia avvenuta *“ex collatione privatorum”* solo la *refectio* non decide che la via sia privata, in quanto anche la *refectio* della via pubblica *“de communi fit, quia usum utilitatemque communem non habet”*. Sono dunque anche pubbliche le strade minori, non consolari o pretorie, se il suolo adibito a tali strade è pubblico (cfr. D. 43.8.2.22-23)¹⁸⁹.

Si noti poi che nelle colonie i *limites* maggiori e minori non erano semplici linee di confine ma striscie di territorio tra i fondi, destinate al pubblico passaggio. I maggiori erano vere e proprie vie pubbliche, mentre nell'epoca storica i *limites* più stretti erano pubblici quanto all'uso (*“iter populo debetur”*) ma privati quanto alla proprietà.

d) Sono pure pubblici in uso pubblico i luoghi destinati ad esercizi militari, a pubblico divertimento, o altrimenti a pubblici usi.

¹⁸⁵ Cfr. Front., *aq.* 2.94; «Lex coloniae Genetivae Iuliae», 99 (BRUNS, Fontes, cit., I, § 28, p. 133); «Edictum Augusti de aquaeductu Venafrano» (*ivi*, § 77, p. 249 ss.).

¹⁸⁶ Cfr. WEISS, *op. cit.*

¹⁸⁷ Cfr. COSTA, *Le acque*, cit., p. 38 ss.; WEISS, *op. cit.*

¹⁸⁸ D. 43.20.1.38: *Ait praetor: “Quo ex castello illi aquam ducere ab eo cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat, vim fieri veto. quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri iubebo”*.

¹⁸⁹ Ulpiano, come abbiamo visto, pone a base della pubblicità delle vie il criterio dell'appartenenza del suolo. Un passo di Festo [L.² p. 461] invece porrebbe il criterio discrezionale per le strade pubbliche nella pubblicità dell'uso: *“Viae sunt et publicae per quas ire facere omnibus, et privatae quibus neminem uti ius est praeter eorum quorum sunt”*. Giova qui richiamare quell'oscillazione del significato di pubblico in rapporto alla varietà della realtà giuridica, che abbiamo ricordato a proposito delle *ripae fluminis* e della tesi di Vassalli. Quanto ai *limites* è detto nel testo.

Così era pubblico il *campus Martius*, così il *forum*, le *basilicae*, gli *stadia*, i *theatra*, i *balinea* o *thermae*.

Gioverà qui ancora richiamare come, per queste cose di cui decide il titolo e la destinazione, 'publicus', in rapporto al riferimento soggettivo, possa essere inteso in senso più rigoroso e ristretto con riferimento alle *res populi Romani*, oppure d'altra parte in quel senso più largo, più propriamente detto abusivo, che comprenderebbe anche le cose delle *civitates*. Si applica qui quanto sopra abbiamo detto circa le oscillazioni del significato di 'publicus', e la individuazione o meno di una categoria distinta di *res universitatis*; il concetto puro e rigoroso di 'res publicae' è dato dalle 'res publicae populi Romani'.

32. Già abbiamo ricordato l'affermazione contenuta in D. 43.8.2.2: '*loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt iure scilicet civitatis non quasi propria cuiusque*'. Nell'ambito della loro destinazione le cose in pubblico uso sono dunque normalmente aperte al pubblico uso, salvo per quegli usi che esorbitano dal normale libero godimento in modo da richiedere la concessione. Se per esempio libero è il passaggio sulla pubblica via, se libero è attingere acqua a pubblici serbatoi a ciò destinati, lavare ai lavatoi, e così via (cfr. D. 43.8.2.9), non è libera la derivazione dai pubblici acquedotti. Se si afferma che l'esistenza di una via pubblica (come di un fiume che si può passare a guado) tra due fondi non impedisce, a carico dell'uno, a favore dell'altro, una servitù di passaggio o di *aquae haustus*, si afferma però che essa impedisce una servitù di acquedotto, salvo concessione imperiale, come impedisce una servitù *protegendì* o *immittendì* (cfr. D. 8.1.14.2; D. 8.2.1; D. 39.3.17.3); la discriminazione si basa sul fatto che la servitù importi l'esplicazione, sulla via pubblica, di un'attività che si può o non si può compiere '*iure civitatis*'. Di servitù sulla via pubblica non può essere parola, neppure per effetto della concessione imperiale, perché si tratta di *res extra nostrum patrimonium*.

Quanto alla tutela delle cose in pubblico uso, anzitutto, come abbiamo già detto, il libero uso di esso conforme alla loro destinazione era garantito dall'*actio iniuriarum*, che spettava a chi ne era impedito (D. 43.8.2.9; D. 47.10.13.7).

Si aveva poi tutta una serie di interdetti, alcuni in genere relativi ai luoghi pubblici, altri specifici per le vie pubbliche.

Pomponio (30 *ad Sab.*) in D. 43.7.1 afferma:

Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicatur.

Un interdetto proibitorio vietava di compiere opere o immissioni dannose in luogo pubblico:

D. 43.8.2.pr.: Praetor ait: 'Ne quid in loco publico facias in ve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. de eo quod factum erit interdictum non dabo'.

L'interdetto riguardava in genere i luoghi pubblici destinati all'uso pubblico (*areae, insulae, viae publicae, itinera publica*), non *res in patrimonio fisci* (D. 43.8.2.3-5). Esso impediva in genere le costruzioni. Si rilevi come facesse eccezione il caso di particolare concessione.

A questo interdetto proibitorio non ne corrispondeva uno restitutorio; non si poteva quindi chiedere la demolizione di un'opera compiuta '*nemine prohibente*'. Però, se l'opera compiuta impediva l'uso pubblico, l'autorità cui era affidata la sorveglianza delle opere pubbliche la poteva far abbattere; se invece essa non impediva tale uso, si imponeva al costruttore, come si è visto, il pagamento di un *vectigal*.

Un altro interdetto riguardava le vie pubbliche.

D. 43.8.2.20. Ait praetor 'In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto'.

Vi corrispondeva un interdetto restitutorio:

D. 43.8.2.35: Praetor ait: 'Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve deterius sit fiat, reatituas'.

L'interdetto si riferiva alle vie rustiche, non a quelle urbane, la cui cura spettava direttamente ai magistrati (D. 43.8.2.24).

Un altro interdetto tutelava direttamente la facoltà di passare sulla via pubblica.

D. 43.8.2.45: Praetor ait: 'Quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto'.

Con un altro interdetto proibitorio si tutelavano le opere dirette a restaurare la via, vietando impedimenti a tali opere.

D. 43.11.1.pr.: Praetor ait: 'Quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire reficere liceat, dum ne ea via idve iter deterius fiat, vim fieri veto'.

L'opera diretta a restaurare la via era dunque tutelata contro gli attacchi altrui, purché non recasse danno alla via.

In D. 43.10 si riporta un testo greco estratto da un *liber singularis* di Papiniano, sopra lo ἀστυνομικός ('*de cura urbium*') in cui si parla della competenza degli ἀστυνομικοί ('*curatores urbium*': sull'identificazione dei quali si discute), a cui è affidata particolarmente la conservazione e manutenzione delle vie pubbliche.

L'interdetto *de loco publico fruendo* (D. 43.9) non riguardava le cose pubbliche *in publico usu*, ma quelle date in locazione ai privati dietro corrispettivo di un *vectigal*. L'interdetto era proibitorio, vietava cioè ad altri di impedire il godimento di questi beni secondo la *lex locationi*.

33. Abbiamo visto come, secondo la classificazione di Marciano, riportata in *Iust. inst.* 2.1.pr. e in D. 1.8.2 (integrato mediante il passo ricordato dalle Istituzioni) delle *res publicae* si distinguono le *res universitatis*, cioè i beni delle *civitates*.

D. 1.8.6.1 (= *Iust. inst.* 2.1.6): Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum ...

Questa partizione risponde al concetto rigoroso di '*res publica*' come '*res populi Romani*', concetto che però, come si disse, non si è mantenuto e non è generalmente seguito, per quanto Gaio e Ulpiano denunzino come abusiva l'estensione della qualifica di pubbliche alle cose delle *civitates*.

Siano queste cose dette anch'esse pubbliche, siano dette '*communes civitatum*', come nel passo citato e nella *lex Salpensana* e nella *lex Malacitana*, comunque esse si distinguono pure a seconda che sono destinate all'uso pubblico o nel patrimonio della città; appartengono alla prima categoria *fora*, *theatra*, *basilicae*, *stadia*, le vie, naturalmente quelle della città o che servono alla città; d'altra parte alla città appartengono fondi, schiavi, etc., che fan parte della seconda categoria.

Capitolo III «RES MANCIPI» E «RES NEC MANCIPI»

34. Gaio alla distinzione fra *res quae in nostro patrimonio sunt* e *res extra nostrum patrimonium habentur* fa seguire, come abbiamo visto, la distinzione tra *res corporales* e *incorporales* (*inst.* 2.12-14), di cui abbiamo già fatto sufficiente critica. A questa segue quella tra *res mancipi* e *res nec mancipi* (*inst.* 2.14 ss.: cfr.

inst. 1.120). E' questa una distinzione che si presenta come fondamentale nel diritto classico, per quanto sia sostanzialmente superata nel diritto pretorio, e che tramonta in epoca postclassica ed è scomparsa nel diritto giustiniano¹⁹⁰.

35. Erano *res Mancipi*: i fondi (case e terreni) situati in suolo italico (cioè in Italia o, se nelle provincie, nel territorio di quelle comunità, romane, latine e peregrine, che ebbero il privilegio del *ius italicum*) gli schiavi; gli animali da tiro e da soma ('*quae collo dorsove domari solent*'), cioè buoi, cavalli, muli e asini; le servitù dei fondi rustici (Gai., *inst.* 1.120, 2.14a; *ep. Ulp.* 19.1; Pap., *fr. Vat.* 259; Boeth., *comm. in Cic., top.* 4.23¹⁹¹). Erano *res nec Mancipi* tutte le altre *res*.

Sull'elenco delle *res Mancipi* si era discusso in antico fra gli studiosi del diritto romano, nonostante l'enumerazione di Ulpiano; ci si domandava cioè se *res Mancipi* erano solo quelle comprese in tale enumerazione o se vi si potessero comprendere tutte le cose preziose; davano luogo alla questione due passi di Plinio (*nat. hist.* 9.35.58[117] e 9.35.60[124]) in cui si accenna ad una *Mancipatio* di perle (la *Mancipatio* è, come diremo, il modo di alienazione proprio delle *res Mancipi*¹⁹²). Oggi però il dubbio non si presenta più di fronte alle numerose testimonianze delle fonti pervenute. L'elenco delle *res Mancipi* era un elenco chiuso e limitato precisamente agli oggetti suenunciati; persino per gli animali da tiro e da soma l'elenco si è fermato ai buoi, cavalli, muli, e asini, e Gaio spiega come non siano *res Mancipi* i cammelli e gli elefanti, dicendo che '*non nomen quidem illorum animalium eo tempore notum fuit, quo constituebatur quasdam res Mancipi esse quasdam nec Mancipi*'.

Rimane qualche dubbio su punti singoli. Per esempio si discute se fossero *res Mancipi* tutte le servitù rustiche, o soltanto le più antiche e principali, cioè le quattro menzionate da Ulpiano, *via, iter, actus, aqueductus*. Contro questa limitazione e per il carattere puramente esemplificativo del '*velut*' del passo Ulpiano, parrebbe stare l'osservazione che Gaio in due passi (*inst.* 2.17; 2.29) parla in generale di '*servitutes praediorum rusticorum*', ed il fatto che sotto vari riguardi le servitù rustiche hanno rispetto alle servitù urbane un particolare regime. Ma la formazione delle servitù rustiche ci presenta un *hiatus* storico fra le quattro più antiche e le altre successive, che fa sì che da una parte il superamento di quelle abbia dato luogo a dubbi e non sia stato unanime (cfr. Ulp. D. 8.3.1.1; *Inst. inst.* 2.3.2), mentre d'altra parte, superato il salto, la categoria viene ad essere caratterizzata puramente da un criterio negativo rispetto alle servitù urbane¹⁹³; Gaio potrebbe dunque aver limitato le servitù rustiche alle quattro più antiche. Il punto non è di facile soluzione; da un lato in primo piano, come immediata, si pone l'inclusione delle quattro servitù più antiche nelle *res Mancipi*; dall'altro lato, a non escludere l'estensione attraverso l'allargamento della categoria delle servitù rustiche sta l'osservazione che qui praticamente l'inclusione nelle *res Mancipi* portava alla comodità di poter usare la *Mancipatio* anziché l'*in iure cessio* (cfr. Gai., *inst.* 2.25).

Altro punto controverso è la conciliazione tra i passi del *De re rustica* di Varrone [*r. rust.* 2.17 e 2.29], in cui si parla di *traditio* per il passaggio della proprietà di buoi, cavalli, muli e asini, ed il fatto che queste cose erano incluse nelle *res Mancipi*, che non si potevano trasferire mediante *traditio*. Il Voigt ritenne, che al tempo di Varrone gli animali da tiro e da soma non fossero ancora considerati *res Mancipi*. Ma a questa tesi si oppone l'affermazione di Gaio che gli elefanti ed i cammelli non era-

¹⁹⁰ Ricorderemo come fondamentale in materia sia l'opera di P. BONFANTE, *Res Mancipi e nec Mancipi* (1888-1889), ora in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918, p. 1 ss. Si veda da ultimo l'elegante scritto di DE VISSCHER, *Mancipium et res Mancipi*, cit., p. 263 ss. [= p. 193 ss.].

¹⁹¹ [Cfr. BRUNS, *Fontes*, cit., II – *Scriptores* –, § VII, p. 74: «Boethius in Ciceronis Topica», *ex l. 2 ad c. 4, 23*].

¹⁹² Si veda *infra*, § 37.

¹⁹³ Cfr. da ultimo G. GROSSO, *Appunti storici e de iure condendo sulla distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, *estr. da «Rivista di diritto agrario»*, XVII, 1938, p. 174 ss. [= *Scritti*, cit., II, p. 304 ss.]. Gioverà qui sottolineare che noi per maggiore comodità usiamo il termine, divenuto usuale, «servitù rustiche» e «servitù urbane»; la terminologia tecnica dei Romani è quella di '*iura*' (o '*servitutes*') '*praediorum rusticorum*' o '*praediorum urbanorum*', cioè servitù dei fondi rustici, servitù dei fondi urbani, per quanto non manchi nelle fonti talvolta l'espressione contratta '*servitutes rusticae*' o '*urbanae*' (Ulp. D. 8.1.1; D. 43.19.1).

no considerati *res Mancipi* perché al tempo in cui si formava la categoria non erano noti; questa esclusione rivela l'antichità della includere degli animali da tiro e da soma nelle *res Mancipi*. Del resto un'inclusione più tarda non avrebbe avuto region d'essere. La spiegazione più attendibile della testimonianza di Varrone è quella secondo la quale l'opinione che Gaio (*inst.* 2.15) ci riferisce come della scuola proculiana (che cioè gli animali da tiro e da soma siano *res Mancipi*, *non statim ut nata sunt*, come voleva la scuola sabiniana, ma *non aliter quam si domita sunt*) era un residuo di un regime antico, riflesso appunto da Varrone, che quindi si sarebbe riferito ad animali non ancora domati ¹⁹⁴.

36. Abbiamo visto come nelle *res Mancipi*, oltre le cose corporali (cose in senso tecnico) siano comprese delle servitù, cioè dei diritti, e già abbiamo osservato come la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* espressamente si intrecci in Gaio (*inst.* 2.17) con quella tra *res corporales* e *incorporales*.

Si verifica dunque anche a proposito di questa distinzione quella mescolanza e confusione tra cose e diritti che abbiamo notato per quella tra *res corporales* e *incorporales*. Per quest'ultima abbiamo visto come la spiegazione sia data dal fatto che essa mirava essenzialmente agli elementi del patrimonio e contrapponeva alla proprietà, materializzata nella cosa, gli altri elementi patrimoniali. Dobbiamo riferire gli elementi del patrimonio anche la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* e dire cioè che sono *res Mancipi* la proprietà dei fondi italici, degli schiavi, degli animali da tiro e da soma, e le servitù rustiche, e che sono *res nec Mancipi* la proprietà delle altre cose corporali, le servitù urbane, e in genere tutte le *res incorporales* tranne le servitù rustiche? Osserviamo come, anche che se in ipotesi questa sistemazione fosse da accogliersi, la distinzione, tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* verrebbe sempre in considerazione anche in una trattazione che abbia per oggetto le *res* nel senso che abbiamo assunto come tecnico. Infatti la distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, per la proprietà, si attuerebbe secondo la distinzione dell'oggetto, nel quale d'altra parte la proprietà sarebbe concretata e materializzata; la distinzione, per la proprietà, sarebbe sempre un riflesso di una distinzione tra le *res* in senso proprio.

Senonché la sistemazione prospettata non risponde al pensiero dei Romani; per le cose corporali l'attributo di '*res Mancipi*' e '*nec Mancipi*' spetta alla cosa stessa. La confusione e commistione di cose in senso proprio e servitù, nella categoria delle *res Mancipi*, trova una spiegazione storica. Probabilmente nell'epoca originaria, quando la nostra distinzione si formò, le servitù rustiche, che nel diritto classico sono *iura* sul fondo altrui, erano qualche cosa di corporale, e si identificavano colla porzione di terreno su cui si esercitavano; la striscia di terreno su cui si esercitava il passaggio, il *riuis* su cui si attuava l'acquedotto apparteneva al proprietario del fondo. La riduzione a categoria omogenea non si attua dunque col fare della distinzione una distinzione fra i diritti, ma, per la concezione originaria, col farne una distinzione delle *res*.

In seguito, quando le servitù furono considerate tutte come *iura*, le servitù rustiche continuarono a far parte della categoria delle *res Mancipi* e ad essere oggetto di *mancipatio*, ed allora la categoria delle *res Mancipi* abbracciò promiscuamente cose e diritti. Gaio, vedendo entrare nella distinzione talune *res incorporales* come *res Mancipi*, volle sviluppare per armonia logica il sistema col sovrapporre pienamente le due distinzioni e col dire che tutte le altre *res corporales* sono *nec Mancipi* (*inst.* 2.17). E ciò si inquadra bene nella spiccata simpatia di Gaio per la distinzione tra *res corporales* e *incorporales*, e nella successiva impostazione della trattazione dei modi di acquisto delle *res* appunto sulla base del parallelismo fra *res corporales* e *incorporales*, e con riferimento alle due distinzioni. La commisurazione dei diversi criteri rivela spesso la sutura logica, ma ciò non giustifica la affermazione di Solazzi che la inclusione delle altre *res corporales* nelle *res nec Mancipi* non derivi da Gaio, ma da un glossatore post-classico; si tratta di un tentativo sistematico, che non sarà felice, ma è di Gaio, e trova il suo spunto nel fatto che per ragioni storiche la categoria delle *res Mancipi* è venuta a comprendere, oltre cose corporali, un gruppo di *iura*, i *iura praediorum rusticorum*, mentre poi la rilevanza della distinzione tra

¹⁹⁴) Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 172 s. [= p. 203 ss.].

res Mancipi e *res nec Mancipi* si esplica fondamentalmente nel modo di trasferimento della proprietà, in cui appunto avviene quello scambio tra cosa e diritto, che dà materia al parallelo tra *res corporales* e *res incorporales*.

L'Epitome Ulpiani (19.2 ss.) segue qui un'altra impostazione; vi si parla dell'acquisto del *rerum dominium*, con riferimento alle *res* in senso tecnico (il richiamo relativo all'*in iure cessio* nei §§ 19.11 ss., in cui la menzione delle *res incorporales* deve derivare da un rimaneggiamento¹⁹⁵, costituisce una divagazione); e la commistione di *iura* nella distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* si arresta all'inclusione delle servitù rustiche nelle *res Mancipi*; ne risulta così evidente che l'inclusione delle servitù rustiche nelle *res Mancipi* è un relitto storico, non rifuso in una sistematica organica.

Questa sistematica è stata appunto tentata da Gaio; ma dobbiamo prenderla per quello che è, come un tentativo di coordinazione sistematica fra elementi risultanti dalla realtà storica, tentativo che certo male si sovrappone a quello che è il vero significato e la vera portata della distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* e che non va portato alle estreme conseguenze. La distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* investe direttamente le *res* in senso tecnico, e cioè le *res corporales*¹⁹⁶.

37. Per cogliere il valore ed il significato della distinzione, l'origine e lo sviluppo storico, è necessario anzitutto considerarne il regime in epoca storica. Abbiamo visto l'elenco delle *res Mancipi* e, per esclusione, delle *res nec Mancipi*. Ora vediamo la rilevanza giuridica della distinzione.

L'effetto fondamentale riguarda i modi di alienazione: per le *res Mancipi* occorre la *Mancipatio* (che era '*propria species alienationis rerum Mancipi*', così che Gaio, *inst.* 2.22, fa derivare da essa il nome di '*res Mancipi*', e che probabilmente in origine era l'unica forma di alienazione di queste cose), o la *in iure cessio* (che serviva per tutte le *res*). Le *res nec Mancipi* invece si trasferivano, oltreché per *in iure cessio*, anche per semplice *traditio*.

Se alcuno faceva la *traditio* di una *res Mancipi*, *iure civili* non operava dunque alcun trapasso di proprietà; la proprietà si acquistava solo col decorso del tempo per usucapione. Il pretore tutelò però l'acquirente, anzitutto contro la *rei vindicatio* dell'alienante (che era rimasto *dominus ex iure Quiritium*), dei suoi eredi, e poi anche degli acquirenti da lui, mediante un'*exceptio* (dapprima forse l'*exceptio doli*, e poi una *exceptio in factum*, l'*exceptio rei venditae et traditae*); e inoltre, quand'anche avesse perduto il possesso della cosa, mediante un'*actio ficticia*, l'*actio Publiciana*, colla quale si fingeva decorso il tempo per l'usucapione; in questa azione, che competeva a qualsiasi possessore il cui possesso fosse idoneo all'usucapione, nel nostro caso si paralizzava anche la *exceptio iusti domini* del *dominus*, mediante una *replicatio*¹⁹⁷.

Si aveva così una specie di proprietà pretoria. *Iure praetorio* la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* è qui sostanzialmente obliterata. Ciononostante essa viene ancora enunciata come fondamentale, e per tutto il diritto classico la *Mancipatio* è di uso abituale.

Mentre la *traditio* vale solo per il trasferimento della proprietà delle *res nec Mancipi*, la *Mancipatio* vale solo per le *res Mancipi*, così che Gaio (*inst.* 2.22) dice che '*Mancipi res sunt quae per Mancipationem ad alium transferuntur*', e l'Epitome Ulpiani (19.3) che '*Mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipi*'. Invero su questo punto si è discusso, volendosi da alcuno ammettere anche la possibilità di *Mancipa-*

¹⁹⁵ Si veda *supra*.

¹⁹⁶ Su questi problemi, si veda GROSSO, *Appunti sulla distinzione delle «res» nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 45 ss. [= p. 577 ss.]. S. SOLAZZI (*Glosse a Gaio. II*, in «Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano», Pavia, 1934, p. 331 ss. [= *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, p. 300 ss.]) vorrebbe pure che fosse spuria l'attribuzione della qualifica di '*res nec Mancipi*' ai fondi provinciali, in Gai., *inst.* 2.14a; ma anche ciò senza ragione. Si ha qui l'adeguazione della distinzione a tutte le *res*, attraverso la categoria definita negativamente (cfr. G. SEGRÈ, *Se i fondi provinciali fossero res nec Mancipi*, in «ATO.», LXXII, 1936-1937, p. 84 ss. [= *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica*, cit., p. 577 ss.]).

¹⁹⁷ Questo rapporto così tutelato dal pretore è indicato tecnicamente colla locuzione '*in bonis esse*', e rappresenta il principale dei casi di proprietà pretoria. Esso scomparve nel diritto giustiniano, quando, scomparsa la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, la *traditio* divenne modo generale di acquisto della proprietà.

tio per le *res nec Mancipi*. Ma questa tesi è contraddetta dalle testimonianze esegetiche di Gaio e dell'Epitome Ulpiani, che abbiamo ricordato; inoltre dalla testimonianza di Cicerone (*top.* 10.42) che, dicendo '*finge Mancipio aliquem dedisse quod Mancipatio dari non potest*', presuppone l'esistenza di cose che non sono suscettibili di *Mancipatio*; inoltre dal fatto che dell'*actio auctoritatis*, che si riconnette alla *Mancipatio*, nelle fonti si parla sempre soltanto per *res Mancipi*¹⁹⁸. Né ha grande valore in senso contrario l'osservazione che in Plinio (*nat. hist.* 9.35.58[117] e 9.35.60[124]) si parla di *Mancipatio* di per sé¹⁹⁹, e, in alcune iscrizioni, di urne poste nei *columbaria*; già si è risposto che, pur essendo nulla la *Mancipatio* come tale, poteva valere come *traditio* in quanto in concreto la contenesse.

Si osservi ancora come la donna non potesse alienare *res Mancipi* senza l'*auctoritas tutoris*. Per una disposizione delle XII Tavole [V.2], se la donna era in tutela degli agnati o del patrono, la cosa da essa alienata senza *auctoritas tutoris* non poteva essere usucapita (alla stessa stregua delle cose *furtivae* o *vi raptae*); coll'abolizione, per opera di Claudio, della tutela degli agnati sulle donne, tale divieto assoluto di usucapione scomparve. E anche il requisito dell'*auctoritas tutoris* per gli altri tutori andò perdendo il suo antico vigore²⁰⁰.

38. Se lo sviluppo della coscienza sociale, espressa nel diritto pretorio, tende a superare la distinzione, lo spirito e il significato di questa, colla sua genesi, dobbiamo ricercarlo in una fase più antica²⁰¹.

L'antichità della distinzione è ammessa anche da Gaio, quando parla del tempo '*quo constituebatur quasdam res Mancipi esse, quasdam nec Mancipi*' (*inst.* 2.16). Ma questo riferimento ad un '*constitui*', che farebbe pensare ad una statuizione positiva, non deve trarre in inganno; è la tendenza dei Romani ad attribuire ad una determinazione di volontà gli istituti del loro antico *ius civile*²⁰². La distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* deve risalire all'epoca arcaica; essa non è stata posta, ma si è affermata nella realtà e naturalità dei rapporti giuridici primitivi²⁰³.

Essa si afferma come distinzione fondamentale delle *res*, e come tale viene ancora enunciata anche quando la realtà sociale tende a superarla.

Ora, il Bonfante ha messo in risalto come in questo senso la distinzione vada inquadrata in un fenomeno generale a tutti i diritti.

In ogni diritto, egli osserva, la proprietà non è regolata come un blocco uniforme, ma riceve vari regolamenti e delimitazioni a seconda dei diversi oggetti. Si riflette qui l'oscillazione tra i due poli che orientano i diritti dei popoli, il principio sociale e il principio individuale; orbene, in ogni diritto esiste una distinzione fondamentale tra due categorie di oggetti, l'una soggetta in prevalenza e talora in modo assorbente alle influenze del principio sociale, l'altra abbandonata alla libera esplicazione dell'individuo. In un regime collettivistico l'antitesi si rispecchierà in quella fra beni in proprietà collettiva e beni lasciati alla disposizione degli individui; in un regime fondato sulla proprietà individuale la distinzione si esplicherà, per i beni della prima categoria, nelle solennità imposte all'alienazione di essi, nei vincoli sociali e familiari, nelle garanzie maggiori assicurate e nei maggiori

¹⁹⁸) Cfr. GIRARD, *Manuel*, cit., p. 313 s.

¹⁹⁹) Si veda *supra*, § 35.

²⁰⁰) Per le varie opinioni dei giuristi circa il caso in cui alcuno *sciens* abbia comprato dalla donna una '*res Mancipi sine tutoris auctoritate vel falso tutore auctore*' si veda. *Vat. fr.* 1. Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 176 [= p. 207 s.].

²⁰¹) Il problema è stato ampiamente discusso; non facciamo qui l'elenco e la critica delle varie opinioni rimandando per quella agli scritti citati.

²⁰²) Cfr. G. GROSSO, *Premesse generali al corso di Diritto romano*, Torino, 1940, p. 106 s. e 110 s.

²⁰³) E' questa del resto l'opinione più antorevolmente e largamente seguita (cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 174 s. [= p. 205 s.]). Per l'alta antichità della distinzione ben si invoca tutta una serie di argomenti; il fatto che le servitù rustiche sono considerate *res Mancipi* (che ci riconduce al concetto primitivo per cui la servitù è immedesimata colla striscia di paesaggio o col rivo); la giustificazione data da Gaio (*inst.* 2.16) del fatto che non sono *res Mancipi* i cammelli e gli elefanti; la stessa forma arcaica del '*nec*' per '*non*' e del genitivo contratto '*Mancipi*'; il fatto che le XII Tavole si riferivano alle *res Mancipi*; lo stesso elenco delle *res Mancipi* non comprende certo tutte le *res pretiosiores* in epoca più avanzata.

oneri imposti dal diritto, nella gelosa vigilanza di essi, talora anche in una riserva ai cittadini ²⁰⁴.

E il Bonfante ricorda la distinzione tra beni visibili e invisibili presso l'antico popolo ateniese; la casa, il campo e l'orto in opposizione agli altri beni nel Codice di Hammurabi; i beni reali e personali nel diritto anglosassone; i beni immobili e mobili nella fase elleno-orientale del diritto romano, distinzione che diede il nome a quella simile del diritto germanico e trapassò nei diritti dell'Europa continentale. E certo caratteristici sono gli atteggiamenti assunti dalla distinzione tra beni immobili e mobili nei vari diritti.

La distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, anche nella rilevanza giuridica che ancora presenta nel *ius civile* classico, trova in questo quadro la sua impostazione.

L'antica proprietà romana era collettiva o individuale? E quale sarebbe il gruppo a cui si ricollegerebbe eventualmente una proprietà collettiva? E' questo uno dei problemi dibattuti della storia della proprietà romana. E anche il Bonfante appunto ammette che in origine le *res Mancipi* dovessero rappresentare la proprietà sociale della *gens*. Ma a nostro avviso ben fu replicato che, se nella storia della proprietà tutto tende a farci risalire ad un concetto originario di sovranità del *pater*, ciò parla per una proprietà individuale, non collettiva ²⁰⁵. Ed in questo senso va intesa la configurazione delle *res Mancipi*.

Quanto al termine '*res Mancipi*', si è d'accordo nel ritenere che '*Mancipi*' sia genitivo contratto di '*Mancipium*'. Senonché '*Mancipium*' ha vari significati. Esso è il termine che nell'antico linguaggio indicava un potere sulle cose come sulle persone; esso sin da antico indica pure l'atto di alienazione, la *Mancipatio* (in questo senso è anche usato nelle XII Tavole); in un altro significato ancora viene ad indicare lo schiavo.

Lasciando da parte l'ultimo significato accennato, '*res Mancipi*' significa dunque cose «di *Mancipium*» o nel senso di '*Mancipium*' come «potere», o nel senso di '*Mancipium*' come '*Mancipatio*'. Gaio, *inst.* 2.22, ci dice che '*Mancipi res sunt quae per Mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae*'. Senonché è noto come i Romani creino le etimologie *ad sensum*, e sulla dichiarazione di Gaio non c'è da fare molto affidamento. D'altra parte l'espressione «cose di Mancipazione» è ostica. Crediamo di aderire all'opinione, abbastanza diffusa, che, nell'espressione '*res Mancipi*', '*Mancipium*' indichi il «potere» su tali *res*.

Individuando nella proprietà romana, in particolare nella proprietà fondiaria, i caratteri che ci riportano ad un arcaico concetto di sovranità, si è identificato il '*Mancipium*' colla proprietà originaria; '*res Mancipi*' avrebbe significato «cose di proprietà»; sulle altre *res* non vi sarebbe stata in antico vera proprietà *ex iure Quiritium*. E anzi il Bonfante ha affermato che si può persino dubitare se nell'epoca di Cicerone fosse riconosciuta vera proprietà, vera alienazione, difesa reale mediante *rei vindictio* sulle *res nec Mancipi*.

Su questo punto il recente acuto scritto del De Visscher, che abbiamo citato, ha recato una parola chiarificatrice, per quanto muova da una direttiva già segnata.

Il '*Mancipium*' come potere va ricostruito nella sua unità originaria, con riguardo ai vari oggetti di *Mancipatio* come potere che ha per oggetto cose e persone, anche libere. E' una potestà di comando, è un potere sovrano, l'antico potere sovrano del *pater* che ha per oggetto il territorio colle sue appendici (secondo la più antica concezione delle servitù di passaggio e acquedotto), le persone libere e serve soggette al *pater*, gli animali da tiro e da soma (che secondo il concetto primitivo, in virtù del loro addomesticamento, diventano elementi attivi del gruppo sociale).

E così il '*Mancipium*' va tenuto distinto dal '*dominium*', né si potrebbero in alcun tempo identificare i due concetti. Il nome di '*dominium*' verrebbe forgiato (sia pure il nome più recente) per indicare un potere diverso da quello del '*Mancipium*', un concetto cioè che nella sua genesi ha un fondamento economico, patrimoniale, che ha la sua esplicazione nel concetto di '*res*'; da un lato si ha l'aspetto potestativo, sovrano, dall'altro lato l'aspetto patrimoniale dei poteri del *pater*.

²⁰⁴ BONFANTE, da ultimo in *Corso*, II.1, cit., p. 179 ss. [= p. 211 s.].

²⁰⁵ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1926, p. 425 ss. [= rist. Milano, 1943, I, p. 370 ss.].

E così la categoria delle *res Mancipi* viene individuata dall'incontro dei due concetti, di 'res' e di 'mancipium'; nel primo non rientrano tutti gli oggetti del secondo, in quanto vi sono escluse le persone libere, che non sono *res*; d'altra parte vi rientrano tutte quelle innumerevoli cose che sono oggetto del diritto patrimoniale di proprietà e che non sono oggetto di *mancipium*.

Così, nell'ambito delle *res*, si distingue un gruppo di cose che sono sottoposte al potere del *mancipium*; mentre d'altra parte, come *res*, si viene anche a considerarle dal punto di vista del loro aspetto patrimoniale. Il riferimento all'organizzazione familiare romana, insito nel *mancipium*, fa precisamente di questa distinzione delle *res in Mancipi* e *nec Mancipi* una distinzione fondamentale, secondo il quadro che di tali distinzioni fondamentali ha dato il Bonfante. Il carattere politico sovrano del *mancipium* può ben rappresentare l'elemento per vedere nelle *res Mancipi* quelle dominate dal principio sociale²⁰⁶.

Noi non possiamo qui soffermarci sul problema dei rapporti storici tra 'mancipium' e 'dominium'²⁰⁷. Ci basta soltanto osservare genericamente che, se nell'antica organizzazione familiare romana il 'mancipium' era un potere assorbente, se d'altra parte le *res* che ne formavano oggetto furono attratte nel sistema d'ispirazione patrimoniale, se sul terreno delle *res Mancipi* in i due concetti, quello a base potestativa e quello a base patrimoniale, si sono incontrati portando nell'epoca storica ad una confusione, se da un lato il concetto economico patrimoniale della proprietà ha prevalso ed ha invaso quasi completamente la sfera del *mancipium* (e la *mancipatio* per le *res Mancipi* fu intesa come modo d'acquisto della proprietà), se d'altra parte esso ha tratto dal *mancipium* quel carattere potestativo che conserva nel diritto classico, se il De Visscher afferma che il nome e il concetto classico del 'dominium' sarebbe la sintesi della primitiva proprietà di contenuto patrimoniale (che sarebbe stata senza uno specifico nome) e del *mancipium*, noi possiamo ben far entrare il *mancipium* nella storia della proprietà romana, cioè di quel rapporto che esprime l'appartenenza della cosa al soggetto, appunto nei vari elementi che vi confluiscono, quello politico di sovranità e quello patrimoniale²⁰⁸.

Comunque, l'individuazione dell'antico potere sovrano del *mancipium* ci dà così, nell'ambito delle *res*, il criterio di distinzione delle *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. E qui ben rileva il De Visscher che il riferimento di questa potestà di comando poteva fornire anche il fondamento della individuazione delle *res Mancipi*. Sembra così svuotato anche il collegamento colle esigenze dell'agricoltura, seguito abbastanza largamente dai romanisti; il De Visscher²⁰⁹ sottopone ad un'acuta critica questo riferimento alle esigenze di una economia essenzialmente agricola; e certo non tutte le *res Mancipi* tollerano il riferimento all'agricoltura. Però si può rilevare che, se la distinzione ha il suo fondamento nella organizzazione della famiglia romana e cioè nel *mancipium*, d'altra parte essa può aver trovato un impulso nella struttura economica primitiva a base essenzialmente agricola, per cui effettivamente le *res Mancipi* rappresentavano le *res pretiosiores*. E il largo uso che ha la *mancipatio*, anche quando *iure praetorio* è superata, mostra che questa particolare formalità ha ancora una certa rispondenza nella viva coscienza popolare. Si mantiene cioè ancora, sia pure per forza di tradizione, una coscienza del valore che aveva la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* come distinzione fondamentale delle *res*, appunto nel senso suindicato.

39. In epoca postclassica la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* decade insieme con la *mancipatio*.

Giustiniano con una costituzione conservata in C.I. 7.31.1.5 la abolisce con termini che rivela-

²⁰⁶) Cfr. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 314 ss. [= p. 247 ss.].

²⁰⁷) Cfr. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 314 ss. [= p. 247 ss.]; KOSCHAKER, *rev.* a BUSSI, *La formazione*, cit., p. 259 ss.

²⁰⁸) In questo senso la direttiva in cui si muove il De Visscher era già segnata soprattutto dal Bonfante; ma lo studioso belga, come abbiamo detto, ha portato una notevole chiarificazione, se anche talune sue affermazioni non ci paiono attendibili, e se anche nelle sue argomentazioni c'è qualche punto oscuro (anche l'*usucapio* ha il suo riflesso nell'acquisto della potestà sulla persona, nell'*usus* della donna).

²⁰⁹) *Op. cit.*, p. 264 ss.

no che essa non era neppure più capita.

Capitolo IV COSE MOBILI ED IMMOBILI

40. Considerate le distinzioni delle *res* che si fondano sopra un criterio giuridico, fornito cioè dalla stessa condizione giuridica delle cose, vediamo ora le distinzioni fondate su criteri extragiuridici, cioè sulla struttura, sulle qualità, sulla destinazione e sui rapporti delle cose stesse. Naturalmente questi criteri vengono assunti per una distinzione giuridica delle *res*, in quanto siano rilevanti in rapporto ad effetti giuridici, e cioè sempre attraverso una valutazione sociale; si tratta dunque sempre, in maggiore o minore misura, di un criterio economico-sociale.

41. Cominciamo dalla distinzione tra cose mobili e immobili. Essa non ha avuto un notevole rilievo nel diritto romano, ma ha già acquistato un'importanza fondamentale nel diritto giustiniano, e poi nello sviluppo storico è divenuta la distinzione fondamentale dei beni, quale si conserva nei diritti odierni; come tale è enunciata nel nostro codice civile. In questo senso la distinzione tra beni immobili e mobili si può oggi inquadrare in quelle distinzioni fondamentali nelle quali il Bonfante ha inquadrato la distinzione romana tra *res mancipi* e *res nec mancipi*. In questo senso la distinzione va molto al di là del semplice criterio naturalistico, e soprattutto interessante è seguire gli atteggiamenti che ha avuto nei vari ordinamenti ²¹⁰.

Nel diritto romano antico e classico, invece, la distinzione si è posta attraverso una differenziazione delle *res soli* (cioè del suolo e ciò che vi aderisce), di fronte alle quali si pongono le cose mobili; ed ha avuto rilievo solo per effetti particolari.

Ristretta in questi giusti confini, la distinzione ha dunque già radici nel diritto romano, e non ci paiono felici gli sforzi di alcuni romanisti diretti a toglierle ogni valore ²¹¹. Di vero c'è soltanto che essa non aveva il significato e il valore che ha oggi.

E' vero che i Romani, come abbiamo detto, nell'enunciare la differenziazione in rapporto a quegli effetti per cui è rilevante, mirano soprattutto alla particolare individuazione del suolo, e di ciò che vi aderisce, come per esempio gli edifici, le piante, i frutti di queste finché non sono staccati. Perciò, anziché usare l'espressione '*res immobiles*', preferiscono parlare di '*solum*', '*fundus*', '*aedes*', o in generale di '*res soli*' o '*quae solo continentur*' o '*tenentur*' o '*res solo cohaerentes*', mentre la locuzione '*res immobiles*' appare solo in alcuni passi, per la maggior parte interpolati o guasti (*epit. Ulp.* 19.8; D. 41.3.23.pr.; D. 19.2.48.1; D. 2.8.15.pr.; D. 3.3.63; D. 33.6.3.1; C.I. 3.34.2), il che però non toglie valore alla categoria, essendo puramente questione di terminologia. Le locuzioni '*res mobiles*', o '*mobilia et moventia*' (o '*se moventia*') s'incontrano invece già spesso nelle fonti classiche (le '*res semoventes*' rappresentano una particolare categoria di cose mobili, e cioè gli schiavi e gli animali).

A questa impostazione della distinzione risponde anche il criterio che vi sta a base. Anziché cercare un criterio astratto per la definizione delle cose immobili o mobili, dobbiamo limitarci ad un criterio empirico. Come abbiamo detto, da una parte si pone il suolo, ciò che ne è parte (come per esempio un sasso che si trovi nel fondo: cfr. *infra* circa il problema della divisione), ciò che vi aderisce in modo stabile, o per unione organica, come le piante (cfr. D. 19.1.40), o meccanicamente, coi più vari mezzi tecnici, come le costruzioni, anche per pura forza di gravità (pilastri, dighe col siste-

²¹⁰) Cfr. BONFANTE *Corso*, II.1, cit., p. 180 s. [= p. 212 ss.].

²¹¹) BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p.183 ss. [= p. 182 e nt. 1]; PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 584 s. In senso contrario SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 61 s.; SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 152 ss.

ma della gravità etc.)²¹², e naturalmente tutto ciò che costituisce parte o elemento di tali cose immobili; tutto ciò resta attratto nella sfera del suolo²¹³. Sono mobili tutte le altre cose²¹⁴.

42. La distinzione, come si è detto, ha già per diritto romano classico una certa importanza.

a) Anzitutto verrebbe qui in considerazione l'importanza che aveva l'essere 'adsiduus', 'locuples', sia nei riguardi della posizione che i possessori di terra avevano secondo la cd. costituzione serviana, sia riguardo alla possibilità di essere *vindex* nel processo, sia nelle *legis actiones* che nel processo formulare²¹⁵, se l'essere 'adsiduus' e 'locuples' si riferisce al possesso fondiario, il che è opinione diffusa ma non incontrastata²¹⁶. Se questa opinione si deve accogliere, parrebbe potersi trarre un'illazione per l'importanza della categoria delle *res soli*. Il Bonfante²¹⁷ però obietta che il *fundus* doveva intendersi come *instructus*, cioè coi suoi schiavi, coi suoi animali da tiro e da soma, coi diritti di servitù sui fondi vicini, e che quindi ciò che veniva in considerazione era la distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi*. L'obiezione parrebbe potersi penalizzare osservando che, se alcuno non era possessore fondiario, poteva ben essere ricco proprietario di moltissime altre *res mancipi*, ma non era 'adsiduus'²¹⁸. Ciò non toglie però tutto il peso dell'argomentazione del Bonfante, poiché in una valutazione complessiva delle *res mancipi* il fondo vi aveva una parte essenziale.

b) Ma, comunque sia dell'argomento suaccennato, certa è l'importanza della distinzione tra *res soli* e cose mobili nei riguardi dell'*usucapio*. Per una disposizione delle XII tavole [VI.3], l'*usucapio* dei *fundi* (in cui senz'altro, come esplicitamente dichiara Cicerone, l'interpretazione comprende anche le *aedes*)²¹⁹ avveniva in due anni, mentre per le *ceterae res* bastava un anno. E molto significativo è Gai., *inst.* 2.42: '<usucapio autem> mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est'.

Si obietta che l'antitesi romana non era fra immobili e mobili, ma tra fondi e case da una parte e *ceterae res* dall'altra; ma la contrapposizione diretta, che riscontriamo nel passo di Gaio, delle *res mobiles* ai *fundi et aedes*, è significativa. E' vero che lo stesso Gaio (*inst.* 2.54) giustifica il fatto che l'*usucapio pro herede* avveniva in un anno dicendo che in origine si riteneva che si usucapisse l'*ipsa hereditas*, la quale, considerata nel suo complesso, veniva compresa nelle *ceterae res* soltanto *quia soli non est*, il che fece sì che, venuta meno l'*usucapio* dell'*ipsa hereditas*, si compisse in un anno l'*usucapio* delle singole cose ereditarie, anche delle *res soli*; e certo l'*hereditas*, come complesso, se non era immobile, neppure poteva considerarsi mobile. Ma ciò non distrugge l'argomento che si può trarre dalla enunciazione di Gaio. Le XII Tavole dettavano un particolare regime per i fondi, e le case, riguardo all'*usucapio*; regime che si poneva di fronte a tutti gli altri oggetti di *usucapio*, per cui bastava un anno. E così annuale era pure l'*usus* per l'acquisto della *manus* sulla donna (Gai., *inst.* 1.111); e così per l'*hereditas*, non essendo questa *res soli*, l'*usucapio* era annuale. Ma lo sviluppo dell'*hereditas* da una parte, dell'*usucapio pro herede* dall'altra, fecero della seconda un istituto particolare; l'acquisto della *manus* ci porta fuori del campo tecnico delle *res*. Nell'ambito delle *res* l'antitesi diretta delle *res soli* (per cui le XII Tavole stabilirono l'*usucapio* biennale) è data dalle *res mobiles* e in que-

²¹² Non invece quando la congiunzione non ha carattere di organicità o stabilità (per esempio pali delle viti, capanne di paglia etc.).

²¹³ E' soprattutto il campo dominato dal principio '*superficies solo cedit*'.

²¹⁴ Sul concetto di «cosa immobile» svolto nel testo, cfr. per tutti, SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 61; SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 154 ss.

²¹⁵ Lex XII Tab. I.4: '*Adsiduus vindex adsiduo esto, proletario iam civi quis volet vindex esto*'. Cfr. «Lex Galliae Cisalpinae», c. 21 [BRUNS, *Fontes*, cit., § 16, p. 99]; «Lex coloniae Genetivae Iuliae», c. 61 [*ivi*, § 28, p. 123]; Aul. Gell., *noct. Att.* 16.10.8.

²¹⁶ In senso contrario: MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., III.1, p. 237 nt. 4 (= *Droit public romain*, cit., VI.1, p. 268 nt. 3).

²¹⁷ Corso, II.1, cit., p. 186. [= p. 220].

²¹⁸ SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 155 ss.

²¹⁹ Cic., *top.* 4.23. Cfr. *ep. Ulp.* 19.8: '*... rerum mobilium anni, imobilium biennii*'.

sto senso la enuncia Gaio, come l'*Epitome Ulpiani*.

Il Bonfante obietta che la differenza negli effetti non ha grande importanza, in quanto si tratta solo di modalità diverse, di un istituto che vale per tutte le *res* l'usucapione è ammessa sia per le *res soli* come per le cose mobili; varia solo il tempo necessario, da un anno a due; ma si può replicare, collo Scialoja, che basta questa differenza per rilevare la diversa importanza della categoria.

c) Diversa era la tutela del possesso per gli immobili ed i mobili. Nel diritto classico gli *interdicta retinendae possessionis* (cioè per la manutenzione del possesso) erano l'*interdictum uti possidetis* per le cose immobili, l'*interdictum utrubi* per le cose mobili; e la differenza nel diritto classico era essenziale, in quanto il primo interdetto tutelava il possessore attuale, purché non vizioso (*nec vi nec clam nec precario*) di fronte all'avversario, il secondo chi avesse posseduto per maggior tempo, non viziosamente di fronte all'avversario, nell'anno precedente. La differenza è scomparsa nel diritto giustiniano, dove il secondo interdetto è stato equiparato al primo (D. 43.31.1.1: interpolato).

Per la reintegrazione del possesso (*interdicta recuperandae possessionis*) per gli immobili valeva l'*interdictum de vi* o *unde vi*; per i mobili invece poteva avere funzione recuperatoria l'*interdictum utrubi*.

La differenza sostanziale di regime per il diritto classico vale dunque, a nostro parere, a ribattere l'affermazione del Bonfante, che anche qui la differenza sarebbe solo di modalità; diverse sono infatti, come si è visto, le condizioni per la tutela del possesso per gli immobili e per i mobili. Né si può opporre che l'*interdictum uti possidetis* si è modellato sul *fundus* e quello *utrubi* sul *servus* e che quest'ultimo probabilmente si è esteso a tutte le cose mobili solo in progresso di tempo. Comunque, infatti, tale estensione viene a porre, nel diritto classico, con differenza di regime, da un lato fondi e case, cioè le *res soli*, dall'altro le cose mobili.

d) Vi sono diritti, come le servitù, che possono soltanto aver per oggetto gli immobili. Così vi sono altri istituti particolari alle cose immobili, come l'*interdictum quod vi aut clam* e l'*operis novi nunciatio*.

e) Il furto nel diritto classico è ammesso solo per le cose mobili. E' vero che secondo l'opinione di Sabino, che forse rifletteva la concezione più antica, sarebbe stato ammesso anche il furto di immobili; comunque, tale possibilità non è più ammessa in seguito.

f) La *lex Iulia* del 18 a. C. stabilì che il marito non potesse alienare il fondo dotale italico²²⁰ (a meno che non fosse stato stimato a tale scopo nella costituzione in dote). Un'*oratio Severi et Antonini* vietò ai tutori la vendita di *praedia rustica et suburbana* dei pupilli senza l'autorizzazione del magistrato. Ma si obietta che questi divieti non riguardavano tutti gli immobili, ma solo determinate categorie. La distinzione tra fondi italici e provinciali è scomparsa nel diritto giustiniano; e quanto al secondo divieto Costantino lo estese oltretutto ai *praedia urbana*, ai *mancipia* (schiavi), agli animali addetti alla coltivazione, e ad altre cose mobili.

g) La differenza fra mobili e immobili viene anche in considerazione nella graduazione stabilita per il *pignus in causa indicati captum* e la relativa vendita, in cui vengono prima i mobili e gli animali; poi le *res soli*; infine i *iura* (D. 42.1.15). Una distinzione tra cose mobili ed immobili emerge anche qui.

h) Vedremo come diversamente si attua la divisione materiale per le cose mobili e per le immobili.

Concludendo, la distinzione tra cose immobili e mobili, nella impostazione che abbiamo messo in rilievo, anche tacendo di altre differenze minori o più discutibili, ha avuto già importanza giuridica nel diritto classico, per quanto tale importanza non sia fondamentale, e sia varia nei diversi stadi.

43. Certo l'importanza della distinzione si accresce nel diritto postclassico e bizantino. A partire da Costantino si introduce, per le alienazioni degli immobili, il requisito della pubblicità e di certe forme (scrittura, registrazione, *traditio sollemnis*). Su queste forme non ci possiamo trattenere, come non

²²⁰) Della estensione o meno ai fondi provinciali si dubitava (Gai., *inst.* 2.63).

ci possiamo trattenere sul problema circa quanto di ciò sia rimasto nel diritto giustiniano, e quali siano in questo i requisiti della *traditio* ed il valore di essa. Comunque, attraverso l'esistenza di particolari forme e della pubblicità per gli immobili (che si radicò nel posteriore diritto bizantino), emerge il valore assunto da questa categoria, che rimane a rappresentare i beni d'importanza sociale. Nel diritto giustiniano si accentua poi la differenza fra le due categorie anche riguardo all'usucapione. Nel diritto romano classico la differenza consisteva nel richiedersi due anni per i fondi, un anno per le *ceterae res*. Ma l'*usucapio*, essendo modo d'acquisto del dominio *ex iure Quiritium*, valeva solo per i *cives Romani* ed era esclusa per i fondi provinciali. La lacuna fu colmata nell'impero colla *longi temporis* o *longae possessionis praescriptio*, che, come si è detto, non era un modo d'acquisto ma un'*exceptio*, concessa a colui che aveva posseduto in base a *iusta causa* ed in buona fede per dieci anni tra presenti e venti tra assenti. Nel diritto giustiniano i due istituti si fondono; la *longi temporis praescriptio* di dieci o venti anni è diventata modo d'acquisto per gli immobili, mentre per i mobili l'*usucapio* avviene in tre anni.

Attraverso lo sviluppo storico, la distinzione di beni immobili e mobili è divenuta la distinzione fondamentale dei beni, e tale è nel nostro diritto. Ma essa ha anche acquistato una diversa comprensione e un diverso carattere; su cui qui non ci possiamo trattenere.

44. Gli immobili poi presentano talune distinzioni che interessano il diritto.

Rilevante è la distinzione tra *praedia rustica* e *urbana*. Il più antico criterio su cui poggiava la distinzione doveva essere quello dell'ubicazione dei fondi; esso risiedeva nell'antitesi fra le città (l'*urbs*) e il contado, fra la vita urbana e la vita rurale.

Un'eco di questo antico criterio discretivo si trova ancora un passo di Nerazio (D. 20.2.4.1):

Stabula quae non sunt in continentibus aedificiis quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest. et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a ceteris aedificiis separata sint ...

Senonché questa diversa ubicazione doveva importare normalmente anche una diversa struttura e destinazione, e poiché era su questa che si fondavano le differenze di regime giuridico, il criterio differenziale si spostò e fu stabilito appunto nella struttura e destinazione.

Importante in proposito è un testo di Ulpiano (D. 50.16.198):

'Urbana praedia' omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam holitorii, magis haec non sunt urbana.

Il criterio fondamentale non è più quello dell'ubicazione, ma quello della struttura e destinazione; la distinzione tra *praedia rustica* e *praedia urbana* viene a coincidere sostanzialmente con quella tra *fundi* e *aedes* (cfr. *ep. Ulp.* 19.1; D. 8.4.1; *Iust. inst.* 2.3.1), con quella correzione e integrazione che il criterio della struttura riceve da quello della destinazione, almeno nel senso di determinare la categoria dei *praedia urbana*, come si vede per i giardini²²¹.

La distinzione tra *praedia rustica* e *urbana* ricorre per vari effetti. Ulpiano nel libro secondo '*de omnibus tribunalibus*' doveva commentare l'*Oratio Severi* che inibiva al tutore di alienare i fondi rustici o suburbani del pupillo senza l'autorizzazione del pretore (D. 27.9.1). Anche la qualifica di suburbano qui non viene fondata sulla ubicazione, ma sulla qualità, per quanto anche lo spunto di essa ri-

²²¹) Sulla distinzione tra *praedia rustica*, cfr. per tutti C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, Torino, 1895, p. 168 ss.

sente del criterio dell'ubicazione (cfr. C.I. 5.71.16.pr.)²²².

Dal punto di vista dell'ubicazione la tripartizione interessa piuttosto altri rami del diritto, la procedura, il diritto amministrativo, finanziario, etc.

Nerazio nel passo ricordato si riferisce alla differenza riguardo agli *invecta et illata*, per cui *'quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse creduntur, quasi id tacite convenerit: in rusticis contra observatur'*. Benché nel passo il giureconsulto affermi ancora il criterio tratto dall'ubicazione, egli concluderebbe poggiando la differenza di effetti su altro criterio (la finale da *'quod ad causam'* è stata sospettata di interpolazione, ma se è il risultato di un riassunto di più ampio discorso).

Allo sviluppo della distinzione tra *praedia rustica* e *urbana* si collega lo sviluppo della distinzione tra servitù rustiche e urbane, *iura praediorum rusticorum* e *iura praediorum urbanorum*; la genesi distinta dei due gruppi di diritti, sorti gli uni in campagna tra i fondi rustici, gli altri nelle esigenze dell'edilizia cittadina, dà un chiaro significato al riferimento ai *praedia rustica* o *urbana*. Lo sviluppo e l'estensione dei vari tipi di servitù, porta a riferire, in un senso alquanto generico, le servitù urbane ai fondi urbani, nel senso di edifici, mentre le servitù rustiche o si limitano alle più antiche o vengono definite puramente da un criterio negativo, come fundamentalmente negativo è il criterio che contraddistingue i *praedia rustica*²²³.

45. Altra distinzione tra gli immobili, rilevante per diritto classico, è quella tra fondi italici (cioè quelli situati in Italia o aventi il *ius Italicum*) e fondi provinciali. Solo i primi (che erano *res mancipi*) erano suscettibili di proprietà privata *ex iure Quiritium*; i secondi si ritenevano appartenere al popolo romano o all'imperatore, a seconda delle province, mentre i privati ne avevano solo la *possessio vel usufructus* (Gai., *inst.* 2.7). La differenza, attribuitasi coll'estensione dell'imposta ai fondi italici, fu soppressa da Giustiniano.

Capitolo V COSE DIVISIBILI E INDIVISIBILI

46. Agli effetti del diritto le cose si distinguono in divisibili od indivisibili, secondo che si possano o meno dividere in parti che costituiscano cose omogenee ed analoghe alla cosa dalla cui divisione risultano, cioè serbanti ciascuna la stessa destinazione economica di questa. Non si tratta dunque di una distinzione naturalistica (del resto badando alla composizione chimica della materia tutte le cose sarebbero divisibili), ma di una distinzione fondata su di un criterio economico-sociale, in rapporto all'utilizzazione della cosa per i bisogni economici, in relazione ai quali, come abbiamo visto, si determina lo stesso concetto di *'res'*.

La terminologia delle fonti per indicare la divisibilità o indivisibilità è quella di *'res quae divisionem recipit'*, e *'res individua'*; però talvolta si trova in questo senso *'indivisus'*, che in senso proprio indica l'indivisione di fatto, mentre talora si trova *'individuus'* per indicare indivisione di fatto.

Esempi di cosa indivisibile sono un quadro, una statua, un servo, un animale. Sono divisibili per esempio i fondi, etc. Abbiamo detto che perché la cosa sia divisibile occorre che la divisione possa effettuarsi in modo che le parti conservino la stessa funzione del tutto, così che, benché sia scomparsa la cosa originaria, vi sottentrano cose aventi la stessa funzione; mentre invece ciò non

²²² Cfr. H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1907, sv. *'suburbanus'*, p. 565.

²²³ Cfr. per tutti GROSSO, *Appunti storici e de iure condendo sulle distinzioni fra servitù rustiche e urbane*, cit., p. 174 ss. [= p. 304 ss.].

avviene per le cose indivisibili; in questo senso si può parlare di vera e propria distruzione della cosa per effetto della divisione soltanto per le cose indivisibili, in questo senso i Romani definiscono le cose indivisibili come quelle *'quae sine interitu dividi non possunt'* (Paul. D. 6.1.35.3; cfr. Pomp. D. 30.26.2, interpolato).

Si discute se per la divisibilità si debba tener conto del valore, occorra cioè che colla divisione non si abbia, nella somma delle parti, una rilevante diminuzione di valore. I fautori di questa opinione fanno richiamo ad alcuni passi in cui si trattano come indivisibili non solo quelle cose *'quae sine interitu dividi non possunt'*, ma anche quelle *'quae sine damno dividi non possunt'*. Per esempio D. 30.26.2 sembrerebbe particolarmente significativo: *'sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest'*. Senonché esso è notoriamente interpolato²²⁴, e quindi non proverebbe se mai che per diritto giustiniano. *Iust. inst.* 4.17.5, poi, trattandosi di un fondo, suggerisce al giudice nell'*actio communi dividundo* di operare l'*adiudicatio* di porzioni ai singoli condomini solo *'si iste fundus commode regionibus divisionem recipiat'*, altrimenti lo si attribuisce ad uno solo dei dividendi, compensando l'altro in danaro o altrimenti (cfr. *Iust. C.I.* 8.53[54].34.2-2*b*). Ma qui, più che la vera e propria divisibilità, parrebbe negata la convenienza della divisione; il fondo è il prototipo delle cose divisibili. E ciò soprattutto nel diritto classico. Per il diritto giustiniano, D. 30.26.2 mostrerebbe in un certo senso la tendenza ad equiparare in modo più generale le *'res quae sine damno dividi non possunt'* alle vere cose indivisibili.

47. La divisione si può effettuare in due modi, o mediante separazione (o scomposizione) effettiva della materia, o mediante delimitazione.

La seconda forma è quella che serve per la divisione materiale degli immobili. Un fondo può essere diviso solo *'regionibus'*, cioè mediante delimitazione²²⁵; il confine può essere segnato da un sentiero, sottratto alla proprietà privata, come negli *agri limitati*; può esser segnato da fossi, siepi, file d'alberi, muri o cancelli; può essere rappresentato anche da una linea matematica, senza che vi sia alcun segno tangibile. Le fonti parlano in questo caso di *'communio pro diviso'*, in contrapposto alla *communio pro indiviso*, che è la comproprietà. Si tratta però di un uso improprio della parola *'communio'*, perché la vera *communio* è quella *pro indiviso*, cioè la comproprietà (D. 27.9.5.16: *'communio praedia accipere debemus, si pro indiviso communia sint; ceterum si pro diviso communia sint cessante oratione decreto locus erit'*²²⁶). La *'communio'* in senso tecnico cessa colla divisione materiale della cosa, anche se questa avviene per linee matematiche. Si hanno ormai tante proprietà integrali su cose diverse²²⁷.

Si discute se la divisione per semplice delimitazione, e cioè la *'communio pro diviso'*, sia possibile solo in ordine agli immobili o anche ai mobili²²⁸.

Argomento esegetico in senso contrario all'applicazione alle cose mobili è fornito dall'espressa dichiarazione generale contenuta in D. 6.1.8 (Paul. 12 *ad ed.*), il quale, dopo aver considerato, in relazione al caso di cui tratta, le due ipotesi di *communio (pro indiviso)* e di divisione *'certis regionibus'*, in rapporto al possesso, soggiunge: *'quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest'*. Il passo è stato sospettato di interpolazione dal Beseler²²⁹; ed infatti ha tutto l'aspetto di un glossema o interpolazione. Senonché il glossema o l'interpolazione non prova già di per sé un mutamento sostanziale; il giureconsulto svolgeva la sua ipotesi in relazione ad un fondo, non aveva quindi alcuna ragione per parlare delle cose mobili; il glossatore o i compilatori invece, per pura completomania, cioè per la mania di prevedere tutte le ipotesi, ne vol-

²²⁴) Cfr. *ad h.l.* «Index interpolationum», II, Weimar, 1931, c. 224.

²²⁵) Anche le case possono essere divise per delimitazione, ma per diritto romano verticalmente non orizzontalmente, poiché *'superficies solo cedit'*.

²²⁶) Si tratta del commento all'*oratio Severi* con cui si vietava l'alienazione dei fondi rustici o suburbani di coloro che erano sotto tutela o cura, divieto che vien meno *'si communis res erit et socius ad divisionem provocet'*.

²²⁷) Quanto al significato in cui si parla ancora di *'pars'* e cioè di *'pars pro diviso'* si veda *infra*, cap. IX.

²²⁸) Per la letteratura si veda BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 97 [= p. 114] nt. 2 e 3.

²²⁹) *Beiträge zur Kritik der römische Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 85.

lero parlare espressamente. Il passo dunque per diritto classico non dice nulla.

Ma sempre contro la possibilità di *communio pro diviso* di cose mobili si possono ricordare le soluzioni date dai giureconsulti romani per gli alberi e le pietre poste sul confine:

D. 10.3.19.pr. (Paul. 6 *ad Sab.*): Arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt: sed cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo iudicium: nam quod erat finitis partibus rursus confunditur. qua re duabus massis duorum dominorum conflatis tota massa communis est, etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat: ita arbor et lapis separatus a fundo confundit ius dominii.

D. 41.1.8.1 (Marcian. 3 *inst.*): Sed et si in confinio lapis nascatur <et sunt pro indiviso communia praedia> ²³⁰ tunc erit lapis pro indiviso communis, si terra exemptus sit.

Gli alberi e le pietre sul confine ai considerano divisi materialmente dalla linea di confine (e cioè per delimitazione) finché sono aderenti al suolo e quindi, partecipando della condizione di questo, sono immobili; ma quando sono separati, e cioè diventano cose mobili, '*confunditur ius dominii*'; essi diventano '*communes pro indiviso*', cadono in condominio.

Contro la testimonianza di questi passi si è voluto addurre D. 17.2.83 (Paul. 1 *man.*):

Illud quaerendum est, arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur an, cum succisa arbor vel lapis exemptus eius sit cuius fundus, pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte in fundo fuerat? an qua ratione duabus massis duorum dominorum flatis tota massa communis est, ita arbor hoc ipso, quo (*quod?*) separatur a solo propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis fit, quam massa? sed naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat.

Il passo secondo alcuni scrittori risolverebbe la questione circa la condizione della pietra e dell'albero dopo la separazione, ammettendo la *communio pro diviso*. Ma il passo è di Paolo e quindi, se lo si dovesse interpretare in tal senso, sarebbe in contraddizione con quello su riportato, e lo si dovrebbe ritenere interpolato (del resto non mancano indizi d'interpolazione) ²³¹.

L'interpretazione accennata non ha però largo seguito; da altri si cerca di conciliare il passo cogli altri su ricordati col ritenere che esso si riferisca alla *communio pro indiviso* e tratti la questione circa la ripartizione delle quote, dichiarando che queste corrispondono alle parti materiali che ciascuno aveva nella *communio pro diviso*. A questa interpretazione accede il Bonfante ²³², che dichiara non sufficientemente provata l'interpolazione del passo.

A me pare che tale conciliazione del fr. 83 cogli altri passi non sia possibile senza ammettere un'interpolazione in quello. Infatti la seconda domanda posta nel passo verte sulla questione se, allo stesso modo che si ha comproprietà per effetto della mescolanza di due masse appartenenti a due diversi proprietari, così, e anzi a maggior ragione, diventi comune *pro indiviso* l'albero ²³³. E poiché la domanda si contrappone a quella che vien prima ('*an ... an ...*'), questa va intesa come l'altra faccia della stessa questione, se cioè resti la *communio pro diviso*. Ed allora la finale, che corrisponde a questa prima domanda e si oppone con un '*sed*' alla seconda, va intesa in tal senso. Senonché giustamente si è osservato che il brano finale è ambiguo, e, interpretato a rigore, non dice nulla di più di questo, che la ripartizione corrisponde alle parti precedenti, senza pronunziarsi per la *communio pro indiviso* o *pro diviso*. Ma nello stesso senso si può interpretare, collegata colla risposta, la prima domanda. Tolto dunque il brano intermedio, il passo si capirebbe perfettamente, e si concilierebbe cogli altri che abbiamo visto; esso completerebbe la soluzione ivi data, coll'affermare che nella *communio pro indiviso* le

²³⁰) La frase '*et ... praedia*' stona nel passo; e si deve ritenere un infelice glossema o un'interpolazione.

²³¹) Per la letteratura in questo senso si veda *ad b.l.* «Index interpolationum», I, cit., c. 306.

²³²) *Corso*, II.1, cit., p. 99. [= p. 116 s.].

²³³) Si confronti questa domanda col su ricordato D. 10.3.19.pr. *if.*

quote corrisponderebbero alle parti che ciascuno aveva nella *communio pro diviso* dell'immobile.

Ma qual è il valore dell'interpolazione? I giustinianeî avrebbero frainteso o spostato la questione posta dai giureconsulti; l'avrebbero cioè riferita al problema se si avesse *communio pro indiviso* o *pro diviso* e avrebbero inteso la soluzione nel primo senso. Per questa trasformazione giustiniana parlerebbe anche l'inciso '*et sunt pro indiviso communia praedia*' in D. 41.1.8.1, che abbiamo visto. Tale inciso non ha senso comune, poiché se i *praedia* sono comuni *pro indiviso* non si capisce come si parli di pietra che si trova sul confine; e poi è naturale che ogni pietra che si trova in fondi comuni sia comune, né c'è bisogno di dirlo. Attribuendo tale inciso ai compilatori, vi si potrebbe scorgere appunto un'infelice interpolazione diretta a paralizzare la soluzione del giureconsulto, e quindi corrispondente all'alterazione suaccennata del fr. 83.

Quanto all'alterazione del fr. 83, si può anche pensare come è avvenuta. O i compilatori avevano presente un altro passo, forse della stessa opera di Paolo, in cui si dava la soluzione del caso nel senso della *communio pro indiviso*, col paragone col caso della mescolanza di due masse²³⁴, ed anzi coll'affermazione che per l'albero e la pietra la soluzione era data a maggior ragione; essi, interpretando la domanda e la risposta del testo originario dell'attuale fr. 83 in senso contrario a tale soluzione, vi avrebbero inserito questa puramente come domanda che prospettasse la soluzione opposta a quella prospettata nella prima domanda²³⁵, ammettendo però la soluzione prospettata da questa; e quindi avrebbero inserito un *sed* davanti alla risposta. Oppure si può anche pensare che lo spunto, si trovasse già nel testo genuino; impostata la questione circa la *pars*, Paolo avrebbe premesso che non sorgerà dubbio sul fatto che solo di *pars pro indiviso* avrebbe ormai potuto parlarsi; avrebbe in seguito enunciato la determinazione per l'ammontare delle parti; i giustinianeî avrebbero trasformato il primo brano in una alternativa opposta alla precedente domanda^{236 237}.

A questa congettura sembrerebbe opporsi la considerazione che in D. 6.1.8, come abbiamo visto, è proprio interpolata (per quanto sostanzialmente risponda ai principî classici) la dichiarazione espressa che non è ammissibile *communio pro diviso* per le cose mobili. Senonché abbiamo detto come tale dichiarazione possa essere un glossema pregiustiniano. I giustinianeî invece, per il caso dell'albero e della pietra sul confine, parrebbero ammettere anche dopo la separazione la *communio pro diviso*²³⁸.

Per la possibilità della *communio pro diviso* di cose mobili si adduce ancora D. 8.2.36 (Pap. 7 *quaest.*), che, nel caso di travatura comune a due case legate dal proprietario a due diverse persone, afferma che il *tignum* appartiene *pro diviso* ai due proprietari, cioè '*quia magis placeat tignum posse duorum esse ita, ut certae artes cuiusque sint contignationis, ex regione cuiusque domini fore tignum*'. Il passo non dice nulla, poiché esso si riferisce ad un *tignum* che fa parte delle case, e cioè di un immobile. Il caso in cui il *tignum* sia staccato non viene in considerazione.

Concludendo, nel diritto romano classico, per le cose mobili non era ammissibile divisione per delimitazione. I giustinianeî parrebbero ammetterla, almeno per il caso della pietra o dell'albero

²³⁴) Si noti che il paragone viene anche in D. 10.3.19.pr., appunto di Paolo.

²³⁵) Così si capisce anche come l'ipotesi che nella risposta è eliminata sia presentata nella domanda come vera a maggior ragione che un'altra regola indiscussa ('*multo magis*' etc.).

²³⁶) In questo senso si spiegherebbe che nella prima domanda si parli di '*ea pars pro qua*', nella risposta di '*tanta pars ... quantam*'.

²³⁷) In senso assai diverso si sarebbe svolta l'opera di trasformazione dei giustinianeî secondo il SEGRÈ (*Corso 1926-1927*, cit., p. 140 s.); Paolo si sarebbe chiesto se l'albero o la pietra separati dal fondo restavano in proprietà di ciascuno *pro diviso* o in comproprietà, cioè *pro indiviso*, risolvendo la questione in quest'ultimo senso. I compilatori avrebbero frainteso domanda e risposta, interpretandola nel senso che Paolo trattasse delle ripartizioni delle quote e che volesse negare che esse corrispondessero alle antiche parti, e vi avrebbero sostituita la soluzione contraria con un '*sed*', senza però volere negare neppure essi la *communio pro indiviso*; sarebbe dunque interpolata l'ultima frase. Gli argomenti che abbiamo adottati (soprattutto la corrispondenza della risposta colla prima domanda) ci inducono a preferire la nostra spiegazione. Paolo non metteva neppure in dubbio la *communio pro indiviso* dopo la separazione e non si poneva neppure la questione.

²³⁸) Preferiamo ritenere che sia glossema la prima dichiarazione e non quest'ultima trasformazione, perché a questa, come si è visto, risponde l'alterazione di due passi.

staccati dal confine di due fondi; per quanto anche per diritto giustiniano il persistere del passo che afferma la regola generale in senso contrario possa far ritenere quella soluzione come particolare.

48. Gioverà poi ricordare che il problema della divisibilità o indivisibilità materiale della cosa corporea non ha a che fare con quello della divisibilità o indivisibilità dei diritti per parti intellettuali, che è indipendente dalla cosa che forma l'oggetto del diritto. Così per esempio sono divisibili per quote aritmetiche la proprietà, il possesso, l'usufrutto anche di cose indivisibili, sono indivisibili l'uso e le servitù.

Capitolo VI COSE CONSUMABILI E INCONSUMABILI

49. Anche questa distinzione non va intesa in senso naturalistico, ma sul fondamento di un criterio economico sociale; fisicamente tutto si logora e si consuma, mentre d'altra parte con riferimento alla materia si può dire che nulla si distrugge.

Dal punto di vista giuridico si dicono consumabili quelle cose la cui utilizzazione, conforme alla normale destinazione di esse²³⁹, da parte del soggetto si esaurisce in una volta sola; e ciò sia in quanto essa importi distruzione dell'essenza economica della cosa, sia in quanto importi alienazione, come avviene per esempio nel danaro²⁴⁰.

Ne risulta un concetto di «consumazione» economico-giuridico nei confronti di colui che utilizza la cosa, di fronte al quale sta un concetto più ristretto caratterizzato dall'esaurimento *erga omnes* della destinazione economica normale della cosa, in altri termini dalla distruzione della essenza economica della cosa (intesa *lato sensu*).

In questo senso più ristretto sembra parlarsi di '*res quae usu consumuntur*' o '*tolluntur*' quando ad esse si avvicina, come distinto, il danaro ('*quibus proxima est pecunia numerata*'); senonché quest'avvicinamento determina una più larga comprensione, e i Romani giustificano l'equiparazione affermando che '*in ipso sensu adsidua permutatione quodammodo extinguitur*'. Qui viene adombrato il significato economico giuridico più lato di consumazione.

Spesso poi si parla nelle fonti di '*consumere pecuniam*'; e il concetto lato di consumazione risulta anche da D. 25.2.3.3.

Non divideremmo dunque il sospetto, avanzato da taluno, che l'avvicinamento del danaro alle cose consumabili sia opera dei compilatori²⁴¹. Il concetto unitario che sta a base della categoria delle cose consumabili risulta bene, se anche si sente lo sforzo del passaggio da un concetto di «consumabilità» più ristretto a quello più ampio che determina una categoria giuridicamente rilevante.

Nelle fonti giustiniane alla terminologia di '*res quae usu consumuntur*' o '*tolluntur*' si alterna quella di '*res quae in abusu consistunt*', con più evidente capacità comprensiva.

50. La distinzione tra cose consumabili e cose inconsumabili è rilevante sia nel campo dei diritti reali come in quello delle obbligazioni; essa si ripercuote cioè nei rapporti in cui si attribuisce l'uso della

²³⁹) Non viene dunque in considerazione una particolare destinazione diversa da quello che è l'uso normale cui la cosa è destinata; che cose inconsumabili si trovino in un magazzino per la vendita non le rende consumabili (come invece statuisce il § 92, 1° cpv., del Codice Civile germanico [«Bürgerliches Gesetzbuch», 1896]).

²⁴⁰) Con terminologia moderna, desunta dall'economia, si parla anche di «beni a utilità semplice» e «beni a utilità ripetuta».

²⁴¹) Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 94 s. [= p. 111 s.].

cosa col limite o coll'obbligo della conservazione. Così, nel campo dei diritti reali, non si ha usufrutto od uso di cose consumabili; così, nelle obbligazioni, non si ha comodato di cose consumabili per la loro normale destinazione²⁴².

Un senatoconsulto, del tempo di Augusto o di Tiberio, affermò la validità del legato di *'usus-fructus omnium rerum quas in cuiusque patrimonio esse constaret'*, adattando all'uopo la *cautio fructuaria* per il legato di usufrutto di danaro, su cui modellavasi quella per le altre cose consumabili; col che però non si intese stabilire un vero e proprio usufrutto o uso di cose consumabili, il che era impossibile, perché, come dice Gaio (D. 7.5.2.1), *'naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit'*, ma mantenere come valida la disposizione, dandole effetti che corrispondessero all'intento pratico del testatore realizzando il contenuto economico dell'usufrutto; si trasferiva la proprietà al legatario, coll'obbligo, assunto meditante la *cautio fructuaria*, di restituire il *tantundem* (o, nel diritto giustiniano, la somma corrispondente alla stima fattane) quando sarebbe finito l'usufrutto. Questo complesso (che i giustiniani chiamano *'quasi ususfructus'* trasformando un'assimilazione processuale dei Romani in un'approssimazione sostanziale) nella sua struttura giuridica non ha a che fare coll'*usufructus*²⁴³.

51. Il criterio che sta a base della distinzione tra cose consumabili e inconsumabili è, come si è visto, indipendente dalla maggiore o minore facilità di logorio materiale della cosa. Perciò anche una veste facilissima a logorarsi non è cosa consumabile. E ciò ben risulta da un passo di Ulpiano (51 *ad ed.*, D. 7.9.9.3) dove l'usufrutto della veste è chiamato usufrutto in senso proprio, e si afferma che il legatario di usufrutto non contravviene alla *cautio* diretta a *'vestem reddi'*, se la riconsegna logora, purché non l'abbia ridotta in tal modo *dolo malo* (cfr. art. 484 cod. civ. it. [1865]).

Nelle Istituzioni giustiniane (2.4.2), invece, tra le cose non suscettibili di vero usufrutto, in quanto tali *'quae ipso usu consumuntur'* accanto al vino, l'olio, il frumento, vengono i *vestimenta*.

Un testo poi che lascia alquanto dubbiosi al riguardo è D. 7.1.15.4 (Ulp. 28 *ad Sab.*):

Et si vestimentorum usus fructus legatus sit non sic, ut quantitatis usus fructus legetur, dicendum est ita uti eum debere, ne abutatur: nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur.

Ulpiano afferma che l'usufruttuario di *vestimenta* (con riguardo alla *actio fructuaria* per cui si è obbligato ad usare della cosa *virii boni arbitrato*) non deve abusarne, e quindi non può localarli; e fin qui egli considera il rapporto come vero usufrutto, come in D. 7.9.9.3. Senonché la soluzione è limitata al caso in cui l'usufrutto sia stato legato *'non sic, ut quantitatis usufructus legetur'*, col che si ammetterebbe dunque la possibilità di quasi usufrutto di vesti, che cioè il legato di usufrutto di vesti potesse farsi come legato di usufrutto di cose consumabili, che si attua col trapasso di proprietà coll'obbligo di restituzione del *tantundem*.

Indarno si è cercato di spiegare la contraddizione tra i passi relativi alle vesti²⁴⁴. Si tratta di trasformazioni giustiniane²⁴⁵ che hanno offuscato la netta distinzione giuridica tra cose consumabili e inconsumabili del diritto classico; i compilatori infatti, come risulta dalla rubrica di D. 7.5 (*'de usu fructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur'*) e di nuovo dal fr. 1 dello stesso titolo, tra le due categorie inserirono quella delle *'res quae usu minuuntur'*, cioè delle cose deteriorabili. Questa terza categoria, a cui appartengono i *vestimenta*, sarebbe equiparata a quella delle cose consumabili, in quanto le cose comprese in essa non sarebbero oggetto di usufrutto, ma di quasi usufrutto (*Iust. inst.*

²⁴²) Il comodato di cose consumabili è ammissibile solo per limitati usi, eccezionali rispetto alla normale destinazione economica della cosa, come per esempio per l'ispezione della cosa, o *ad pompam*. Ma ciò non annulla la portata della distinzione giuridica fra le due categorie; il comodato della cosa per il suo uso normale non è ammissibile.

²⁴³) Cfr. G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, in «BIDR.», XLII, 1934, p. 237 ss. [= *Scritti*, cit., II, p. 87 ss.].

²⁴⁴) Cfr. per tutti lo studio fondamentale di M. PAMPALONI, *Sull'oggetto del quasi usufrutto*, in «BIDR.», XIX, 1907, p. 85 ss.

²⁴⁵) L'aggiunta dei *'vestimenta'* in *Iust. inst.* 2.4.2 e il *'non sic, ut quantitatis usufructus legetur'*, sono dei compilatori.

2.4.2, citato, include i *vestimenta* senz'altro nelle cose consumabili), concetto che però è affermato qua e là, ma non è svolto con metodica e completa trasformazione nelle fonti. Ma in questo modo la netta distinzione giuridica dei classici viene ad oscurarsi; la inserzione della categoria delle cose deteriorabili fa sì che la triplice distinzione che ne risulta non possa fondarsi su grossolani criteri quantitativi.

Capitolo VII COSE FUNGIBILI E INFUNGIBILI

52. Si chiamano (con termine infelice, non romano, che ha solo un equivoco appiglio nelle fonti) «fungibili» quelle cose che negli usi del commercio non vengono in considerazione per le loro caratteristiche individuali, ma si considerano identiche alle altre cose della stessa specie (nel linguaggio romano *genus*), in modo che si possono sostituire a vicenda, esplicando la loro funzione economica come esponenti del *genus* anziché come individualità. Sono invece infungibili quelle cose che negli usi del commercio vengono in considerazione come individui, cioè per le caratteristiche che le contraddistinguono da tutte le altre cose, anche da quelle della stessa specie. Esempi della prima categoria sono il danaro, il grano, normalmente i prodotti dell'industria che si fanno a copie, esemplari, o in serie; sono esempi della seconda un fondo, un cavallo, uno schiavo, un'opera d'arte, etc.

Quanto alla terminologia, i Romani indicano le cose fungibili soprattutto come *'res quae numero, pondere mensura consistunt'* (o *'constant'*, o *'continentur'*, o *'valent'*) in quanto nella comune valutazione la individuazione è data appunto, con riguardo al genere cui appartengono, dall'ammontare, espresso nel numero o nel peso o nella misura; la indicazione generica mediante il numero, il peso o la misura dà già alla determinazione il carattere della certezza (cfr. *Iust. inst.* 3.14.pr.; D. 12.1.2.1; D. 23.3.42; D. 30.30.pr.; D. 35.2.1.7; D. 44.7.1.2; Gai., *inst.* 3.90).

Il nome di cose «fungibili» ed «infungibili» fu dato da un giurista del secolo XVI, Ulrico Zasius, che lo trasse da due passi del Digesto: D. 12.1.2.1 (Paul. 28 *ad ed.*), dove delle cose *'quae pondere numero mensura consistunt'* è detto che *'in genere suo functionem recipiunt per solutionem <magis > quam specie'*; D. 12.1.6 *i.f.* (Paul. 28 *ad ed.*) dove, a proposito della determinazione del concetto di *'certum'* per l'*actio pecuniae certae creditae* e la *condictio triticaria*, si dice: *'quatenus mutua vice fungantur quae tantundem praestent'*. Queste locuzioni sono probabilmente interpolate, come rivela l'esame dei passi in cui vengono; comunque esse ebbero la singolare fortuna di fornire attraverso un equivoco il termine, divenuto ormai usuale, ma alquanto infelice, di cose «fungibili» e «infungibili».

Naturalmente gli usi del commercio in base ai quali si determina la fungibilità o infungibilità variano secondo i popoli ed i tempi. In ogni modo la distinzione deriva da una valutazione sociale della irrilevanza o rilevanza delle differenze fra le cose. In realtà non esistono cose perfettamente identiche; si tratta sempre della rilevanza o irrilevanza delle differenze.

Diversa dalla valutazione sociale, che si riflette in una distinzione delle cose, è la valutazione individuale contingente che taluno possa fare ai fini di un negozio, che si esplica nella contrapposizione della determinazione generica alla determinazione specifica dell'oggetto.

Una quantità di cose fungibili può essere dedotta in un negozio come *species*, mentre la determinazione generica può aversi anche per cose infungibili; nella determinazione generica si dice che è dedotto il *genus*, che qui significa il tipo individuato da determinati caratteri cui risponde un gruppo più o meno ampio di cose ²⁴⁶.

La fungibilità fa sì che la determinazione generica possa già esprimere la più precisa determi-

²⁴⁶ Cfr. GROSSO, *Corso 1939-1940* [Oggetto dell'obbligazione, cit.], p. 356 ss.

nazione, che vi si possa cioè configurare un 'certum', che nella *stipulatio* e nel legato ha particolari conseguenze, specie nel campo processuale; vi si può così individuare una distinzione nell'ambito della obbligazione generica ²⁴⁷.

Per quanto riguarda la rilevanza giuridica della distinzione tra cose fungibili e infungibili, va ancora notato che il contratto di mutuo può avere per oggetto solo cose fungibili. E così, quel particolare rapporto che nasce dal legato di usufrutto di cose consumabili, in quanto importi restituzione del *tantundem*, riguarda cose fungibili (è attraverso la fungibilità che si realizza nel diritto classico il contenuto economico dell'usufrutto; nel diritto giustiniano questo può realizzarsi anche attraverso il concetto del valore).

Solo per le cose fungibili si può operare la compensazione.

Si aggiungano poi una serie di effetti, come il venir meno del requisito della proprietà nei 'duo momenta' per il legato *per vindicationem* di cose fungibili (Gai., *inst.* 2.196), le diverse modalità di restituzione della dote.

Capitolo VIII

LA TRIPARTIZIONE DEI «CORPORA» («UNITA», «EX CONTINGENTIBUS», «EX DISTANTIBUS») E L'APPLICAZIONE ALLE «RES»

53. La tripartizione dei *corpora* è consacrata in un passo di Pomponio, D. 41.3.30.pr. (30 *ad Sab.*):

Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. tria autem genera sunt corporum, unum quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημιμένον vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex. primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet.

La distinzione, quale è presentata in questo passo, fa espressamente richiamo a concetti filosofici, e la sua origine filosofica è da tempo riconosciuta; essa, come già vide chiaramente Cuiacio, s'ispira ai concetti della filosofia stoica. Secondo la fisica stoica due sono i principii del mondo, entrambi corporali nel lato senso degli stoici, cioè reali, la materia (ὕλη οὐσία = 'substantia') e lo spirito (πνεῦμα); questa duplicità dell'universo si ripete nelle singole cose, che risultano della materia (οὐσία) e dello spirito (ἔξις), che è parte dello spirito universale del mondo, che pervade la materia e informa l'unità di ogni singolo ente. Orbene, è appunto la caratteristica di avere un'unica particella dello spirito universale, cioè un'unica ἔξις, che qualifica l'unità della cosa o configura il primo membro della nostra tripartizione; la frase 'uno spirito continentur' del nostro passo corrisponde all'espressione della fisica stoica, ὑπὸ μιᾶς ἔξεως συνέχεται. La distinzione trova del resto riscontro in molti scrittori extragiuridici, la cui trattazione da un lato conferma questa origine stoica (per esempio ne tratta ampiamente Seneca), mentre d'altro lato ne mostra la vasta risonanza anche presso più recenti e diverse scuole filosofiche ²⁴⁸.

La distinzione ha incontrato diffidenze e critiche negli studiosi del diritto romano, diffidenze e critiche che tra l'altro troviamo già nel libro fondamentale del Göppert su questa materia ²⁴⁹, e che

²⁴⁷) Cfr. *ivi*, p. 361 ss.

²⁴⁸) Si veda su questo concetto e su questa derivazione dalla filosofia stoica l'ampia trattazione di GÖPPERT, *Ueber einheitliche, zusammengesetzte, und gesamt-Sachen*, cit., p. 20 ss. (per citazioni delle fonti parallele extragiuridiche, p. 10 ss.); cfr. da ultimo BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 103 [= p. 122 s.].

²⁴⁹) *Loc. ult. cit.*

hanno avuto una formulazione netta, nel senso di una radicale critica demolitrice, nel Perozzi²⁵⁰. Causa non ultima di questo sfavore è la tinta filosofica che la distinzione assume nei giuristi romani, e la corrispondenza che ha nelle opere dei filosofi.

E anzitutto colpisce il fatto che la tripartizione è enunciata come classificazione dei *corpora*, e gli esempi dati da Pomponio esorbitano dal campo tecnico delle *res* quali sono assunte nel diritto; l'*homo* come esempio di un corpo semplice non allude soltanto allo schiavo, e dei tre esempi di *corpora ex distantibus* due, il *populus* e la *legio* non interessano il campo delle *res*.

E si potrebbe ancora ricordare un passo di Alfeno (D. 5.1.76) in cui si pone il problema se il mutamento di alcuni giudici '*aliud iudicium fecisset*'; la soluzione radicalmente negativa è così spiegata:

neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimari. quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie, ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.

A parte i vari problemi che si riconnettono a questo passo, anche qui noi abbiamo un'esemplificazione che attinge alle tre categorie di *corpora* a cui allude Pomponio; anche qui si attinge alla filosofia e si esorbita dalla categoria giuridica delle *res*.

Senonché tutto ciò non prova che la distinzione non abbia potuto essere assunta dai giuristi per una distinzione delle *res*, per il riflesso che la natura dei *corpora* ha nella dottrina delle *res*, intese come *res corporales*. E' vero che la nozione di '*corpus*' (σώμα) degli stoici era più vasta di quella che i Romani assumono per la definizione delle '*res corporales*', che abbiamo detto derivare dalla filosofia aristotelica²⁵¹; ma anche per gli stoici risulta un concetto più limitato, a cui appunto può essere riferita la tripartizione²⁵²; e in ogni modo a questo concetto di '*corpus*' la applica Pomponio, che la considera per il riflesso che ha nella dottrina delle *res*.

Che Pomponio ponesse il problema giuridico con riguardo alle *res*, non è dubbio; egli considera un problema relativo all'usucapione *rerum mixtura facta*. E qui appunto (a fondamento della distinzione delle varie *res*) interviene il problema della diversa natura dei *corpora*, che attinge alla filosofia ed interessa un campo più vasto. Ed allora si capisce come per questa enunciazione della tripartizione dei *corpora* (in cui si sussumono lo *res corporales*) Pomponio prenda l'impostazione più vasta che danno i filosofi²⁵³.

54. Cominciamo dalle due prime categorie, che con terminologia moderna si esprimono con «cose semplici» e «composte». La terminologia degli interpreti, desunta dalla enunciazione di Seneca e dai termini greci richiamati da Pomponio, è quella di '*corpora unita*' o '*continua*' e '*corpora composita*' o '*connexa*'.

Secondo un'opinione antica ed assai diffusa, le cose semplici sono unità naturali, mentre le cose composte risultano dall'unione artificiale di più cose²⁵⁴. Ma, come fu osservato²⁵⁵, la stessa defi-

²⁵⁰) *Istituzioni*, I, cit., p. 585 ss.

²⁵¹) Cfr. SOKOŁOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, cit., p. 41 ss.

²⁵²) Cfr. GÖPPERT, *op. cit.*, p. 34 ss.

²⁵³) Resta cosa priva di fondamento la critica di PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 585 e n. 3; si veda *contra* anche BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 104 [= p. 124] nt. 1.

²⁵⁴) A questo concetto si ispirava l'Alciato [*Praeternissorum liber secundus*, in *Opera Omnia*, II, Basel, 1546, c. 166 s.] traducendo i due termini greci negli altri di φυσικόν e τεχνικόν.

²⁵⁵) Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 105 [= p. 124 s.].

nizione di «unità naturale» non è evidente, e, comunque la si interpreti, non vi si può fondare il concetto giuridico delle cose semplici. Per dire che cosa è unità naturale dovremmo chiedere il sussidio della chimica e chiamare semplici i corpi chimicamente semplici; ma, a parte che il concetto dovrebbe variare coi progressi della chimica (e poco ci servirebbe questa per determinare il concetto degli antichi), è certo che per il diritto sono semplici cose che per il chimico non sono corpi semplici (per esempio un animale, una pianta etc.). Non resterebbe che ritenere, in base ad un criterio più empirico, «unità naturali» le cose che ci presenta la natura, mentre le cose composte risulterebbero dalla congiunzione artificiale, cioè operata dall'uomo, di più cose offerte dalla natura; ma anche questo criterio non risponde agli esempi che vengono nel diritto; Paolo in D. 6.1.23.5²⁵⁶, per il caso di congiunzione di un braccio ad una statua, dice che *'tota statua uno spiritu continentur'*.

Secondo un criterio affermato dal Vangerow²⁵⁷ si dovrebbe distinguere fra i casi di congiunzione organica e congiunzione meccanica. Le cose semplici sarebbero unità organiche, mentre le cose composte risulterebbero dalla congiunzione meccanica di più cose. Ma come si distingue l'unità organica dalla congiunzione meccanica? Che cosa si intende per l'una, che cosa per l'altra? Se si ricorre alla chimica, si cade anche qui in una distinzione che non risponde agli esempi dati dal diritto.

Il Göppert²⁵⁸ ha sviluppato l'analisi attraverso le concezioni filosofiche e scientifiche da cui la partizione deriva, integrando la organicità colla coesione e adesione, che importi una *'continuatio'* che non lasci nessuna *'commissura'* che faccia sì che la cosa stia *'unitate sua, nulla ope externa'*, come dice Seneca. E si può dire che la sua ricerca è ben condotta.

Ma occorre soprattutto tener presente, come ben mette in rilievo il Bonfante, che anche qui il criterio che sta a base della distinzione giuridica, ed a cui sostanzialmente si ispirano le due categorie quali le hanno configurate i Romani, non è un criterio naturalistico, fornito dalla fisica e dalla chimica, ma un criterio di valutazione sociale. Per determinare quali cose nel diritto si considerino come «unite», «continue», anche facendo espresso richiamo a concetti filosofi, i giureconsulti, avendo riguardo alla essenza e funzione economico sociale della cosa, sostanzialmente si fondano sul comune apprezzamento degli uomini, su quello che la cosa appare ai fini pratici, e che appunto ha rilievo per le esigenze della vita pratica che il diritto regola. La formulazione filosofica che i Romani danno alla distinzione non fa che darvi una veste pseudoscientifica. E, osserva giustamente il Bonfante, il richiamo che i giureconsulti romani fanno ai concetti della fisica stoica, non pregiudica questo sostanziale riferimento ad una distinzione economico-sociale, fondata sulla comune valutazione, in quanto le conoscenze scientifiche degli antichi erano ben lungi dall'essere in antitesi colle vedute comuni che poggiano sui dati dei sensi. Quando si dice con Seneca (*nat. quaest.* 2.2) che *'continuatio est partium inter se non intermissa coniunctio'* e si parla di *'sine commissura continuatio'* e di *'corpus nulla ope externa sed unitate sua cohaerens'*, oppure d'altra parte di *'corpora, quorum diversae partes iunctura in unum sunt coactae'*, soprattutto quando si fa richiamo nel diritto a questi concetti (che possiamo anche tradurre parlando di «unità organica», di «adesione» e «coesione», come fa il Göppert), il criterio che ne sta a base è quello dato dalla comune valutazione, per cui in talune cose non si vedono soluzioni di con-

²⁵⁶ Il passo dà luogo a qualche difficoltà, perché presenta il caso della statua come esempio di *'corpora cohaerentia'* che si contrappone ai *'corpora ex distantibus'*. A parte il fatto che Pomponio definisce la cosa composta come tale che *'ex contingentibus hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat'*, si può osservare come nello stesso D. 6.1.23.5, in principio, si parli di *'cohaerere'*, sia per il caso di congiunzione che dà luogo ad una cosa composta, per cui è ammessa l'*actio ad exhibendum*, sia per il caso di congiunzione che dà luogo ad una cosa semplice, ed anzi come il primo sia presentato quale il caso più frequente e tipico, a cui l'altro fa eccezione; non si capirebbe dunque perché, infine, ai *'corpora ex distantibus'* sia contrapposta come *corpus cohaerens* solo la statua: e d'altra parte tutta la frase finale è inutile perché i *'corpora ex distantibus'* erano già contrapposti alla trattazione precedente sulle altre due categorie. Comunque sia di ciò, è certo che il caso della statua dà luogo ad una cosa semplice, in quanto anche nella prima parte del passo come esempio in cui è esclusa l'*actio ad exhibendum* è ricordato appunto il caso di congiunzione per *ferruminatio* di un braccio ad una statua; e quindi l'affermazione che *'tota statua uno spiritu continentur'*, anche se qui è stata aggiunta dai compilatori, risponde sostanzialmente ai concetti classici.

²⁵⁷ K.A. WANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 7, I, Marburg-Leipzig, 1865, p. 106.

²⁵⁸ *Ueber einheitliche, zusammengesetzte und gesamt-Sachen*, cit., p. 10 ss. e in particolare p. 20 ss.

tinuo nella unità e fusione degli elementi, in altre si scorge una giustapposizione di elementi congiunti che pur nell'unità del *corpus* lasciano risultare la commessura. Questo è il criterio rilevante agli effetti giuridici, in cui, come vedremo, interessa la individualità di un elemento che venga congiunto nella cosa e possa colla separazione conservare la stessa individualità primitiva.

Seneca (*nat. quaest.* 2.2) enuncia, come modi in cui risulta il corpo composto, il *nexus* e l'*acervatio*; esempi del primo sono quelli che dà Pomponio, l'edificio, la nave, l'armadio; esempio della seconda il frumento, che si individuerebbe appunto a mucchi. Senonché, osserva il Göppert²⁵⁹, in questa menzione dell'*acervatio* in rapporto alla partizione dei *corpora*, più precisamente circa la categoria dei *corpora composita*, Seneca appare isolato, in quanto la teoria stoica della mescolanza viene tenuta distinta dalla partizione dei *corpora*, dalla formazione dell' '*unum corpus*'. La vera e propria unità del *corpus*, che individua il *corpus compositum*, si avrebbe solo là dove Seneca riscontra il *nexus*. Per quanto riguarda i giuristi, occorre già anzitutto osservare che Pomponio non parla dei casi di '*acervatio*'; egli dà solo esempi di ciò che Seneca chiama '*nexus*'. Inoltre, impostando genericamente la questione che dà luogo all'*excursus* sui *corpora* come '*rerum mixtura facta*', egli mostra poi di considerare senz'altro, come sviluppo di tale *excursus* il problema tecnico dell'accessione, in cui interessa la congiunzione come parte in un'unica *res*²⁶⁰. Agli effetti per cui è rilevante nel diritto la distinzione tra *corpora unita* e *corpora composita*, l'*acervatio* non viene in considerazione come modo di individuazione di un *corpus*, precisamente di un *corpus compositum*; ove gli elementi sono individuabili e separabili resta una separazione di cose diverse; la mescolanza non importa ivi né acquisto del tutto, né condominio, mentre invece determina condominio nelle masse ridotte a corpo semplice (cfr. *Iust. inst.* 2.1.27-28; D. 6.1.3.2, D. 6.1.4 e D. 6.1.5.pr.-1; D. 41.1.12.1)²⁶¹.

La definizione del '*corpus compositum*' viene dunque fornita dalla congiunzione in un *corpus* unico, che pur lascia vedere distintamente la *commisura* fra le parti.

55. La distinzione tra cose semplici e composte ha notevole importanza giuridica. Sulla parte congiunta di una cosa composta può perdurare, allo stato di quiescenza finché dura l'unione, una proprietà distinta da quella del tutto, che pur non esclude la proprietà del tutto. Basta infatti ricordare che nell'accessione la cosa fusa in una cosa semplice che appartenga ad altri è definitivamente perduta per l'antico proprietario, mentre quella che venga a far parte di una cosa composta (per quanto, finché la cosa composta dura, sia esclusa la *rei vindicatio*), qualora venga di nuovo separata, appartenendo all'antico proprietario, può essere rivendicata; ed anzi normalmente quello può intentare l'*actio ad exhibendum* per ottenere la separazione della parte separabile (salvo il divieto per l'edificio), e poi, ottenuta la separazione, intentare la *rei vindicatio*²⁶².

Mentre per la cosa semplice il problema non si pone neppure, nella cosa composta il possesso e l'usucapione del tutto non implicano già possesso ed usucapione dei singoli elementi²⁶³.

Nelle cose composte, agli effetti della responsabilità per l'evizione, la vendita del tutto non si intenderebbe come vendita della parte, se questa è altrui (D. 21.2.36; cfr. però D. 41.3.23.1).

Di fronte alla impostazione ed alla importanza giuridica che i Romani danno alla distinzione

²⁵⁹) *Ueber einheitliche, zusammengesetzte, und gesamt-Sachen*, cit., p. 46 s.

²⁶⁰) Che nello stesso libro parli poi anche di «mescolanze» (D. 41.1.27) non toglie valore a questo rilievo.

²⁶¹) Cfr. GÖPPERT, *op. cit.*, p. 77 ss.

²⁶²) Riteniamo più proprio e più vicino alla concezione romana, almeno già a quella dell'epoca classica, parlare di «quiescenza», anziché di «estinzione» e «resurrezione» dei rapporti preesistenti (cfr. da ultimo sul tema A. GUARNERI-CITATI, *La c.d. accessione separabile e i suoi effetti nel diritto romano*, in «AUPA.», XIV, 1930, p. 227 ss.). In ogni modo, sia pure attenuata, la importanza giuridica della cosa composta esisterebbe sempre. E a noi basta qui averla messa in rilievo, senza poterci ulteriormente soffermare sui vari problemi circa gli istituti attraverso i quali si determina la proprietà della cosa composta risultante di cose di proprietari diversi. Gioverà qui solo ancora soggiungere che da quanto abbiamo detto per la proprietà si potrà anche argomentare per altri rapporti, secondo ciò che comporta la loro natura.

²⁶³) Si veda *infra*, § 63.

colpisce la aprioristica negazione del Perozzi²⁶⁴, che afferma senz'altro che «è impossibile dare un senso plausibile all'antitesi fra cose semplici e composte, per il fatto che l'idea di cosa suppone appunto che si consideri un'unità e non le parti dell'unità; se si considerano queste, allora non abbiamo più una cosa, ma più cose. Onde, data una cosa, è inutile dire che è semplice; e, date più cose, è assurdo dire che si ha una cosa composta, perché appunto non si ha un'unica cosa». Ma, se nella cosa composta possono perdurare allo stato di quiescenza proprietà su singole parti congiunte, distinte dalla proprietà del tutto, ciò significa che giuridicamente non è assurdo considerare la cosa, che pur rappresenta un'unità, nelle parti di cui è composta. D'altra parte il fatto che esiste il tutto, che è oggetto di rapporti giuridici e che è d'ostacolo alla *rei vindictio* dell'antico proprietario di una parte (che pure conserva una proprietà quiescente) significa che non si può parlare di più cose, ma bensì sempre di una cosa composta, che rappresenta una realtà giuridica, come rappresenta una realtà nell'uso della vita e del commercio.

Il Perozzi²⁶⁵ soggiunge che «è inutile indugiarsi a costruire un senso tollerabile all'antitesi che non ha alcuna importanza giuridica», e così spiega questa sua asserzione: «Giuridicamente può importare soltanto il fatto che una cosa sia stata composta di più altre discernibili ora nell'intero. Così, ad esempio, quando queste cose spettassero prima a proprietari diversi. Il modo però di composizione di una cosa, ossia la storia della cosa, non deve essere convertito in un carattere della cosa. L'antitesi tra cose semplici e composite pecca e soffre di questa conversione».

Di questa critica si può dire almeno che essa è troppo astratta e aprioristica. Si può già rispondere che quando la storia della cosa, e cioè la unione di cose diverse appartenenti a diversi proprietari, produce conseguenze giuridiche diverse secondo che ne risulti una cosa semplice o una cosa composta, e il criterio discretivo è appunto attinto da una distinzione dei *corpora*, si tratta precisamente di una rilevanza giuridica di questa distinzione, fondata su un vero e proprio carattere della cosa; l'equivoco denunziato dal Perozzi non sussiste²⁶⁶.

Se uno spunto utile nella critica del Perozzi c'è, questo può consistere nel rilievo che, più che il contrapposto tra cosa semplice e composta, interesserebbe qui il concetto di cosa composta, di fronte anche ai casi dove non si riconosce neppure l'esistenza di una unica cosa; che d'altra parte, anziché far capo ad una difficile distinzione generale dei *corpora*, colla difficoltà di una determinazione positiva del corpo semplice dati gli effetti giuridici per cui tutto ciò è rilevante, sarebbe stato più proprio, almeno più opportuno, considerare direttamente la vicenda della congiunzione delle cose, nel quadro più generale delle vicende delle cose, e valutare il risultato della vicenda²⁶⁷. La impostazione che valuta tali risultati delle vicende delle cose dal punto di vista della teoria dei *corpora* e di una distinzione delle cose, potrà, è vero, incontrare delle difficoltà nell'inquadrare le diverse ipotesi, potrà anche mostrarsi insufficiente e portare quindi a complicare la visione. Ma nella sua impostazione, nella sua rilevanza giuridica non c'è un vizio logico fondamentale; tanto più poi che la distinzione dei *corpora* importa ancora un terzo membro.

Va qui ancora rilevato che la rilevanza giuridica della distinzione tra *corpora unita* e *corpora ex cohaerentibus*, ed il persistere nei secondi di una proprietà distinta, quiescente, sulla parte congiunta, accanto alla proprietà del tutto, come i principii relativi al possesso, all'usucapione, alla vendita del tutto senza che ne vengano coinvolte le parti, non hanno nulla a che fare colle oscillazioni nella individuazione della cosa, la *pars pro diviso* e i distinti rapporti su questa, nei casi in cui la divisione della cosa avviene mediante delimitazione, e la individuazione della *res* ha carattere convenzionale, come avviene per il suolo. I rapporti sulla *cd. pars pro diviso* qui toccano una vera e propria individuazione di *res* distinte, non importano una contrapposizione giuridica con un tutto, e interessano una sfera diversa da quella della unità della cosa rispetto all'essere semplice o composta; di diversa proprietà

²⁶⁴) *Istituzioni*, I, cit., p. 585 ss.

²⁶⁵) *Istituzioni*, I, cit., p. 586 nt. 1.

²⁶⁶) Contro Perozzi, si veda anche BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 107 ss. [= p. 127 ss.].

²⁶⁷) Cfr. M. ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto privato*, I, Torino, 1939, p. 163; C. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937 [specie p. 35 ss.].

sul tutto o su una *pars*, di distinta usucapione etc. non vi si può parlare ²⁶⁸.

56. E veniamo al terzo membro della tripartizione data da Pomponio in D. 41.3.30.pr. e cioè ai *corpora quae ex distantibus constant*.

Quanto alla terminologia, il termine usato nelle fonti è appunto quello di *'corpora ex distantibus'*, che viene, oltretutto nel passo di Pomponio, in D. 6.1.23.5 e in *Iust. inst.* 2.20.18; esso non è altro che quello dato dai filosofi (cfr. Sen., *ep.* 102.6). In D. 7.1.70.3, parlando di *'ususfructus gregis vel armenti vel equitii'* si aggiunge, a mo' di esplicazione, *'id est universitatis'*, ma questa aggiunta, come ha scorto l'Eisele, è probabilmente spuria ²⁶⁹.

Pomponio in D. 41.3.30.pr. definisce il concetto che sta a base di questa categoria parlando di *'corpora plura [non] soluta sed uni nomini subiecta'*: si è abbastanza d'accordo nel ritenere che il *'non'* vada cancellato come un errore di amanuense. Tolto il *'non'*, la definizione corrisponde a quella dei filosofi. Seneca (*ep.* 102.6) parla di *'quaedam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt'*, ed inoltre così ne spiega il concetto: *'illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, iure aut officio coherant, natura diducti et singuli sunt'*. Il concetto di Seneca e quello di Pomponio si corrispondono: si tratta di cose separate, che sono unite secondo criteri sociali, il diritto (*iure*), la funzione (*officio*), il linguaggio (*nomine*) ²⁷⁰. La definizione di Pomponio è però vaga, e, se fa richiamo al comune linguaggio, darebbe un concetto dei *corpora ex distantibus* atto ad abbracciare un'ampia cerchia; il concetto richiede un'ulteriore determinazione in base agli esempi dati nelle fonti ed al regime giuridico.

Abbiamo visto che gli esempi dati da Pomponio sono il *populus*, la *legio* ed il *grex*. Il giureconsulto, prendendo la distinzione dei *corpora* dai filosofi, estende il suo sguardo al di là di quelle che sono *res* in senso giuridica, e qui egli ricorda gli aggregati di uomini liberi, i quali, come si è detto, non sono *res* secondo il diritto (i filosofi poi aggiungono l'*exercitus*, il *senatus*, il *chorus*). Ma già abbiamo precisato come ciò non tolga che la distinzione venga assunta dal giurista per il riflesso che ha nel campo delle *res*. Ed allora, tra gli esempi addotti da Pomponio di *corpora ex distantibus* ve n'ha uno che può interessare il concetto giuridico di *res*: il gregge. Ed il gregge è sempre nelle fonti l'esempio tipico e costante, quello che sempre ricorre quando si fa menzione della categoria in generale e se ne enuncia il concetto (così, oltre che nel passo ricordato, in D. 6.1.23.5, in *Iust. inst.* 2.20.18); ad esso vanno però equiparati, in quanto vi sono strettamente connessi e, anzi, compresi in un unico concetto, aggregati analoghi come le mandre di buoi e di cavalli (*armentum, equitum*: D. 6.1.1.3; D. 7.1.68.2; D. 7.1.70.3); parlando di gregge alluderemo dunque anche a questi complessi similari. E solo questi sono gli esempi sicuri dati dalle fonti romane ²⁷¹.

57. Gli'interpreti hanno preferito assumere il termine tecnico di *'universitas'*, desumendolo dall'apposizione contenuta in D. 7.1.70.3, *'id est universitatis'*, parlando di *'universitates facti'*, *'hominis'* o *'rerum'*, in antitesi alla categoria detta, anch'essa con termine non romano, delle cd. *'universitates iuris'* o *'iurium'* (cioè un patrimonio, o quei complessi patrimoniali, che sotto un certo aspetto, vengono considerati come unità economica e giuridica, come per esempio l'eredità, la dote, il peculio) ²⁷².

La categoria delle cd. *'universitates facti'* fu generalizzata ed estesa oltre gli aggregati di animali, a cui, come si è detto, è limitata l'esemplificazione delle fonti (*grex, equitum, armentum*), in modo da

²⁶⁸) Sui concetti di «cosa» e di *'pars'*, nei vari riferimenti, si veda *infra*, cap. IX.

²⁶⁹) Cfr. [F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen. II*, in «ZSS.», XI, 1890, p. 4 ss.]; KRÜGER [«Corpus Iuris Civilis», I, cit., p. 133 nt. 20], *ad h.l.*; BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p.109 [= p. 129].

²⁷⁰) Cfr. BONFANTE, *Corso*, cit., II.1, p. 109 s. [= p. 130].

²⁷¹) Gioverà tener presente come non ogni raggruppamento di animali fatto dall'uomo possa esservi equiparato; non per esempio una quadriga di cavalli, in quanto ivi i singoli elementi non si perdono nell'individualità del tutto ma sono essenziali.

²⁷²) Si veda il recente volume di D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Milano, 1936.

comprendere ogni complesso di cose corporali, anche di oggetti inanimati, come un magazzino di merci, una biblioteca, una pinacoteca, ed anche se gli elementi non sono omogenei, come per il cd. *instrumentum fundi*²⁷³.

A tale ampio concetto si adatterebbe, presa in sé e per sé, la definizione di Pomponio, *'corpora plura soluta sed uni nomini subiecta'*: si tratterebbe sempre di complessi di cose, abbracciati nel comune linguaggio in un unico nome, e formanti una unità a sé, distinta dalla somma degli elementi che la compongono, elementi che, nella valutazione di quella, non verrebbero in considerazione come individui, ma come parti del tutto, il cui rinnovarsi non avrebbe maggior valore del rinnovarsi degli elementi nella cosa semplice.

Il concetto rappresenterebbe un parallelo di quello delle cd. *'universitates personarum'* (termine anche questo postclassico per indicare le corporazioni).

Ma una revisione critica al lume delle fonti ha fatto giustizia della costruzione della categoria, ed ha posto il problema per diritto romano nei suoi giusti termini.

Anzitutto il termine di *'universitas'* in questa accezione tecnica può dirsi non romano. Con ogni probabilità, abbiamo detto, l'apposizione *'id est universitatis'* in D. 7.1.70.3 è spuria; ma, anche a parte ciò, essa è ben lungi dal rappresentare una terminologia tecnica per indicare questa categoria. I romani, ben è stato osservato, parlano di *'universitas aedium'*, *'aedificii'*, *'fundi'* per indicare la cosa nella sua entità complessiva oppure l'integralità della cosa²⁷⁴; nel passo citato si parlerebbe di *'universitas gregis'*, cioè del gregge considerato nella sua individualità complessiva.

D'altra parte una visione unitaria della categoria che si vuol raccogliere sotto il nome di *'universitates facti'* non può riscontrarsi per diritto romano. Vedremo come l'individualità che si trova nel gregge non si presenti per altri complessi.

Parlare di una categoria logica, che esprime un'operazione logica dell'ordinamento giuridico sopra un complesso di oggetti di diritto (e cioè una considerazione del complesso *«sub specie universitatis»*) e di un riconoscimento relativo (per ricordare il tentativo più recente, quello del Barbero) presenta certo una maggiore elasticità, ma significa sempre ricadere in una concezione unitaria sconosciuta ai Romani, e d'altro lato stemperare in tale concezione, necessariamente scialba, la concretezza della visione che i romani hanno dei diversi enti, e l'antitesi che ne risulta.

58. Il risultato della moderna critica romanistica è stato dunque quello di smantellare l'edificio delle *universitates facti* e di ridurre i *corpora ex distantibus* per il diritto romano al caso tipico del gregge.

Tale critica ha avuto un ampio sviluppo nell'opera citata del Göppert, il quale giustifica la limitazione al gregge anche dal punto di vista della filosofia stoica, a cui, come abbiamo detto, i giuristi fanno richiamo per la tripartizione dei *corpora*; ed infatti non può non aver importanza il fatto che anche gli esempi non giuridici dei *corpora ex distantibus*, cioè quelli dati dai filosofi, dal loro punto di vista più generale, sono esempi di gruppi animati (accanto a quelli di animali, quelli di uomini). Il concetto di *'corpora ex distantibus'* sarebbe rappresentato solo da unioni di $\epsilon\mu\psi\upsilon\chi\alpha$, cioè di corpi dotati di una $\psi\upsilon\chi\acute{\eta}$. Abbiamo detto come, secondo gli stoici, ogni cosa consti di una οὐσία («materia»), parte staccata della οὐσία universale, e di un' ἔξις («spirito»), parte dello spirito del mondo; orbene questo «spirito» non ha in tutte le cose la stessa potenza, ma presenta delle gradazioni, affinandosi in certi oggetti al di sopra della ἔξις ψιλῆ, in forma di φύσις, ψυχῆ, λόγος; questi rappresentano tre diversi stadi più elevati dell' ἔξις. Senza addentrarci nello studio della natura di questi vari stadi²⁷⁵ e degli oggetti che ad essi corrispondono, rileveremo come quello intermedio, la ψυχῆ, sia comune a tutti gli animali²⁷⁶ (gli uomini poi posseggono lo stadio più affinato, e cioè una λογικὴ ψυχῆ). Al di

²⁷³) Tradizionalmente ci si è limitati a complessi di cose mobili; osserva però il Perozzi (*Istituzioni*, I, cit., p. 586) che accolto il concetto non vi sarebbe ragione per non estenderlo a pluralità di immobili.

²⁷⁴) Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 109 [= p. 129] nt. 2.

²⁷⁵) Cfr. GÖPPERT, *op. cit.*, p. 24 ss. e 49 ss.

²⁷⁶) Essa è quello stadio dell' ἔξις in forza del quale l'animale ha la possibilità di movimento da luogo a luogo,

sotto dei *corpora* dotati di ψυχή non ci sarebbe possibilità di *corpora ex distantibus*. Né a questa conclusione osta il fatto che alcuni, come Achille Tazio e Marco Aurelio Antonino, ricordano, accanto al gregge ed ai gruppi di uomini, le costellazioni; secondo gli stoici le stelle sono esseri animati, ed anzi di un ordine superiore agli animali dotati di semplice ψυχή ed agli stessi uomini, dotati, come si è detto, di una λογική ψυχή.

La possibilità di individuare *corpora ex distantibus* solo negli esseri, dotati di ψυχή troverebbe la sua giustificazione nella filosofia stoica, in quanto per tali esseri il legame che unisce i singoli corpi non sta in un elemento esteriore, cioè nell'essere essi unificati e trattati come un complesso unico da parte di un terzo, ma in una causa intrinseca, in un rapporto spirituale tra i vari elementi, che rappresenta un'intima spinta alla vita sociale, e cioè una spinta negli animali a congiungersi in greggi e armenti²⁷⁷, e, in più alto grado, negli uomini alla vita sociale; in più alto grado, come si è detto, tale rapporto esisterebbe nelle stelle.

La tesi svolta dal Göppert, su questo punto, ha trovato molti autorevoli consensi; essa però ha avuto dei contraddittori, tra i quali gioverà qui ricordare il Fadda²⁷⁸ e il Sokolowski²⁷⁹, il quale ultimo ha cercato di contestarla soprattutto dal punto di vista filosofico. Questo scrittore cerca di dimostrare che la limitazione ai complessi animati non aveva alcun fondamento filosofico, ma che, secondo i concetti della filosofia stoica (e soprattutto tenendo presente che il τόνος, o 'tenor', degli stoici, che rappresenta la tensione dello πνεῦμα, non si può configurare puramente come un movimento unilaterale, che procede dall'interno all'esterno, ma come un doppio movimento, dall'interno verso l'esterno e dall'esterno verso l'interno), non vi sarebbe motivo per escludere dai *corpora ex distantibus* i complessi di cose inanimate²⁸⁰. Il fatto che filosofi o giuristi prendono i loro esempi nei complessi animati, si spiegherebbe col fatto che le *universitates* di animali o uomini lasciano scorgere l'intimo τόνος, in più alto grado degli altri gruppi di cose, e che la spinta sociale degli uomini e degli animali era considerata anche dagli stoici come un fenomeno psichico a sé.

Ma il ragionamento del Sokolowski ha alquanto di aprioristico, in quanto egli ragiona in base ad uno svolgimento astratto che egli dà ai principii stoici; se i complessi animati rivelano in più alto grado l'intimo τόνος, il fatto che gli esempi dei filosofi concordemente si limitano a complessi animati non può non significare che il criterio filosofico che caratterizza i *corpora ex distantibus* è dato dalle particolarità dei complessi animati.

Un'obiezione più grave, sempre dal punto di vista filosofico, che parrebbe opporsi al Göppert, è questa: che il rapporto spirituale fra i singoli individui, che determinerebbe la spinta alla vita sociale, e che sarebbe la molla per la formazione dei *corpora ex distantibus*, dovrebbe limitare tali *corpora* agli aggregati naturali; ivi si producono quei fatti naturali (accoppiamento, generazione) che bene esprimono la spinta alla unione; ed a tali aggregati naturali si limita l'esempio per gli animali, il gregge, che resta tale anche se i singoli animali sono stati messi insieme dall'uomo. Allo stesso concetto si ispira, per i gruppi di uomini, il *populus*. Ma non così è per la *legio*, ricordata da Pomponio, non così per l'*exercitus* ed il *senatus*, menzionati da Seneca. Ma questa obiezione è già implicitamente prevenuta e superata dal Göppert: egli rileva che il rapporto spirituale che spinge alla vita sociale è secondo gli stoici più affinato negli uomini che non negli animali, e più ancora nelle stelle. Orbene, mentre negli animali è solo una spinta naturale, negli uomini esso assurge ad un senso di dovere, ed

non spinto da una forza esterna, però in rapporto alle impressioni che egli riceve dal di fuori.

²⁷⁷) E se anche il gregge è stato formato dall'uomo che ha raccolto i singoli animali, ciò che tiene uniti questi è sempre questa forza intrinseca.

²⁷⁸) Nelle note a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I, p. 478 (§ 137) nt. b (V, p. 16 ss. [n. 12]).

²⁷⁹) *Die Philosophie im Privatrecht*, I, cit., p. 49 ss. (si vedano ivi citati, a p. 510 nt. 118, i vari autori che invece seguirono l'opinione del Göppert su questo punto).

²⁸⁰) La forza che terrebbe unito il complesso di cose procedendo dall'esterno verso l'interno, troverebbe la sua espressione formale nell'unica denominazione, che abbraccia tutte le cose ('*uni nomine subiecta*'). Il passo ricordato di Seneca mostrerebbe, secondo il Sokolowski, che anche per gli uomini prevarrebbe la spinta dall'esterno verso l'interno, poiché il filosofo fa richiamo al *ius* e *officium*; la spinta dall'interno verrebbe in seconda linea (ma ciò è inesatto, ed è già prevenuto dal Göppert: si veda *infra*).

è la fonte delle norme giuridiche che determinano ed organizzano i gruppi di uomini; in questo senso Seneca dice che gli elementi del gruppo *'iure aut officio cohaerent'*. Inteso in questo senso l'intimo legame psichico che unisce gli elementi dei *corpora ex distantibus*, si comprende come tali fossero ritenuti dai filosofi l'*exercitus*, la *legio*, il *senatus* etc.

Ma occorre subito notare che, se la concezione unitaria del gregge veniva a riassumersi nel concetto filosofico dei *corpora ex distantibus*, la impostazione filosofica non era la determinante della costruzione giuridica, ma solo un'etichetta con cui si presentavano concetti giuridici modellati sulla realtà sociale. Ben è stato osservato che Gaio – *inst.* 4.17 – parla della *vindicatio gregis* al tempo delle antiche *legis actiones*, ad un tempo cioè in cui i Romani non seguivano certo correnti filosofiche, ma la immediata visione giuridica delle esigenze di una società eminentemente agricola²⁸¹; mentre d'altra parte la concezione arcaica dell'*hereditas* come complesso corporale, in seguito superata e respinta, si vi presentava colla stessa unità²⁸².

In ogni modo la impostazione filosofica veniva a fornire a questa visione unitaria del gregge, sussistente *ab antiquo*, colla limitazione a complessi animati, un ulteriore fondamento dottrinale.

Senonché questa limitazione dei *corpora ex distantibus* a complessi animati, e cioè, nell'ambito delle *res*, al gregge, e d'altra parte anche per questo la concezione e il regime giuridico, sono oggetto di viva discussione fra i romanisti. Da alcuni si ritiene che il *corpus ex distantibus* fosse trattato come cosa, indipendentemente dalle singole parti, da altri si nega al concetto valore giuridico; fra le tesi estreme si sono formate opinioni intermedie. Si discute poi se si tratti di cose corporali o di entità astratte che siano incorporali. Il problema si è venuto a connettere con quello circa l'estensione della categoria; diversa è l'estensione e diverso è il valore giuridico che vi danno i vari autori.

La visione che del problema ebbero i Romani si può trarre da un esame del regime giuridico, dalla considerazione della posizione rispetto ai diversi istituti, e dalla valutazione dei singoli complessi, in primo piano del gregge valutato nella concretezza delle esigenze di una società agricola. In rapporto a singoli istituti ed effetti, per cui si trovano enunciazioni nelle fonti, considereremo dunque anzitutto la posizione del gregge; vi raffronteremo la posizione di altri complessi.

59. – A) RIVENDICAZIONE. Il gregge viene rivendicato come unico oggetto, e sin dal tempo delle *legis actiones*.

Gai., *inst.* 4.17: Si qua rea talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, velut si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. itaque ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur ...

D. 6.1.1.3 (Ulp. 16 *ad ed.*): Per hanc autem actionem (*formulam* ?) non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vicensimo quinto scribit. idem et de armento et de equitio, ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. sed enim gregem sufficere ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur.

D. 6.1.2 (Paul. 21 *ad ed.*): Sed si par numerus duorum interfuerit neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius eius vindicabit. sed si maiorem numerum alter habeat, ut detracto alieno nihilo minus gregem vindicaturus sit. in restitutionem non veniunt aliena capita.

D. 6.1.3.pr. (Ulp. 16 *ad ed.*): Marcellus libro quarto digestorum scribit: qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum redemit totidem capita aliena ab eo qui dominium eorum habebat, vel aliena ab eo qui bona fide ea possidebat: et haec utique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. sed et si ea sola supersint capita, quae redempta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare.

²⁸¹) Cfr. C. FERRINI [in GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., I – cur. C. FERRINI –, Milano, 1888, p. 745], citato da FADDA, *op. cit.* [note a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, V], p. 22, nonché BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 116 [= p. 138].

²⁸²) Si veda *infra*.

D. 6.1.23.5 *i.f.* (Paul. 21 *ad ed.*) ... at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves; ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.

D. 44.2.21.1 (Pomp. 31 *ad Sab.*): Si petiero gregem et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eundem gregem petam, obstat mihi exceptio. sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem.

Da questi passi (per quanto alcuni presentino delle alterazioni) risulta evidente l'esistenza di una *vindicatio* del gregge, con *intentio* che afferma '*gregem A^o. A^o. esse*'. Ma il passo di Gaio ci dice come tale *vindicatio* del gregge esistesse già al tempo delle *legis actiones*; ed anzi ivi la singola pecora è detta '*pars*', come la scheggia della colonna, come la zolla di terra. Ed abbiamo detto come questo passo di Gaio abbia grande valore in quanto fa testimonianza per un periodo anteriore a tutte le influenze stoiche, in quanto dimostra che la considerazione del gregge come un corpo unico non rispondeva solo a concezioni filosofiche, ma anche ad esigenze pratiche, soprattutto rispondenti all'antica economia rurale.

Orbene, da questa *vindicatio gregis*, da questo '*intendere gregem A^o. A^o. esse*', parrebbe appunto potersi dedurre che il gregge è considerato come cosa a sé, alla stessa stregua delle cose semplici e composte.

Senonché questo concetto è stato oppugnato. Si afferma da alcuni che si tratta di una *vindicatio* cumulativa di più cose, che rappresenterebbe una mera comodità processuale, e che non toglierebbe che si facesse questione della proprietà delle singole cose, e quindi la prova dovesse essere fornita per le singole cose ²⁸³.

Le fonti ci presentano esempi di *vindicatio* cumulativa, in cui cioè con un'unica formula si rivendicano più cose, il che poteva rappresentare talora una notevole comodità per l'attore, se anche – il che però è disputato – poteva importare dei rischi. Ma l'unità della formula non toglie che si rivendicassero le singole cose, che dovevano essere singolarmente designate dall'attore, anche se vario è il modo di designazione per le varie cose (cfr. D. 6.1.6). Esempi di tale *vindicatio* cumulativa, o collettiva, sono menzionati in D. 44.2.21.2; in D. 44.2.7.pr.; in D. 6.1.6; e tale doveva essere la *vindicatio instrumenti*, di cui in D. 33.7.1.1, e quella *peculii*, di cui in D. 33.8.6.1 (cfr. D. 6.1.56) ²⁸⁴.

Orbene, la *vindicatio gregis* presentava già la particolarità che non si dovevano indicare specificamente le singole cose, ma bastava dichiarare '*gregem meum esse*'. E questa *vindicatio gregis* è espressamente contrapposta alla *vindicatio peculii*, che è una rivendica cumulativa, in D. 6.1.56:

Vindicatio non ut gregis ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.

Ma questa contrapposizione non significa solo una mera differenza formale, una mera comodità di designazione dell'oggetto; nel '*gregem meum esse*' c'è una realtà sostanziale; c'è una *vindicatio* di una cosa unica che si contrappone alla *vindicatio* cumulativa di più *res*; c'è la contrapposizione del gregge, come cosa a sé, alla individualità dei singoli capi.

Del resto, che non fosse una mera comodità di designazione degli oggetti rivendicati, lo provano le esplicite dichiarazioni dei passi ricordati, in cui si ha cura di distinguere la *vindicatio* del gregge dalla *vindicatio* dei singoli capi. Già abbiamo detto come significativo sia il passo di Gaio in cui si parla di *vindicatio* del gregge come di una *res* di cui la *ovis* o *capra* è una *pars*. Così ha valore sostanziale la dichiarazione di Ulpiano in D. 6.1.1.3: '*sed enim gregem sufficet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim non singula corpora vindicabuntur*'. La prova quindi non deve essere data per i sin-

²⁸³) Sulle varie teorie enunciate circa la *vindicatio gregis* si veda per tutti M. PAMPALONI, *Sulla vindicatio gregis in diritto romano*, in «RISG.», X, 1890, p. 268 ss.

²⁸⁴) Sulla *vindicatio* cumulativa cfr. GÖPPERT, *op. cit.*, p. 100 ss.

goli capi, ma per il gregge. E grande rilievo ha pure la soluzione contenuta in D. 6.1.3.pr.

Il fatto che gli elementi sono separati fa sì che possa esistere sul singolo elemento una proprietà distinta da quella del gregge; ed allora è ammessa da parte del proprietario la *vindicatio* dei suoi capi; ciò è detto egregiamente da Paolo in D. 6.1.23.5, già citato, dove appunto la posizione delle tre categorie di *corpora* di fronte alla *rei vindicatio*, e quindi alla proprietà, è mirabilmente precisata; poiché nei *corpora ex distantibus* gli elementi sono staccati, e d'altra parte il gregge persiste identico anche se ne sono tolti alcuni capi, cessa la ragione per cui nelle cose composte la rivendica è sospesa. Si scorge dunque a questo riguardo una gradazione fra le tre specie di *corpora*, senza però che in nessuna si possa negare l'esistenza di una proprietà sull'intero.

I fautori della *vindicatio* cumulativa invocano in loro favore l'affermazione di D. 44.2.21.1, che, se dopo aver rivendicato l'intero gregge si rivendica un singolo capo, che vi esisteva nel momento della rivendica del gregge, osta l'*exceptio rei indicatae* (vel in *iudicium deductae*).

Anzitutto si osservi che l'affermazione principale del passo è che tale *exceptio* osta se si rivendica di nuovo il gregge, anche se questo è aumentato o diminuito; e ciò conferma che l'individualità propria del gregge, indipendente dal rinnovarsi dei singoli capi, ha di fronte alla *rei vindicatio* una importanza sostanziale.

Certo però l'affermazione finale, che la *exceptio* osta anche quando si chieda un capo che esisteva nel gregge al momento della *vindicatio*, parrebbe dar luogo a qualche difficoltà. Ma la difficoltà può ben essere superata. In D. 44.2.7.pr. (Ulp. 75 *ad. ed.*) si afferma che l'*exceptio* compete 'si quis, cum totum petisset, partem petat', e se ne afferma l'applicazione anche nel caso in cui 'quis insulam petierit deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat', soggiungendo: 'item si navem petiero postea singulas tabulas vindicem'. Se ne afferma cioè anche l'applicazione al caso di chi, dopo aver chiesto una cosa composta, ne chieda un elemento che ne sia stato staccato, su cui poteva esistere, allo stato di quiescenza finché era aderente, una proprietà distinta da quella del tutto, che si esplica pienamente colla separazione, come è per i *tigna* e i *lapides* nell'edificio e per la *tabula* nella nave; questa applicazione alle cose composte spiegherebbe l'analoga applicazione ai *corpora ex distantibus*, senza che ne venisse scosso il concetto del gregge come cosa distinta dai singoli capi (e quindi della *vindicatio gregis* come una *vindicatio* unitaria).

Senonché, anche questa applicazione dell'*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* per le cose composte va incontro a gravi difficoltà; e del resto l'affermazione contenuta in D. 44.2.7.pr. è in netta antitesi con quella del § 2 dello stesso passo, che 'in cementis et tignis diversum est: nam is qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere: etenim cuius insula est, non utique cementa sunt: denique ea quae iuncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest'. Questa affermazione di D. 44.2.7.2, sostanzialmente genuina, dimostra che deve essere interpolato il *principium*, e precisamente l'aggiunta 'vel tigna vel lapides'²⁸⁵, e così pure l'aggiunta relativa alla nave²⁸⁶. Per i *corpora ex cohaerentibus* valeva dunque regola ben diversa che per le parti delle cose semplici. Mentre in quest'ultimo caso, se alcuno chiedeva il tutto e poi la parte, ostava l'*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae*, così non era nelle cose composte se alcuno chiedeva il tutto, e poi una parte su cui poteva esistere proprietà quiescente distinta da quella del tutto, che colla separazione si esplicava di nuovo pienamente²⁸⁷; tale regime fu mutato dai compilatori, che ammisero anche in questo caso l'*exceptio rei indicatae*. Ma allora si può ammettere che analogo fosse il regime dei *corpora ex distantibus*, e che anche qui l'affermazione della opponibilità dell'*exceptio rei indicatae* a chi, dopo aver chiesto il gregge, chieda un singolo capo, e cioè l'affermazione finale di D. 44.2.21.1, sia dovuta

²⁸⁵ Il caso dell'area era nettamente distinto da quello dei *tigna* e *lapides*, poiché il dominio dell'area non poteva essere distinto da quello dell'edificio, in quanto 'superficies solo cedit', l'edificio, cioè, appartiene al proprietario dell'area.

²⁸⁶ Per un'esauriente dimostrazione della genuinità del § 2 e della interpolazione del pr., v. GUARNERI-CITATI, *La c.d. accessione separabile e i suoi effetti*, cit., p. 291 ss. (cfr. in senso diverso, A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationensbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Uppsala-Leipzig, 1927-1941, I, p. 264 ss.).

²⁸⁷ Presuppongo ora risolto nel senso della quiescenza il problema circa la sorte della proprietà della cosa accessoria nell'accessione separabile.

ai giustiniane; questa corrispondenza colle affermazioni che, allo stato attuale delle fonti, troviamo per i *corpora ex cohaerentibus*, e l'indizio d'interpolazione che se ne può ricavare per entrambe le ipotesi, sono già decisivi per demolire ogni argomento che si voglia desumere dal passo contro la *vindicatio* del gregge come *vindicatio* unica ed in favore della *vindicatio* cumulativa²⁸⁸.

D'altra parte si noti ancora come certo il gregge non possa esimersi da particolarità di regime e difficoltà che sono inerenti allo stesso concetto di *corpus ex distantibus*, cioè alla dualità di cui questo risulta, ossia al fatto che, pur presentandosi il complesso come un'individualità a sé, i singoli elementi conservano la propria individualità. In relazione a questo fatto, lo abbiamo visto, mentre da un lato il proprietario del gregge può rivendicare il gregge, il proprietario dei singoli animali può rivendicarli; ciò, come abbiamo detto, è in sostanza lo sviluppo del trattamento delle cose composte, per cui la parte può essere rivendicata non appena staccata; nei *corpora ex distantibus* può essere rivendicata subito, perché i singoli elementi sono staccati. Orbene, in connessione con questa particolarità, Paolo in D. 6.1.2 direbbe senz'altro che *'in restitutionem non veniunt aliena capita'*, così che parrebbe che nel giudizio di rivendica del gregge potesse innestarsi il giudizio sui singoli capi appartenenti al convenuto, per un'evidente economia di giudizi (a questo significato il contesto suggerirebbe se mai di limitare l'*'aliena'*)²⁸⁹. Ma il passo ha tutto un riferimento particolare ad un insieme formato con due complessi di capi appartenenti a due diversi proprietari, onde si chiede se e chi possa rivendicare un gregge e in che senso ciò si intenda; non se ne possono trarre illazioni più generali²⁹⁰. E d'altra parte, qualche incertezza e oscillazione nel coordinare l'individualità del tutto e quella degli elementi è ben comprensibile (e il risalto più generale dato a D. 6.1.2 e l'interpolazione di D. 44.2.21.2 sembra rivelare una tendenza giustiniana); e occorre poi anche determinare tutta la vita e le vicende del gregge, e cioè finché modificazioni e aggiunte siano vicende del gregge.

Ad ogni modo, le osservazioni che sopra abbiamo fatto portano ad un risultato sicuro. Sia pure con particolarità derivanti dalla particolarità del rapporto, la *vindicatio* del gregge è una *vindicatio* di un unico oggetto. Sostenere che si trattasse puramente di una *vindicatio* cumulativa, sostenere poi, come alcuni hanno persino voluto, che occorresse la prova per i singoli capi (o tutt'al più ammettere una presunzione sulla base della prova della proprietà della maggior parte dei capi), urta contro tutte le testimonianze e le soluzioni delle fonti. Questo risultato soprattutto interessa il nostro tema; non possiamo qui ulteriormente trattenerci sul regime di questa *vindicatio*, che può avere adeguata sede solo in una trattazione completa della *vindicatio*.

Alcuni scrittori, pur riconoscendo il carattere unitario della *vindicatio*, vogliono scuotere l'illazione che parrebbe potersene trarre, che cioè il gregge ci si presenta come oggetto di proprietà, che esso è cosa in senso tecnico, cosa corporale; chi ha sostenuto che si tratta di una proprietà unica ammessa solo ai fini della *rei vindicatio* (Brinz)²⁹¹; chi che si tratta di un'azione di proprietà estesa oltre la cerchia del vero oggetto di proprietà (Pagenstecher)²⁹²; il Barbero fa in proposito applicazione della concezione dell'*'universitas'* come categoria logica e della relatività del riconoscimento²⁹³. Ma si tratta di sforzi artificiosi che urtano contro la immediatezza e concretezza della visione dei Romani. Quando essi parlano di *'vindicatio gregis'*, di *'gregem A. A. esse ex iure Quiritium'*, della pecora che veniva portata *in ius* come parte del gregge, essi concepiscono il gregge come ente distinto, e

²⁸⁸) Ingiustamente, a nostro avviso, il Guarneri-Citati (*op. ult. cit.*, p. 297 nt. 1) vuol spiegare la soluzione di D. 44.2.21.1 come classica pur ammettendo la genuinità di D. 44.2.7.2 e conseguentemente l'interpolazione di D. 44.2.7.pr. La *vindicatio* del gregge come collettiva non si può ammettere neanche come opinione isolata di Pomponio. Ma se mai per salvare D. 44.2.21.1 si può tutt'al più invocare, in rapporto all'omogeneità del gregge, il concetto della *'pars'*, il fatto che affermando che è proprio il gregge si involgerebbero come *pars* quelle pecore che si affermano proprie.

²⁸⁹) Scialoja vorrebbe scorgervi l'*'unus casus'* di cui in *Iust. inst.* 4.6.2, ma ciò è molto dubbio, e anzi improbabile.

²⁹⁰) E' in sostanza il caso della mescolanza di cui tratta anche *Iust. inst.* 2.1.28, che lo raffronta alla mescolanza di frumento.

²⁹¹) A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* ³, I, Erlangen, 1884, p. 653.

²⁹²) F. PAGENSTECHEER, *Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, III, Heidelberg, 1857.

²⁹³) *Le universalità patrimoniali*, cit., in particolare p. 191 ss.

una proprietà del gregge.

Vi è un dualismo fra l'individualità del complesso e l'individualità dei singoli elementi, fra l'unità e la pluralità; e questo, che abbiamo rilevato riflesso anche nel regime della *rei vindicatio*, si ripercuote poi in oscillazioni di linguaggio e di pensiero. Mentre i giureconsulti, coi filosofi, amano parlare di '*corpora ex distantibus*', essi riferiscono il termine '*corpus*' sia al complesso come ai singoli elementi (cfr. Paul. D. 6.1.23.5), e d'altra parte Ulpiano in D. 6.1.1.3 contrappone la *vindicatio* del gregge alla *vindicatio* di *singulae res* (come di *singula corpora*). Ma ciò non esclude la visione unitaria del gregge, come unico oggetto, e cioè esso pure come *res*, e il parallelismo colle cose composte, il graduale passaggio cioè dai *corpora unita* ai *corpora ex distantibus*.

Mentre gli antichi sentivano senz'altro in modo plastico e concreto l'unità del gregge, nei giureconsulti più avanzati troviamo tutta una elaborazione, sulla base appunto della duplicità di visione, e in rapporto alle difficoltà che ne nascono; e ciò spiega anche la citazione di giureconsulti, richiamati dai successivi, anche per l'enunciazione stessa della *vindicatio gregis* (Ulpiano cita Pomponio), oltreché per le sue determinazioni.

Per il diritto giustiniano poi, il Bonfante²⁹⁴ ha sostenuto che la *vindicatio gregis* sarebbe diventata una *vindicatio* cumulativa. Già abbiamo detto come il carattere più generale dato a D. 6.1.2 e la probabile interpolazione di D. 44.2.21.1 sembrerebbero rivelare una tendenza giustiniana. Ma l'interpolazione di D. 44.2.21.1 trova riscontro in quella di D. 44.2.7.pr.; D. 6.1.2 lascia intravedere la trama dell'originario riferimento particolare; e restano la enunciazione di D. 6.1.1.3 e la soluzione di D. 6.1.3. Esiteremo dunque a dire col Bonfante che nel diritto giustiniano la *vindicatio gregis* è divenuta puramente una *vindicatio* cumulativa; in realtà però c'è la tendenza, che si rivela anche per i corpi composti (cfr. per esempio oltre D. 44.2.7.pr. surricordato, D. 41.3.30.1)²⁹⁵, a dar risalto all'individualità delle parti a scapito di quella del tutto.

Posto che di fronte alla rivendica il gregge è trattato come cosa, si tratta ora di vedere se altri complessi siano trattati alla stessa stregua, e, cioè, di fronte al trattamento giuridico, sia giustificato un concetto di '*universitas facti*' che vada al di là del gregge. La risposta deve essere negativa, in quanto, mentre della *vindicatio gregis* abbiamo, come si è visto, così frequenti testimonianze, non ne abbiamo per altri complessi; e caratteristico è il fatto che si parla solo del gregge anche in enunciazioni di carattere generale (come per esempio in D. 6.1.1.3). Né si può desumere argomento dall'accenno ad una '*vindicatio instrumenti*' che troviamo in D. 33.7.1.1; abbiamo notato come in D. 33.8.6.1 si parli di una '*vindicatio peculii*', mentre in D. 6.1.56, si differenzia nettamente questa, che è cumulativa, dalla *vindicatio gregis*. Il Sokolowski nota che diversa è la posizione del peculio da quella dell'*instrumentum* in quanto il primo rappresenta una *universitas iuris*, il secondo una *universitas facti*. Però il fatto che in rapporto al legato si accenna ad una '*vindicatio peculii*' toglie forza probante ad un richiamo indiretto alla '*vindicatio instrumenti*', e significativo resta il fatto che all'inesistenza di una *vindicatio* unitaria per il peculio si contrappone solo il caso del *grex*. D'altra parte si aggiunga che in D. 6.1.3.1, dopo aver parlato della *vindicatio* del gregge, Ulpiano afferma che '*armamenta navis singula erunt vindicanda*'. Se fosse stato noto un ampio concetto di *universitas* che abbracciasse l'*instrumentum fundi*, non si capirebbe perché non vi fossero compresi gli *armamenta navis*.

Si può però ancora notare che Gaio (*inst.* 4.17), parlando di '*res*' e di '*pars*' rispetto alla *vindicatio* nel processo delle *legis actiones*, ricorda anche l'*hereditas*, nella concezione antica come complesso corporale, che era anche oggetto di usucapione (Gai., *inst.* 2.53). Ciò rivela certamente che gli antichi, intendendo l'*hereditas* come complesso corporale, traducevano nella concretezza della *res* la sua visione unitaria. Ma questa concezione scomparve collo sviluppo della concezione giuridica, e la visione unitaria rimase solo per il gregge, dove trovò poi anche giustificazione nella teoria filosofica dei *corpora*.

²⁹⁴) Corso di diritto romano, II, *La proprietà*, Roma, 1926, parte 2^a, p. 302 ss. [= Milano, 1968, p. 406 ss.].

²⁹⁵) Su cui si veda *infra*.

60. – B) LEGATO PER VINDICATIONEM. Il problema della posizione del gregge, ed eventualmente di altri complessi, come oggetto del diritto di proprietà incontra un altro elemento di prova nel requisito del legato *per vindicationem* nel diritto classico, che il testatore fosse proprietario *ex iure Quiritium* della cosa nei due momenti, in quello della confezione del testamento e in quello della morte, salvo che si trattasse di ‘*res quae pondere numero mensura constant*’ (cioè di cose fungibili), che bastava fossero del testatore al momento della morte (Gai., *inst.* 2.196); a parte l’efficacia del senatoconsulto Neroniano che sanò il legato come se fosse stato fatto nella forma idonea, cioè in quella *per damnationem*.

Orbene, per il gregge risulta chiaramente che la proprietà nei *duo momenta* si valuta in rapporto al gregge, che resta identico anche se sono mutati i singoli capi (*Iust. inst.* 2.20.18; D. 30.21; D. 30.22); ed esplicita è la motivazione data da Giuliano, riportata in *Iust. inst.* 2.20.18: ‘*esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus*’.

Senonché dalle fonti parrebbe desumersi che analogo trattamento avessero anche altre collettività di cose. E da ciò trae il Fadda l’argomento fondamentale per sostenere che i Romani conoscevano una categoria di ‘*universitates facti*’ che eccedeva il campo dei complessi animati.

E effettivamente, se si riuscisse a dimostrare che per altre collettività di cose, oltretutto per i complessi animati, la proprietà nei due momenti in rapporti al legato *per vindicationem* si valutava per il complesso e non per i singoli elementi, l’argomento per l’unità sarebbe forte. Né varrebbe a superarlo il far richiamo alla volontà del testatore, come faceva in un primo tempo lo Scialoja, in quanto si tratta di una trasgressione ad una regola imperativa di diritto. Così lascia dubbiosi la più recente spiegazione dello Scialoja²⁹⁶, che, trattandosi di un’applicazione della regola catoniana (la quale, non si applica ai legati condizionali), si capisce che non trovasse applicazione per tali complessi in quanto per essi il legato deve essere considerato come condizionale; questa considerazione del legato di collettività come condizionale non può essere ammessa, in quanto alla stessa stregua ogni legato di cosa che non appartiene al testatore al momento del testamento potrebbe dirsi condizionale, ed allora la regola sui legati *per vindicationem* sarebbe paralizzata.

La critica dell’argomento addotto dal Fadda va compiuta in altro senso, e cioè nella direzione datavi dal Ferrini²⁹⁷. Bisogna cioè anzitutto vedere se i passi che si adducono in tal senso riguardavano proprio un legato *per vindicationem* o non piuttosto un *legatum per damnationem*; anche nel *legatum per damnationem* poteva sorgere la questione circa il momento in cui si doveva valutare la collettività di cose legata, ma ciò puramente per l’interpretazione della volontà del testatore, in quanto qui, come è noto, non esistevano norme cogenti circa la proprietà del testatore sulla cosa, come invece nel legato *per vindicationem*. Ora, appunto questa ricerca, sul tipo di legato a cui si riferivano i passi, è assai delicata perché nel diritto giustiniano, come è noto, i diversi tipi sono scomparsi, fusi, col fedecommissario, nell’unico legato giustiniano, il quale produce insieme azione reale e personale, in quanto ne esistono i presupposti sostanziali, dimodoché per il diritto giustiniano la nostra questione non si pone più.

Se quindi si riesce a mostrare che si riferivano ad un *legatum per damnationem* i passi che ammettono che rientrino nel legato gli oggetti che sono stati acquistati, per far parte del complesso, dopo la confezione del testamento (o anche, il che vi equivale, che si trattava di una sanatoria in virtù del senatoconsulto Neroniano), resta scosso ogni argomento che se ne volesse trarre per la confezione del complesso come una unica *res*.

Orbene, ad un legato *per damnationem* si riferiscono certamente D. 36.2.28 e D. 33.7.28, che il Fadda invece invoca per la sua tesi:

D. 36.2.28 (Scaev. 4 *resp.*): Si fundus instructus relictus erit, quaeritur quemadmodum dari debeat, utrum sicut instructus fuit mortis tempore an eo tempore quo facti sunt codicilli an quo peti coepit. respondit

²⁹⁶) *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 58 ss.

²⁹⁷) *Pandette*, cit., p. 283 n. 1 [§ 231 = p. 218 nt. 3].

ea quibus instructus sit fundus, cum dies legati cedat, deberi.

D. 33.7.28 (Id. 23 *dig.*): Lucius Titius fundum, uti erat instructus, legaverat. quaesitum est, fundus instructus quemadmodum dari debeat, utrum sic ut instructus fuit mortis patris familiae tempore, ut quae medio tempore adgnata aut in fundum illata sunt heredis sint? an vero instructus fundus eo tempore inspicere debeat, quo factum est testamentum? an vero eo tempore, quo fundus peti coeperit, ut quidquid eo tempore instrumenti deprehendatur, legatario proficiat? respondit [ea quibus instructus sit fundus]²⁹⁸ secundum verba legati, quae sint in eadem causa, cum dies legati cedat, instrumento contineri.

Il Fadda sostiene che si tratta di *legatum per vindicationem* traendone l'argomento dal 'peti' di cui si fa menzione (dato il significato proprio di tale parola, secondo D. 50.16.178.2); il Ferrini obietta che si parla di 'dari debere' e 'deberi', il che alluderebbe piuttosto al *legatum per damnationem*; credo che l'argomento del Ferrini sia più forte, e già se ne possa desumere il riferimento dei passi al *legatum per damnationem*.

Ma anche un argomento più generale mi sembra militare per il riferimento di questi passi al *legatum per damnationem* (o, il che praticamente vi equivale, se il legato è stato fatto nella forma del *legatum per vindicationem*, per l'applicazione del *senatus consultum Neronianum* per cui viene convertito in un legato *per damnationem*), e cioè lo stesso modo in cui la questione viene impostata: si tratta puramente di una questione di interpretazione della volontà del testatore (attraverso i *verba* del testamento), per cui qui tratta di vedere quali cose si debbano reputare legate (e tutte le eventualità prospettate non sembrano andare incontro a regole obbiettive); non mi pare che la questione sarebbe stata impostata in questi termini, se si fosse trattato di determinare se l'*instrumentum* potesse considerarsi come cosa a sé, o (e a maggior ragione) se già si fosse presupposto che l'*instrumentum* fosse tale; in guisa ben diversa si afferma il principio per il gregge.

Passiamo ora a D. 33.7.19 (Paul. 13 *resp.*):

Si mancipia, [quae]²⁹⁹ post testamentum factum in fundum Seiae relictum a testatore inducta, fundi colendi gratia in eodem fundo fuerint, ea quoque instrumento fundi contineri respondit: quamvis enim ea mancipia testator demonstrasset, quae tunc ibi essent cum legaret, tamen non minuendi legati sed augendi causa mancipiorum quoque fecit mentionem. ceterum instrumento fundi mancipia quoque colendi agri causa inducta contineri non ambigitur.

Il dubbio qui sorge per il fatto che il testatore, avendo legato l'*instrumentum fundi*, ha aggiunto espressamente che legava gli schiavi; si risponde che il fatto che il testatore ha designato gli schiavi non implica che egli volesse diminuire il legato (perché, anzi, tale designazione è stata fatta per aumentare il legato) e non toglie quindi che l'*instrumentum* venga a comprendere anche gli schiavi che sono stati addetti al fondo dopo il testamento. Qui dunque parrebbe che l'*instrumentum* venisse obbiettivamente valutato nel tempo, e parrebbe non potersi escludere che il passo si riferisse ad un *legatum per vindicationem*.

Senonché, se anche il passo si riferisse ad un *legatum per vindicationem*, si potrebbe osservare che esso non parla di acquisto degli schiavi dopo la confezione del testamento, ma solo di '*mancipia post testamentum factum in fundum Seiae relictum a testatore inducta*', col che potrebbe ritenersi presupposto che gli schiavi dovessero già essere nel patrimonio del testatore al momento della confezione del testamento.

E comunque, che il passo si riferisse al *legatum per vindicationem* non risulta; e tutto il ragionamento è imperniato sulla interpretazione del legato, senza un minimo indizio di un eventuale riferimento al requisito della proprietà nei *duo momenta*.

Del resto, che non si possa fare affidamento sul fatto che i passi non mettono bene in eviden-

²⁹⁸) Le parole tra parentesi sono cancellate da Th. MOMMSEN [«Digesta Iustiniani Augusti» – «Editio Maior» –, Berlin, 1866-1870, II, p. 133, nt. 2 *ad h.l.*].

²⁹⁹) Il MOMMSEN [*ibid.*, p. 130 nt. 4 *ad h.l.*] cancella 'quae'.

za che si tratta di *legatum per damnationem* (il che del resto può ben dipendere dai compilatori che cancellano la menzione delle varie forme di legati), o, se si tratta di *legatum per vindicationem*, che le cose hanno solo acquistato la nuova destinazione dopo la confezione del testamento ma erano già in proprietà del testatore in quel momento, per dire, come fa il Fadda, che il problema doveva riferirsi alla regola dei due momenti nel *legatum per vindicationem* e stabilire un'eccezione per le collettività di cose, mi pare abbastanza provato da D. 31.65.pr.-1 (Pap. 16 *quaest.*):

Peculium legatum augeri et minui potest, si res peculii postea esse incipiant aut desinant. idem in familia erit, sive universam familiam suam sive certam (veluti urbanam aut rusticam) legaverit ac postea servorum officia vel ministeria mutaverit. eadem sunt lecticariis aut pedisequis legatis.

§ 1. Quadrigae legatum equo postea mortuo perire quidam ita credunt, si equus ille decessit qui demonstrabat quadrigam: sed si medio tempore deminuta suppleatur, ad legatarium pertinebit.

Il passo, almeno per il peculio, non dice nulla di più di quelli che abbiamo visto prima per rivelare che deve trattarsi di *legatum per damnationem*, o che, se il *legatum* era per *vindicationem*, le cose dovevano essere in proprietà del testatore già al momento del testamento; si dice che '*res peculii postea esse incipiunt*', come in D. 33.7.19 si parla di '*mancipia post testamentum factum in fundum Seiae relictum a testatore inducta*'. Eppure noi sappiamo da D. 6.1.56 che non si aveva una *vindicatio peculii* unica come la *vindicatio gregis*, ma si dovevano *vindicare* le singole *res* del peculio: quindi il peculio non poteva venire in considerazione come una *res*. Questo è, mi pare, un buon argomento, per provare, che anche i passi relativi all'*instrumentum* non recano alcun argomento alla tesi del Fadda, in quanto nulla dice che abbiano maggior valore di questo relativo al peculio.

D. 31.65.pr. parla anche di un legato della *familia servorum*, o *universa* o *urbana* o *rustica*; però qui non si usa un'espressione generica, ma si parla più specificamente solo di '*officia vel ministeria servorum mutata esse*'. Che la *familia* o il *chorus* fossero trattati di fronte al legato come *universitas* è poi smentito espressamente da D. 32.79.pr., Cels. 9 (19 ?) *dig.*:

Si chorus aut familia legetur, perinde est quasi singuli homines legati sint.

E ciò è già una buona prova contro l'esistenza nel diritto romano di una categoria ampia delle *universitates rerum* al di là del gregge.

Il § 1 di D. 31.65 riguarda la quadriga, ed afferma che il legato persiste benché sia stato sostituito un altro cavallo ad uno morto. Il testo è stato sospettato di interpolazione dal Guarneri-Citati; in ogni modo anch'esso non parla per un'eccezione, riguardo alla quadriga, alla regola dei due momenti nel *legatum per vindicationem*, per la ragione detta prima, e cioè perché un discorso analogo è fatto nel *principium* dello stesso passo per il peculio per cui simile eccezione non può valere; e si mescola il discorso con quello relativo alla *familia servorum*, per cui risulta che vi è solo uno scambio di funzioni ³⁰⁰.

Ad un legato *per vindicationem* dell'*instrumentum* accennano D. 33.7.1, D. 32.91.1 e D. 33.7.20.1; ma essi non dicono che l'*instrumentum* vi si comporti come *universitas* e sia trattato come tale di fronte al *legatum per vindicationem*; anzi, il fatto che il complesso legato di cui parla D. 33.7.20.1 eccede il campo dell'*instrumentum* quale è determinato da D. 32.91.1, parla contro tale concetto.

³⁰⁰) Quanto alla soluzione, che il passo riferisce come data da '*quidam*', che, se muore il cavallo '*qui demonstrabat quadrigam*', cioè quello di testa, che guidava la quadriga, e non è sostituito dal testatore, il legato perisce, essa si ispira puramente alla volontà del testatore. Del resto si noti come per i *corpora ex distantibus*, e cioè per il gregge, valesse regola opposta; e non solo nel senso che il perimento di un animale non fa venir meno il gregge (nel che si vede precisamente una differenza essenziale fra il gregge o l'armento e la quadriga, in cui un elemento è essenziale), ma, parrebbe, anche nel senso che il perire di quasi tutti gli animali, che faccia venir meno il gregge, lascierebbe integro il legato per il residuo e quindi la *vindicatio* per la pecora o il *bos* restante, come per l'area del combusto l'edificio (D. 30.22: il paragone non è esente da dubbi, ma non vi ci possiamo soffermare). La regola particolare data per la quadriga, ispirata puramente alla volontà del testatore, sarebbe anche in questo senso in antitesi coi concetti che reggono il *corpus ex distantibus*.

Il Fadda adduce ancora in favore della sua tesi D. 33.7.12.43 e 15.pr.:

D. 33.7.12.43 *i.f.* (Ulp. 20 *ad Sab.*): ... sed et ipse Papinianus eodem libro responsorum ait patrem mercatorem ac faeneratorem, qui duos filios totidemque filias heredes instituerat, ita legasse: filiis maribus domum meam instructam do lego darique iubeo: merces et pignora an contineantur, quaeri posse: sed facilem iudici voluntatis coniecturam fore ceteris patris facultatibus examinatis.

D. 33.7.15.pr. (Pomp. 6 *ad Sab.*): Si ita testamento scriptum sit: 'quae tabernarum exercendarum instruendarum pistrini cauponae causa facta parataque sunt, do lego', his verbis Servius respondit et caballos, qui in pistrinis essent, et pistores, et in cauponio institores et focariam, mercesque quae in his tabernis essent, legatas videri.

Il Fadda vuol trarre argomento soprattutto da quest'ultimo; egli afferma: «Abbiamo un legato *per vindicationem* di una universalità, nella quale sono comprese anche le *merces* di una *taberna*. Chi esiterà un momento a ritenere, che il legatario avrà le merci esistenti *tempore mortis testatoris*, anche se nessuna di esse fosse nel fondaco *tempore facti testamenti*? Sarebbe un legato illusorio quello limitato alle merci esistenti in quest'ultima epoca, che probabilmente saranno state già tutte alienate. E data la interpretazione suaccennata è facile intendere come non si possa tal legato conciliare colla regola antica se non ammettendo che si tratti di *unum corpus*».

L'argomentazione è elegante; crediamo però che non sia decisiva. A noi pare anzi che il passo non accenni al complesso considerato come *universitas*. L'espressione stessa usata dal giureconsulto ('*his verbis ... legatas videri*'), rivela che il giureconsulto, interpretando i *verba* del testamento, vedeva compresi nella locuzione usata i vari oggetti che enumera, intendendo che essi fossero cumulativamente indicati con essa, pur essendo oggetto del legato singolarmente, non come *universitas*. Se poi per alcuni di essi si riteneva che, secondo la volontà del testatore, fossero legati anche quelli che fossero divenuti proprietà di lui dopo fatto il testamento, per questi il legato poteva valere come *legatum per damnationem* in virtù del senato consulto Neroniano. Quanto alle merci della *taberna*, per cui impellenti ragioni costringono ad accogliere tale interpretazione, può darsi un'altra spiegazione che permette di mantenere in piedi il *legatum per vindicationem* senza ricorrere all'*universitas*: il fatto che le merci erano cose fungibili, per cui non valeva la regola sopra ricordata circa il *legatum per vindicationem*; il testatore le legava in quella quantità in cui si sarebbero trovate nel magazzino alla sua morte.

Quanto a D. 33.7.12.43, si tratta di un legato in cui il testatore ha usato la doppia forma, del legato *per vindicationem* e di quello *per damnationem*, appunto per prevenire il caso che il legato non fosse valido come *legatum per vindicationem*, così che il giureconsulto poteva dar libero campo alla ricerca della volontà; il che del resto, giova ripeterlo, poteva avvenire indipendentemente dall'uso della doppia forma per l'applicazione del senatoconsulto Neroniano. Più per combattere che per avvalorare la tesi di un concetto più ampio di '*universitas rerum*' valgono i passi in cui tale concetto, in rapporto al legato, sembrerebbe avere un'estensione amplissima, così da perdere ogni carattere ed ogni limite che ne potesse giustificare l'unità. Così è per esempio, dei passi che trattano dell'*aurum o argentum legatum*, in proposito si cita soprattutto un passo:

D. 34.2.27.4: Cui legatum est aurum omne, quod suum esset cum moreretur, eius omne aurum fiet, quod tunc pater familias, cum moreretur³⁰¹, vindicare potuit, suum esse ...

Il Fadda invoca anche D. 44.2.21.pr., che rivelerebbe che per l'*argentum legatum* si aveva la possibilità di una rivendica unica. Ma questo passo non può riferirsi ad una *vindicatio*, ma solo all'*actio ex testamento*, sorgente da un legato *per damnationem*³⁰².

³⁰¹) Le parole '*eius omne ... moreretur*', mancanti nella «Fiorentina», sono state inserite sulla base di altri manoscritti.

³⁰²) Per l'interpolazione che questo passo contiene, da un punto di vista che però qui non interessa, cfr. A. GUARNERI-CITATI, *Di un criterio postclassico per la determinazione della res indicata*, in «BIDR.», XXXIII, 1923, p. 208.

Quanto a D. 34.2.27.4, in favore del *legatum per vindicationem* si può addurre il fatto che si parla di ‘*eius fieri*’. Non crediamo quindi che si possa dire col Bonfante³⁰³ che il passo riguardava il *legatum per damnationem*, a meno che non si affermi che esso è stato rimaneggiato dai giustinianeî. Se non si vuol ritenere col Ferrini che siano stati i compilatori a cancellare il riferimento anche al momento del testamento, si potrebbe tentare una spiegazione nel senso che questo legato dell’*aurum* o *argentum omne* fosse considerato come legato di cose fungibili (commisurato alla quantità di oro o argento che si sarebbe trovato al momento della morte nel patrimonio del testatore), ed allora rientrasse nell’eccezione alla regola dei due momenti nel legato *per vindicationem*³⁰⁴.

Ciò che è certo si è che a base della soluzione di questo passo non può stare il concetto dell’*‘universitas rerum’*, perché, se si ritiene *‘universitas rerum’* l’oro o l’argento di una casa, la categoria assume un’estensione inverosimile e può venire ad abbracciare qualunque unione di più cose, al che certo non vogliono giungere i sostenitori di questa categoria.

E del resto contro un’estensione così ampia sta il fatto che il concetto è negato, come abbiamo visto, per il *chorus* e la *familia* degli schiavi.

L’esame esegetico che abbiamo fatto (a parte D. 34.2.27.4) permette una valutazione complessiva: se varie possono essere le spiegazioni delle soluzioni date nei diversi testi, in complesso risulta che il problema ivi dibattuto è in genere un problema di interpretazione, che prescinde dalla valutazione dell’esistenza dei requisiti sostanziali per l’efficacia del legato; si intende cioè che tali presupposti debbono sussistere e che dal diverso atteggiarsi dei vari elementi dipende la diversa efficacia del legato, come legato *per damnationem* o *per vindicationem* o convertito in virtù del Neroniano. Il livellamento operato dai giustinianeî cancella le tracce dell’individuazione, delle diverse ipotesi in questo senso.

Ma basta raffrontare le soluzioni che abbiamo esaminato colle inequivocabili dichiarazioni relative al gregge, colla motivazione di Giuliano in *Iust. inst.* 2.20.18, coll’*‘eundem gregem videri’* di Pomponio in D. 30.22, e la diversa posizione emerge nettamente.

61. – C) USUFRUTTO. Anche di fronte all’usufrutto il trattamento del gregge è significativo. Gioverà ricordare i passi:

D. 7.1.68.2 (Ulp. 17 *ad Sab.*): Plane si gregis vel armenti sit usus fructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum.

D. 7.1.69 (Pomp. 45 *ad Sab.*): vel inutilium alia summittere ut post substituta fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse: nam alioquin quod nascitur fructuarii est et cum substituit desinit eius esse.

D. 7.1.70.pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*): Quid ergo si non faciat nec suppleat? teneri eum proprietario Gaius Casius scribit libro decimo iuris civilis³⁰⁵.

§ 3. Sed quod dicitur debere eum summittere, totiens verum est, quotiens gregis vel armenti vel equitii (id est universitatis) usus fructus legatus est: ceterum, si singulorum capitum nihil supplebit.

D. 7.4.31 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*): Cum gregis usus fructus legatus est et usque eo numerus pervenit gregis, et grex non intellegatur, perit usus fructus³⁰⁶.

Da questi passi risulta la netta differenza che sussiste tra l’usufrutto del gregge e quello di singoli animali (sia pure in gran numero). Per questi l’usufruttuario fa suoi definitivamente tutti i feti (che, come è noto, rientrano nei frutti degli animali), ed alla morte dell’animale l’usufrutto, per quello, si

³⁰³) *Corso*, II.1, cit., p. 121 [= p. 143].

³⁰⁴) In questo senso SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 193 nt. 1.

³⁰⁵) Cfr. anche i §§ 1 e 2 dello stesso passo.

³⁰⁶) Cfr. anche *Iust. inst.* 2.1.38.

estingue per il perimento della cosa, ed il cadavere appartiene al *dominus*. Invece per il gregge, mentre da un lato l'usufrutto non si estingue per il perire di singoli animali, d'altro lato l'usufruttuario ha l'obbligo di surrogare con nuovi nati quelli morti o divenuti inutili, che fa suoi, mentre i nuovi nati sostituiti diventano del *dominus*.

Qui si riflette la concezione del gregge come unità, e la determinazione del *fructus* del gregge, che è distinto e diverso da quello che è il *fructus* dei singoli animali. E si noti che secondo la costruzione di Giuliano ciò incide sul concetto di '*fructus*' del gregge in modo da subordinare già l'effetto reale dell'acquisto da parte dell'usufruttuario, in quanto la proprietà dei nati fino alla *summissio* è *in pendentis*. E l'obbligo della *summissio* rientra nel generale obbligo di conservazione della cosa che incombe all'usufruttuario ed è garantito dalla *cautio fructuaria*.

Se poi periscono tanti animali in modo che non si possa più parlare di gregge, perisce l'usufrutto.

Questo regime non ha bisogno di ulteriore commento ³⁰⁷.

Anche riguardo all'usufrutto si è discusso se, oltre il gregge, anche altri complessi fossero trattati alla stessa stregua. Il dubbio è determinato da alcuni passi relativi alla quadriga:

D. 7.4.10.8 (Ulp. 17 *ad Sab.*): *Quadrigae usu fructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur usus fructus quaeritur. ego puto multum interesse equorum an quadrigae usus fructus sit legatus: nam si equorum, supererit in residuis, si quadrigae, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit.*

D. 7.4.11 (Paul. 3 *ad Sab.*): *nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.*

Certo il regime qui dato per la quadriga è diverso da quello del gregge. Si può però osservare che l'obbligo della *summissio*, caratteristico dell'usufrutto del gregge, vien meno per la quadriga per ragioni di necessità naturale, perché manca la generazione; attraverso questa il gregge continuamente si rinnova e si conserva, e quindi l'usufruttuario deve rispettare questa conservazione naturale col sostituire i capi morti con nuovi nati. Nella quadriga ciò non avviene, e quindi col perire dell'animale perisce la cosa e si estingue l'usufrutto. Ma, comunque resterebbe significativa la differenza, affermata nel nostro passo, fra il legato d'usufrutto della quadriga e quello degli *equi*; nel primo il perimento di uno dei cavalli estingue l'usufrutto dell'intera quadriga, nel secondo l'usufrutto si estingue solo per il cavallo morto.

Senonché queste norme possono essere spiegate senza ricorrere al concetto della '*universitas rerum*'. L'essere legati i cavalli o essere legata la quadriga interessa la particolare destinazione della cosa, cioè dei cavalli stessi, che determina il contenuto dell'usufrutto e rispetto alla quale si valuta la *rei mutatio* che estingue l'usufrutto. Ma oggetto dell'usufrutto sono i cavalli della quadriga, non la quadriga come oggetto distinto.

Quanto poi al principio della reviviscenza del legato per la reintegrazione della quadriga da parte del testatore, affermato nel fr. 11 di D. 7.4 (che può essere confrontato coll'analoga affermazione circa il legato della quadriga in D. 31.65.1, e che è stato sospettato di interpolazione dal Guarnieri-Citati), esso riguarda una interpretazione della volontà del testatore ³⁰⁸.

62. – D) PEGNO. Il gregge può essere oggetto di pegno e vi resta col rinnovarsi dei singoli capi:

³⁰⁷) Si veda più ampiamente su di esso il mio corso su *L'usufrutto*, Torino, 1935, p. 124 ss. [cfr. altresì G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano* ², Torino, 1958, p. 237 ss., in particolare p. 247] Questa configurazione del *fructus* del gregge, subordinata alla *summissio*, si rivela nettamente nell'usufrutto in quanto si tratta qui di regolare il contenuto e la coesistenza di diritti reali. Questo concetto ha però una portata più vasta, in tutti i campi in cui appunto viene in considerazione, anche per rapporti obbligatori, il concetto di *fructus* (cfr. L. PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts*, I, *Grundbegriffe*, Berlin, 1910, p. 106 ss.).

³⁰⁸) Su questo punto si veda più ampiamente il mio corso su *L'usufrutto*, cit., p. 136 ss. [cfr. altresì GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, cit., p. 386].

D. 20.1.13.pr. (Marcian. *l.s. ad form. hyp.*): Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

Anche in questo effetto sembra esplicitarsi il trattamento del gregge come *res*.

Senonché analogo principio sembra affermato in un altro passo per un altro complesso, la *taberna*:

D. 20.1.34.pr. (Scaev. 27 *dig.*): Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibiprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Da questo passo si è voluto dedurre che la *taberna*, cioè la bottega, intesa come il complesso delle merci che vi si trovano e vi si rinnovano per l'esercizio di un dato commercio, è concepita dai Romani come un'*universitas*. Senonché, il passo non prova nulla in questo senso, come ha dimostrato la persuasiva critica che ne ha fatto lo Scialoja³⁰⁹. Esaminiamolo dunque brevemente.

Un negoziante aveva pignorato la sua *taberna*: si domanda al giureconsulto se il pegno sia nullo (cioè in quanto si considerasse pignorato l'immobile, cioè il locale dove sono poste le merci, che probabilmente nel caso pratico che si prospetta al giureconsulto non è di proprietà del debitore), oppure cada sulle merci che si trovano nella bottega, ritenendosi cioè che si sia indicato il contenente per il contenuto. E questa è la soluzione accolta.

Senonché si ammette che il pegno cessi sulle merci alienate '*per tempora*', secondo il normale commercio, e invece siano oggetto del pegno le merci che vengono immesse nel magazzino. Quale è il fondamento di questa soluzione? Rileva giustamente lo Scialoja che qui non fa capolino né il termine né il concetto del '*corpus ex distantibus*' e dell'*'universitas*'; si dice realisticamente che oggetto del pegno sono le merci che si trovano nella *taberna*, e quindi s'intende che le parti parlando di *taberna* si riferissero alle singole merci.

Il fatto che le merci alienate secondo il normale commercio cessano di essere oggetto del pegno dipende dalla volontà delle parti; usando l'espressione che «si pignorava la *taberna*» per indicare le merci contenute in essa, si è sufficientemente dichiarato che non si voleva paralizzare il commercio di colui che la esercitava, e quindi si è implicitamente consentita l'alienazione, con un'implicita rinuncia al pegno sulle merci alienate³¹⁰.

Così d'altro lato si può richiamare alla volontà delle parti il fatto che diventano oggetto di pegno le nuove merci immesse nella *taberna*; se, consentendo implicitamente che le merci alienate secondo il normale commercio a cui era abidita la *taberna* fossero liberate dal pegno, non si fosse voluto che le merci che vi subentrassero divenissero oggetto di pegno, il pegno si sarebbe ben presto ridotto a nulla. Così dunque la soluzione contenuta in D. 20.1.34.pr. non si fonda sul concetto della '*taberna*' come '*universitas*', ma sull'interpretazione della convenzione delle parti che fosse pignorata la *taberna* con cui si intendeva che fossero pignorate le merci che si trovavano nel magazzino nel momento della pignorazione e quelle che vi sarebbero state immesse in seguito, e che fossero liberate dal pegno quelle alienate secondo il normale commercio. Poiché si poteva pignorare una cosa da acquistarsi in futuro o anche da prodursi in futuro, questa convenzione (riferita alle singole merci) non andava incontro a nessuna ragione di impossibilità. E significativo è il linguaggio usato dal giureconsulto, e la finale: '*ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur*'.

³⁰⁹) In «Foro it.», VIII.1, 1883, c. 709 ss. [Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 24 novembre 1882], e da ultimo in *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 43 s.

³¹⁰) Si ricordi ad analogia come il consenso del creditore alla vendita del pegno senza riserva del diritto di pegno si ritenesse implicare rinuncia al pegno, e si desse all'acquirente un'*exceptio* (cfr. per esempio D. 20.6.8.6 ss.). Nel nostro caso il consenso si doveva intendere dato preventivamente.

In modo ben diverso è affermato il principio relativo al gregge in D. 20.1.13.pr. Ivi ci si riferisce alla pignorazione del gregge come una realtà e non si fa una questione di interpretazione di volontà, onde si può dire che anche di fronte al pegno il gregge si comporta come una cosa.

63. – E) POSSESSO E USUCAPIONE. Lo sviluppo logico della concezione del gregge come *corpus ex distantibus* nel suo regime giuridico sembra incontrare una difficoltà in materia di possesso e usucapione. Allo stato attuale delle fonti parrebbe che si negasse il possesso e l'usucapione del gregge, e ciò proprio nel passo in cui si enuncia la tripartizione dei *corpora*.

D. 41.3.30.2 (Pomp. 30 *ad Sab.*): De tertio genere corporum videndum est. non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. quid ergo est? etsi ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut si reliquus grex domini mei sit, <sit>³¹¹ haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiuntur.

Orbene, va già notato che l'esclusione del possesso non può essere intesa in senso generale; di fronte alla *vindicatio gregis* ammessa dai Romani (e che deve essere espressione di un '*dominium gregis*') deve pur stare un possesso del gregge. Si nega dunque solo il possesso *ad usucapionem*?

Senonché per interpretare il nostro passo bisogna tener presente il problema che ha dato luogo a tutta l'impostazione ed enunciazione della tripartizione dei *corpora*, cioè l'inizio del *principium*: '*rerum mixtura facta, an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur*'. Del *primus genus*, cioè delle cose semplici, si dice che '*quaestionem non habet*', del secondo e del terzo (cose composte e *corpora ex distantibus*) si dice che '*quaestionem habet*'.

Ora per le cose composte la soluzione che risulta da vari passi è che il possesso e la usucapione della intera *res* non implica possesso e usucapione dei singoli elementi costitutivi, in quanto questi non sono isolati e non hanno un'individualità propria così che non ne è possibile il possesso, salvo dunque per ciò che nella sua propria fisionomia esprime l'individualità del tutto e ne detta il regime (cfr. Gai. D. 41.1.7.10-11; Iav. D. 41.3.23; Ven. D. 43.24.8; Paul. D. 6.1.23.7; D. 41.2.30.pr.; Ulp. D. 10.4.7.1)³¹². Nel § 1 del nostro passo [D. 41.3.30] si dà una diversa soluzione, attribuita a Labeone, circa le tegole e le colonne, di cui però si discute fra i romanisti se si tratti di una particolare soluzione di Labeone circa questi oggetti³¹³, oppure di un'interpolazione o alterazione del testo, come riterremmo più probabile³¹⁴. Ma su questo regime delle cose composte, e sulle diverse eventualità che vi si possono raffrontare, non ci possiamo qui trattenere.

Pomponio nel § 2 di D. 41.3.30 dice dei *corpora ex distantibus*, cioè del gregge, che questo non si comporta di fronte all'usucapione come le *singulae res* né come le *cohaerentes*: '*non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res nec sic quomodo cohaerentes*'. Orbene, la differenza sta in ciò, che nel gregge i singoli elementi conservano la loro individualità ('*singulae partes retinent suam propriam speciem*': D. 6.1.23.5), sono oggetto di possesso e di usucapione; ciò esclude la contrapposizione, quale si ha nei *corpora ex distantibus* tra la usucapione della cosa nella sua totalità e la non usucapione degli ele-

³¹¹ Il '*sit*' è inserito dal MOMMSEN [«Editio Maior», II, p. 522 nt. 5 *ad h.l.*].

³¹² Cfr. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., I, p. 261 n. 3; GUARNERI-CITATI, *La c.d. accessione separabile*, cit., p. 284 ss.

³¹³ S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. XIII. 'Us tollendi' e l'accessione di cose ad immobili*, in «AUPA», III-IV, 1917, p. 466 ss.

³¹⁴ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 152; HÄGERSTRÖM, *op. cit.*, p. 267; M. PAMPALONI, *Appunti sulla Confusione e sulla Commistione*, in «BIDR.», XXXVII, 1929, p. 50 s. Molto sospetta è anche l'affermazione che segue circa le cose mobili, anch'essa nel senso di ammettere distinto possesso e usucapione; si deve almeno ritenere che è stata troncata più ampia determinazione e discriminazione fatta dal giureconsulto (Cfr. HÄGERSTRÖM, *op. cit.*, I, p. 264 ss.; GUARNERI-CITATI, *op. ult. cit.*, p. 279 [e nt. 3]).

menti. I singoli capi vengono usucapiti, ciascuno secondo le proprie condizioni rispetto all'usucapibilità; e si sottolinea dunque che l'appartenenza al gregge non muta tale condizione. Come già altrove ho affermato ³¹⁵, io sarei propenso a ritenere che la proposizione '*non item tamen universi gregis ulla est usucapio*' derivi da un glossema o un'interpolazione, che avrebbe voluto sottolineare l'individualità dei singoli capi; ciò del resto rientrerebbe nell'orbita delle alterazioni che si possono segnalare nel § 1 di D. 41.3.30, e si adatterebbe alla tendenza giustiniana che abbiamo rilevato anche per altri effetti. Ma, comunque sia di questa congettura, certo tale proposizione non potrebbe se mai avere che il valore di mettere in risalto la distinta individualità dei singoli capi, che da un lato come abbiamo detto esclude la negazione che si riscontra nei *corpora ex cohaerentibus*, dall'altro lato fa sì che l'unità del gregge non influisca sulla condizione dei diversi capi rispetto all'usucapione ³¹⁶.

In fondo è la stessa contrapposizione che noi troviamo nella *vindicatio*. Vi si rispecchia cioè quella dualità che è in tutto il regime dei *corpora ex distantibus*, e cioè l'individualità e unità del tutto e l'individualità delle singole parti. Questa dualità si ha anche nelle cose composte, ma in queste l'individualità delle parti è subordinata alla individualità del tutto, nel senso che, finché il tutto persiste nella sua unità, i rapporti giuridici autonomi sulle singole parti sono quiescenti. Nei *corpora ex distantibus* invece la individualità del tutto e l'individualità dei singoli elementi coesistono nella loro piena efficienza; e ciò non può non riflettersi nella valutazione dei rapporti che hanno per oggetto il tutto.

64. – F) VENDITA. I passi che si sogliono addurre nella discussione del nostro tema, concernenti l'unità della vendita, la vendita del gregge *universaliter* o *in singula corpora certo pretio*, per determinare quando la vendita sia *perfecta* agli effetti del *periculum* (D. 18.1.35.6), l'unità della vendita di complessi di cose, come i *comoedi*, il *chorus*, le quadrighe o le pariglie di muli, agli effetti della inscindibilità della *redhibitio* (D. 21.1.34.pr.-1, D. 21.1.38.14), non provano nulla, se non che si può fare un'unica vendita di più cose (come se ne può fare un'unica *stipulatio*: D. 45.1.29.pr.), e che il vizio di una può importare la *redhibitio* per tutte.

Si valuta qui puramente l'interesse delle parti ad avere le più cose insieme, in quanto le loro funzioni sono connesse. E a proposito di questo interesse ben si può richiamare Gai., *inst.* 3.212, che riguarda la valutazione del danno in rapporto all'*actio legis Aquiliae*.

65. Gli elementi che ci offrono le fonti permettono dunque di raggiungere una conclusione circa i problemi generali che ci siamo proposti. La categoria dei '*corpora ex distantibus*', che la impostazione filosofica restringe a complessi animati, trova applicazione nel campo delle *res*, oggetto di diritti, in rapporto al gregge (in senso lato, così da comprendere gli aggregati simili), che rappresenta una unità già chiaramente individuata *ab antiquo*, cioè dal tempo delle *legis actiones*, fortemente sentita dalla mentalità primitiva nella concretezza della realtà economica di una società agricola.

La spiegazione della fisica stoica dunque non ha fatto altro che fornire una formulazione di carattere scientifico a questa concezione economico sociale. Essa non vi ha apportato alcun elemento sostanziale; e non ha dato al concetto giuridico una potenzialità di sviluppo neppure in quell'ambito di complessi animati, soprattutto di uomini, in cui appunto i filosofi individuavano il *corpus ex distantibus*; il *chorus* o la *familia servorum* sono dai giureconsulti Romani nettamente differenziati dai *corpora ex distantibus*, mentre Sesto Empirico richiamando la tripartizione e la categoria vi include appunto i *χοροί*.

Il gregge ha dunque in tutto il suo regime giuridico una chiara individualità. E ben si è rileva-

³¹⁵) *Lezioni* di Modena del 1930-1931, cit., p. 229 s.

³¹⁶) In questo senso completiamo l'osservazione del FADDA (*note* a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, V, p. 30 s.) accolta dal BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 128 ss. [= p. 150 ss.], che Pomponio avrebbe affermato un principio troppo generale.

to³¹⁷ che questa individualità, nella unità del gregge, doveva essere sentita più vivamente nella società primitiva, che percepiva appunto come immediata realtà quello che alla società più colta e mercantile del periodo imperiale, o ancor più a quella del periodo romano ellenico, finiva col presentarsi come un'operazione del pensiero. E significativo è il rilievo che gli antichi avevano concepito come cosa corporale anche l'eredità, concezione poi superata e respinta³¹⁸. E la figura concreta della *pars*, che si portava *in ius* per la *vindicatio*, rivela netta e immediata la concezione come *res*; e Gaio (*inst.* 4.17) parla appunto di '*res*'.

L'unità del gregge restava fondamentale nel regolamento giuridico. Ma l'elaborazione giuridica più raffinata doveva portare a definire il rapporto fra l'individualità del tutto e l'individualità dei singoli capi. Si faceva ricorso alla dottrina stoica dei *corpora*, al *corpus ex distantibus*, ed al termine '*res*' si preferiva spesso questo richiamo del concetto del '*corpus*' risultante dall'insieme dei più elementi staccati serbanti la loro individualità; accanto all'unità si metteva in risalto la molteplicità, accentuando il dualismo; e la terminologia era oscillante. Anche per effetti ammessi *ab antiquo*, come per la *vindicatio gregis*, si faceva ampia discussione ed elaborazione, con citazioni di giureconsulti. In ogni modo si può dire che, pur sottolineandosi tale duplicità di visione, il gregge come unità conservava la propria individualità nei confronti dei rapporti giuridici di cui formava oggetto.

E questa unità viene conservata ancora nel diritto giustiniano, presentata dalla sua veste filosofica, mentre però nel regime giuridico sembra attenuarsi per vari aspetti a beneficio della visione della pluralità e della distinta individualità dei capi. Lo abbiamo visto in rapporto alla *rei vindicatio*; lo abbiamo detto probabile in rapporto al possesso ed all'*usucapio*; abbiamo rilevato che la posizione, decisiva, nei confronti del legato *per vindicationem* è svuotata di contenuto di fronte al legato giustiniano. Ora, questo attenuarsi della concretezza e realtà della visione unitaria (che, lo abbiamo pure osservato, trova un parallelo nel trattamento dei *corpora ex cohaerentibus*) può d'altra parte costituire un ponte di passaggio verso un allargamento della categoria, quale fu poi compiuto dagli interpreti.

Nella concezione e nel regime dettato dai Romani, la considerazione unitaria di altri complessi non può essere in nessun modo comparata a quella del gregge. Ed anche il criterio a soffietto usato dal Barbero, della considerazione *sub specie universitatis* e del riconoscimento relativo, avrebbe per effetto di stemperare la chiara individualità economica e giuridica del gregge che avevano i Romani, e di dare un tono che non ha alla valutazione unitaria di altri complessi.

E le osservazioni fatte valgono anche per risolvere una questione che fu dibattuta circa le *cd. universitates facti*: se cioè esse siano cose corporali oppure unità ideali, astrazioni della nostra mente, e cioè cose incorporali.

Per diritto romano, possiamo dire che la questione non può neppure presentarsi.

La concretezza con cui alla più antica società romana si è presentata l'unità del gregge come '*res*' nella *vindicatio*, colla valutazione della *ovis* come '*pars*', non lascia dubbi sulla concezione come cosa corporale.

Sovrappostavi la concezione filosofica, si può invocare il termine usato costantemente di '*corpora*'. Benché gli stoici, come abbiamo accennato, conoscessero un concetto più lato di '*corpora*'³¹⁹, questo non è il concetto dei giuristi, che si attengono al concetto più ristretto per cui '*corpus*' è la '*res*'

³¹⁷) BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 129 [= p. 152]; cfr. J. UNGER [*Eigenthum an der Gesamtsache*, in «*Jehring's Jahrbucher*», XII, 1873, p. 277 ss.], citato da PAMPALONI, *Sulla vindicatio gregis in diritto romano*, cit., p. 287.

³¹⁸) Questa antica concezione dell'*hereditas* come corporale presenta delle difficoltà nella ricostruzione della storia della eredità romana, di fronte agli altri elementi (quale il titolo di erede) da si vogliono in varia guisa trarre i caratteri della successione primitiva. Su questo sviluppo storico non possiamo qui trattenerci; di fronte alla visione della corporalità, propria di una mentalità primitiva, si capisce come si traessero dalla successione gli elementi per una visione unitaria come *res*, oggetto di *vindicatio* e di *usucapio*.

³¹⁹) Del resto anche per la filosofia stoica fu osservato (GÖPPERT, *op. cit.*, p. 34 ss.; cfr. SOKOLOWSKI, *op. cit.*, p. 43 s.) che essa, accanto al concetto lato di '*corpus*' (per cui σῶμα si identifica con τὸ ὄν, nel senso di tutto il ποιοῦν o πάσχω), ignoto ai giureconsulti romani, conosceva un concetto più ristretto (detto più precisamente σῶμα στερεόν) corrispondente a quello dei giuristi; ed a questo doveva riferirsi più propriamente la nostra tripartizione, benché qua e là sia anche riferita ai corpi in senso più lato.

corporalis ' cioè la *'res quae tangi potest'*.

Si è detto da alcuni che, riguardo ai *corpora ex distantibus*, *'corpus'* viene in altro senso, e cioè per indicare il carattere unitario, non quello corporale; ed in questo senso si adduce l'espressione: *'corpus quoddam servorum'* (D. 50.16.195.3), *'corpus patrimonii'* (D. 4.2.20; D. 5.3.25.16). Ma, comunque sia di queste espressioni metaforiche, è impossibile (come rileva giustamente il Fadda) che nella tripartizione del passo di Pomponio *'corpus'* venisse, per il terzo membro, in senso diverso dai primi due; come in questi, anche in quello *'corpus'* indica la cosa corporale. Resta quindi provato che i Romani intendevano i *corpora ex distantibus* come cose corporali.

E potremo così anche superare la critica del Perozzi³²⁰ secondo il quale le università di cose non possono essere ridotte sotto l'idea di «cosa corporale» e sono «cose» soltanto nel senso lato del termine. Dice l'illustre Autore: «Manca qui la rappresentazione di una porzione definita di materia. Questa rappresentazione si ha solo per le singole cose componenti la cosa collettiva. La quale risulta invece solo dal raccogliere varie cose sotto un'unica idea, muovendo da una qualità ad esse comune. Queste cose collettive non hanno quindi realtà. E di vero dall'essere una cosa la rappresentazione mentale di una porzione di materia scende che quella materia che forma una cosa non possa essere utilizzata dal pensiero nello stesso istante per formarne un'altra. Invece il pensiero può contemporaneamente iscrivere gli elementi di una cosa collettiva in molte più altre cose; ad esempio, utilizzare le pecore per formare l'idea di un gregge e ancora le stesse pecore per formare quella del bestiame di un villaggio rispetto al quale gli abitanti godono di un diritto di pascolo. Il che dimostra che tutto si riduce ad operazioni del pensiero su realtà, non a percezioni di nuove realtà».

Questa critica è troppo astratta ed assoluta; la categoria generale delle *'universitates facti'* è estranea ai Romani; e le osservazioni che abbiamo fatto ci dicono come per la considerazione dei gruppi animati come un tutto unico, secondo la concezione degli antichi, si possa parlare di percezione di una realtà, non di semplice astrazione del pensiero.

Del resto basta osservare che anche per i corpi semplici e composti la individuazione della unità della cosa dipende dalla valutazione sociale, in rapporto alle cognizioni dell'epoca e ai bisogni della società. Sono gli stessi criterii che portano i Romani a vedere in taluni complessi, e cioè nel gregge e negli aggregati simili, un'unità di una realtà corporale unitaria; e la teoria filosofica dei *corpora* è appunto volta a giustificare la unità e realtà del *corpus*. Per un concetto economico-giuridico, come quello di «cosa», non dobbiamo farci schiavi di uno schema rigido e astratto di porzione definita di materia; nel mondo della materia i nessi fra i vari elementi, la ricerca di individualità distinte, di porzioni definite, la individuazione dell'unità e della pluralità dei corpi ce li deve dare la valutazione economico-sociale. E questa valutazione poi, a sua volta, sta pure a base di una distinzione e della tripartizione di una distinzione e della tripartizione dei *corpora*.

Dire poi che in astratto una collettività può dal pensiero essere assorbita in una collettività maggiore (il che del resto non è neppure esclusivo per le collettività) non ha valore per lo studio delle concezioni degli antichi; questi si sono fermati a determinate collettività, ma ciò appunto perché essi non si riferivano a pure astrazioni del pensiero al di sopra della percezione della realtà, bensì a quella che, di fronte alla loro valutazione, era la determinazione della realtà. Ed anche la duplice visione in cui si presentano, in diversa guisa, *corpora ex cohaerentibus* e *corpora ex distantibus* rientra in questa determinazione della realtà³²¹.

³²⁰) *Istituzioni*, I, cit., p. 587 nt. 1.

³²¹) Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 114 s. [= p. 135]. Del resto il Perozzi è costretto a riconoscere che i Romani in certi rispetti trattarono il gregge come una cosa corporale; e basterebbe questo rilievo per dover già giustificare la categoria.

Capitolo IX

COSA. PARTE DI COSA. PERTINENZE

66. Assunto il concetto di «cosa» ne deriva quello della «parte di cosa». E se la valutazione economico-sociale offre la individuazione della cosa nel mondo della materia, alla stregua di tale valutazione si delinea ciò che anziché come cosa a sé ci si presenta come parte di una cosa.

Senonché il concetto di «parte» è un concetto relativo rispetto ad una considerazione unitaria di un tutto; e il tutto può essere considerato sotto diverse visuali ed essere assunto in varia guisa, così che nelle fonti di *'pars'* si parla in vari significati.

67. Anzitutto la frequente identificazione della proprietà col suo oggetto, anche nel linguaggio dei giuristi, fa sì che talvolta si parli di *'pars rei'* per indicare la quota di comproprietà, la cosiddetta *'pars pro indiviso'*. Per questa Celso ed Ulpiano, in D. 13.6.5.15, chiariscono *'nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere'*.

Ma attraverso l'accennata identificazione del linguaggio si arriva a parlare di una «quota» o «parte ideale» della cosa. In D. 8.4.6.1 Ulpiano parla di alienazione di una *'pars aedium'* o *'pars fundi'* per una alienazione di una quota di comproprietà, contrapposta alla alienazione di una *'pars pro diviso'* del fondo diviso *'regionibus'*; Paolo in D. 8.1.8.1 per un acquisto di quota di comproprietà si esprime dicendo: *'sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei'*. Si potrebbero moltiplicare le citazioni. Vi si può ricollegare pure l'enunciazione di Ulpiano in D. 45.2.5: *'servus communis sed sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut in intellectu magis partes habeant quam corpore'*. E Paolo in D. 50.16.25.1 (occupandosi del *'meum esse'* che si afferma nella *rei vindicatio*) afferma: *'Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari'*³²².

Ma è ovvio come, occupandoci della parte della cosa corporale in senso proprio, questo concetto della *'pars pro indiviso'*, cioè della quota di proprietà, per cui taluno, come spiega Celso, è proprietario *pro parte* di tutta la *res*, non viene in considerazione.

68. Si parla spesso di *'partes'* in seguito alla divisione della cosa; ma, quando la cosa viene divisa, quelle che rispetto al tutto erano parti ora sono cose a sé. Ulpiano in D. 8.4.6.1 afferma appunto che se taluno *'divisit fundum regionibus et sic partem <mancipio dedit > pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus'*. Che qui si contrapponga tale *'pars pro diviso'* alla *'pars pro indiviso'*, non toglie valore al ragionamento; la *pars*, in seguito alla divisione del fondo, è diventata un fondo a sé, ed è in modo autonomo oggetto di diritti.

Senonché si parla di *'pars'* e di *'pars pro diviso'*; e già i giureconsulti della repubblica hanno discusso sul significato proprio di *'pars'*, nel confronto colla *'pars pro indiviso'*; già abbiamo ricordato D. 50.16.25.1 di Paolo, e le diverse opinioni di Quinto Mucio e di Servio. Servio dunque riteneva *'non ineleganter partis appellatione utrumque significari'*; la *'pars pro diviso'* è detta dunque «parte», e cioè parte del fondo.

Ma qui viene in considerazione il particolare modo in cui avviene per gli immobili la divisione, e la individuazione della *res* singola, cioè la delimitazione. Qui la individuazione della *res* avviene appunto per opera della convenzionale determinazione dei soggetti che stabiliscono i rapporti giuridici. Essi possono delimitare e così staccare dal fondo una porzione per farne oggetto di rapporto

³²²) Non sono mancati tentativi di giustificare questa concezione della «parte intellettuale» della cosa (cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 588 s.); essa, nel linguaggio dei Romani, dipende unicamente, come abbiamo detto, dalla confusione della proprietà col suo oggetto. E si noti che i Romani non conoscono neppure il cd. carattere dichiarativo della divisione.

³²³) Il Digesto ha: *'tradidit'*.

giuridico, sia coll'alienare la proprietà, sia col costituire un altro diritto. Quella porzione viene così contrapposta alla restante porzione, come due cose diverse. Non c'è propriamente una contrapposizione di un tutto e di una parte, come oggetto di rapporti giuridici. Si riflette in questa materia la varietà del modo in cui si può determinare e individuare il fondo, come cosa, per farne oggetto di rapporti giuridici; e in questa elasticità si può parlare del fondo per un'unità maggiore e di parte per una minore, con diverse individuazioni, che però nella posizione rispetto ai rapporti giuridici si possono sempre riportare alla individuazione di una *res* distinta³²⁴. Il termine '*pars*' resta dunque fondamentalmente riferito all'operazione della divisione.

Ancora più evidente è la individualità di cose distinte per le parti che si ottengono mediante scissione o separazione, come avviene nella divisione delle cose mobili. E dal punto di vista della configurazione di rapporti giuridici distinti non sorgeva dubbio alcuno.

Si può solo rilevare che talora, a certi effetti, (in rapporto allo scopo della separazione) l'elemento staccato può essere considerato, anziché nella sua individualità distinta, ancora nella sua qualità di parte, cioè come ancora idealmente assorbito nel tutto, di cui forma elemento integrante, come avveniva per esempio quando nella *legis actio sacramento in rem*, a rappresentare la cosa, si portava *in ius* una parte, come per esempio una zolla di terra, una tegola della casa etc. (Gai., *inst.* 4.17).

69. In un significato che, mentre da un lato esorbita dai concetti di quota e di omogeneità che caratterizzano la *pars pro indiviso* e la *pars pro diviso*, dall'altro lato è più preciso in rapporto alla dottrina delle cose corporali, assumeremo, di fronte al concetto di «cosa», quello della «parte della cosa», nei rapporti della parte col tutto, cioè ove il tutto si presenti attualmente, rispetto ai rapporti giuridici, come «cosa».

Materia difficile, in quanto involge le difficoltà concrete della individuazione della cosa unica, rispetto alla quale valutiamo ciò che, anziché essere cosa distinta, è parte di una cosa; e in quanto bisogna porre i problemi generali in funzione dei problemi concreti che li presuppongono, a cui appunto mirano soprattutto i Romani.

E qui viene in considerazione la diversa posizione che hanno le parti nelle cose semplici e nelle cose composte. Quanto ai *corpora ex distantibus*, la considerazione come «parte» rispetto alla valutazione unitaria dell'*universitas* (cfr. Gai., *inst.* 4.17; D. 6.1.23.5) non esclude la contemporanea individuazione come '*res*'; e già abbiamo visto le conseguenze giuridiche di questo dualismo.

Nelle cose semplici la parte è completamente assorbita nell'unità del tutto; nell'accessione, se la cosa che risulta è semplice, la cosa congiunta è definitivamente perduta per il suo proprietario: '*unitate maioris partis consumitur et quod semel alienum factum sit etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non potest*' (Paul. D. 6.1.23.5). Nelle cose semplici, la parte, finché sussista il tutto, non ha un suo proprio rilievo.

La cosa composta invece, come abbiamo detto, ci si presenta come un insieme di elementi costitutivi, che, pur riuniti in un tutto che è cosa a sé, conservano la propria individuabilità, dimodoché, se separati, continuano ad essere gli stessi di prima.

E ciò ha notevole rilievo nel diritto; basta richiamare l'ipotesi che la cosa congiunta che accede ad un'altra in modo da formare una cosa composta appartenga ad un diverso proprietario. La proprietà del tutto, nell'accessione separabile, non importa acquisto della proprietà sulla parte congiunta (nell'*inaedificatio* il proprietario del suolo diventa, sì proprietario dell'edificio, che accede al suolo; però non dei distinti materiali che compongono l'edificio) La distinta proprietà sussiste; ma finché dura l'unità del tutto il proprietario della parte congiunta non può rivenderla, ché la parte della cosa composta non è distintamente posseduta (il possesso del tutto non implica possesso della singole parti). La proprietà distinta del singolo elemento, finché dura l'unità del tutto, cioè fino alla

³²⁴) Il che naturalmente non esclude che sia ancora possibile una valutazione complessiva, che cioè si mantenga e si valuti ancora una connessione (cfr. G. GROSSO, *Sulla genesi storica della estinzione delle servitù per «non usus» e della «usucapio libertatis»*, in «Foro it.», LXII.4, 1926, p. 266 ss. [= *Scritti*, cit., II, p. 226 ss.]).

separazione, si trova dunque in uno stato di quiescenza³²⁵; normalmente potrà intentarsi l'*actio ad exhibendum* per ottenere la separazione della parte separabile (salvo che per l'edificio in cui ciò è vietato dalle XII Tavole [VI.8]), e, comunque avvenuta la separazione, la proprietà riacquista la sua piena esplicazione colla suscettibilità di rivendica. Così nella cose composte persiste allo stato di quiescenza una proprietà sulle singole parti distinta da quella del tutto (e conforme a ciò può decidersi della sorte degli altri diritti, reali, in rapporto alla loro natura).

Questo stato di quiescenza dei distinti rapporti giuridici sulla parte riflette la sorte della individualità della cosa congiunta, che finché dura la congiunzione è sommersa nella individualità del tutto, come parte di questo. I distinti rapporti giuridici nella loro piena esplicazione si riportano ai momenti in cui la cosa si presenta distinta (prima e dopo).

E così abbiamo visto che il possesso del tutto non implica possesso delle parti distinte; e quindi gli elementi congiunti nel tutto non si usucapiscono col possesso di questo; tale appare almeno la regola affermata, sia pure attraverso incertezze rivelate dalle motivazioni e oscillazioni, però molto dubie, circa talune ipotesi³²⁶.

Secondo Paul. D. 21.2.36 la vendita del tutto non significherebbe vendita dei singoli elementi, e quindi non si incorrerebbe nella responsabilità per l'evizione. Iav. D. 41.3.23.1 dice però il contrario; esso, è vero, è stato sospettato di interpolazione, ma crediamo che il dubbio in rapporto a questa soluzione fosse ben possibile. Da un lato si può osservare che la vendita aveva per oggetto il tutto, e la distinta proprietà quiescente di altro su una parte è alquanto di diverso, che coesiste colla nostra proprietà sul tutto. Ma dall'altro lato sta il fatto che, nei negozi di cui forma oggetto, il tutto viene assunto nei suoi elementi costitutivi, così che il negozio coinvolge anche questi, anche nella loro potenziale individualità attualmente soffocata dall'unione nel tutto. Se uno aliena un edificio proprio, fatto con materiali suoi, non resterà certo proprietario dei materiali nel caso che l'edificio venga a rovinare; questi sono coinvolti nell'alienazione dell'edificio, né pare possa farsi altrimenti. E così colui che ha acquistato un edificio dal *non dominus* usucapisce l'edificio, e distrutto l'edificio usucapirà i materiali ripossedendoli *ex integro* per un anno (cfr. D. 41.3.23.2). Ecco dunque che può porsi il problema se in seguito alla vendita del tutto si risponde per l'evizione di una parte che venga separata.

I Romani pongono i problemi nella loro concretezza pratica e con riguardo alle singole cose; il problema dell'esigenza della separazione, e, in linea normale, della funzione preliminare dell'*actio ad exhibendum*, per la *rei vindicatio*; il problema dell'individuazione della cosa riguardo alla posizione di oggetto di rapporti giuridici; il problema dell'entità della cosa nei suoi elementi costitutivi nei confronti dei negozi di cui è oggetto; i problemi delle vicende delle cose, e così via: sono diversi problemi pratici concreti, che possono avere una propria fisionomia ed estensione, e talora dar luogo a qualche incertezza, soprattutto circa i rapporti coi concetti generali enunciati; talora sono enunciate le soluzioni dei problemi pratici correnti, ma non i limiti concettuali, o quelle soluzioni che definirebbero tali limiti.

Nell'intreccio dei vari problemi concreti emerge però la individuazione della cosa e della parte di cosa, coi distinti problemi relativi al regime della parte nelle cose composte.

I problemi relativi al possesso ed all'usucapione rivelano che questi rapporti tra la cosa e i suoi elementi costitutivi non vengono in considerazione solo quando la cosa sia stata composta di cose appartenenti a diversi proprietari. Va però osservato che per i distinti rapporti giuridici, allo stato di quiescenza, sulle parti si tratta del persistere di essi, di fronte al diverso rapporto sul tutto. E comunque si può dire che la maggiore rilevanza pratica si esplica appunto nel campo della accessione.

³²⁵) Si vedano per tutti per questa costruzione della quiescenza, anziché dell'estinzione e rinascita: GUARNERI-CITATI, *La c.d. accessione separabile*, cit., e SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 110 s. Cfr. BONFANTE, *Corso*, II.2, cit., p. 73 s. [= p. 98 s.]. Talvolta le espressioni usate dalle fonti sembrerebbero oscillare verso l'estinzione e la rinascita, ma debesi notare che in sostanza si tratta del fatto che la proprietà trova la sua piena espressione (riflessa nella *rei vindicatio*) colla separazione.

³²⁶) Si veda *supra*, § 63.

Già abbiamo detto delle critiche che vengono rivolte alla impostazione degli effetti della congiunzione dal punto di vista della distinzione delle cose che ne risultano in semplici e composte. Riconosciamo che nel quadro delle vicende delle cose la impostazione generale della distinzione può sembrare talora uno schema non esauriente, che si sovrappone in modo da coartare e complicare la sistemazione; che, nella visuale e negli esempi dei Romani, essa può lasciar luogo a dubbi sulla sua comprensione, e qualche volta sembra operare la valutazione diretta dei vari elementi nella loro vicenda e nella loro posizione attuale; ciò tanto più in quella impostazione dei problemi nella loro concretezza che è propria dei Romani.

In ogni modo però, ha rilievo nel diritto la valutazione di una cosa che risulta dell'insieme di più elementi costitutivi che possono, separati, essere gli stessi di prima; il dualismo fra la visione unitaria del tutto come cosa e la visione della pluralità degli elementi riunitivi (il *corpus quod ex contingentibus*, 'hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat') si presenta qui con una chiara prevalenza della prima. E qui appunto si ha una particolare considerazione della parte o elemento costitutivo della cosa ³²⁷.

E' tutta una materia regolata dal diritto obbiettivo sulla base di criteri di valutazione sociale fondati sulle cognizioni dell'epoca in rapporto a quei bisogni umani in funzione dei quali appunto si determina lo stesso concetto di «cosa». I Romani procedono qui con un empirismo che è anche strettamente legato alle loro concezioni ed alle loro cognizioni; se i concetti generali della fisica stoica a cui essi si richiamano, che sono così lontani da noi, non ci fanno considerare altrettanto assurde le determinazioni giuridiche che essi ci danno, è perché in realtà queste sono dettate da una valutazione della realtà empirica, inquadrata negli schemi giuridici, che per molti aspetti ci appare ancor viva, come materia di discussione; e d'altra parte, come sopra abbiamo rilevato, le stesse impostazioni generali scientifico-filosofiche non facevano che tradurre in termini arcani e cercare di spiegare ciò che era il risultato dei dati dei sensi, che stava a base della comune valutazione, a cui non aggiungevano nulla. In quanto dunque questo campo della realtà su cui opera il diritto non è quello scientifico ma quello delle valutazioni sociali empiriche, lo sviluppo scientifico influisce per quello che si riflette nelle valutazioni ed esigenze sociali, e cioè soprattutto attraverso lo sviluppo delle cognizioni e dei mezzi tecnici che si riflettono nelle pratiche applicazioni; in questo senso possiamo valutare per esempio la spiegazione romana della *ferruminatio*.

Sono appunto gli accennati criteri di valutazione sociale che determinano quando vi sia una cosa, quando più cose, quando una cosa semplice, quando composta, quando (l'abbiamo visto) un *corpus ex distantibus*; quando vi sia congiunzione di più cose in modo da formarne una, quando mera giustapposizione in cui si conservano più cose, quando mescolanza, e quale sia il risultato di questa, quando specificazione; quando vi sia accessione di una cosa all'altra, quando invece la congiunzione si avvicini agli effetti della mescolanza (cfr. Pomp. D. 41.1.27.2); quando la congiunzione o mescolanza sia separabile, quando no.

La *forma mentis* dei Romani, che impostano i problemi più generali con riguardo a quelli più concreti che li riflettono, fa sì che la portata di certi schemi generali (come per esempio la estensione della distinzione fra cose semplici e composte) possa talora apparire incerta; la individuazione della *res* nei riguardi delle cose di quantità, soprattutto ove c'è l'*acervatio*, apre l'adito a taluni dubbi; la posizione (in rapporto a tale individuazione) degli effetti della mescolanza può talora apparire oscillante (cfr. D. 41.1.12.1) e discutibile; nei casi in cui la congiunzione non importa accessione i concetti sembrano offuscarsi (cfr. D. 41.1.27.2); e soprattutto talora essi si offuscano nelle discussioni dei giureconsulti; spesso in alcune determinazioni e differenziazioni non sfugge alcunché di arbitrario ³²⁸.

³²⁷) Vi sono dei testi di cui si vorrebbe desumere che i Romani non davano a questi elementi il nome di 'pars', ma si tratta di testi che prendono per riferimento la 'pars pro indiviso', da cui vanno distinti gli elementi che compongono le *res corporalis* (cfr. D. 21.2.36; D. 46.4.13.2). Ma quando si riferiscono alla cosa corporale i Romani ne considerano anche la 'pars' (Gai., *inst.* 4.17; Iav. D. 50.16.242.pr.; Pomp. D. 33.7.21; Paul. D. 6.23.5 etc.).

³²⁸) La critica, da un punto di vista generale, può avere buon gioco. Recentemente un'ampia elaborata critica

E questi rilievi vanno tenuti presenti per la valutazione che noi possiamo fare della impostazione e delle soluzioni dei Romani, e dei concetti e principii tradizionali che ne sono derivati. Senza poterci addentrare nell'esame di istituti positivi particolari, qui ci basta aver rilevato come si ponga e si rifletta nel regime giuridico dettato dai Romani una individuazione della «cosa» e della «parte di cosa». E in questo campo opera una serie di norme di diritto cogente.

70. Di fronte a questo concetto di «parti di cosa», in contrapposto con esso, gl'interpreti hanno individuato un particolare rapporto di dipendenza economica fra cose distinte, dando alla categoria così individuata il nome di «pertinenze». Si ha qui una dipendenza economica di una cosa da un'altra, che fa sì che negli usi del comune commercio la prima si intenda seguire le sorti della seconda come compresa in essa, si intenda cioè compresa negli atti di disposizione relativi alla seconda. E ciò importa che i negozi giuridici relativi alla seconda abbraccino anche la prima, ma non per una norma di diritto cogente, bensì solo per una norma interpretativa, cui possono quindi derogare le parti o il disponente.

Il nome non è romano, ma l'individuazione di questo rapporto economico e il suo regolamento giuridico si riscontra già nel diritto romano. Lo riscontreremo nell'opera di determinazione dei giureconsulti, benché essi non vi abbiano forgiato un nome tecnico né usino una terminologia univoca. Anzi, se talvolta troviamo particolari perifrasi³²⁹, spesso si parla anche qui di 'pars' o 'portio' o si dice che una cosa è di un'altra (per esempio, 'aedium esse'). Il riferimento all'effetto giuridico, l'allusione cioè ad atti in cui coll'indicazione della cosa si intende compresa anche la pertinenza, spiega questo linguaggio, che, come vedremo, rispecchia pure un'incertezza di limiti. Il nome, non romano, di «pertinenza» esprime abbastanza bene il concetto; potremo quindi usarlo anche noi, ricercando come il fenomeno si sia presentato nel diritto romano.

La terminologia di 'pars' o 'portio' che troviamo nelle fonti, unitamente al criterio economico-sociale che determina il concetto della cosa e della parte di cosa, ha portato taluni autorevoli studiosi, quale il Sokolowski, e, con somma energia, il Bonfante, a bandire il concetto di «pertinenza» dal diritto romano, risolvendolo nella semplice alternativa «parte» e «cosa distinta», sulla base appunto di quei criteri sociali che definiscono la parte come ciò che è elemento necessario alla essenza della cosa, alla sua finitezza, alla sua *consummatio* e *perfectio*³³⁰.

Ma non ci pare che le difficoltà cui indubbiamente va incontro la categoria, soprattutto nella sua determinazione concreta, siano una buona ragione per una comoda esclusione del problema.

Cerchiamo di trarre dalle fonti gli elementi necessari alla costruzione.

71. Una chiara enunciazione della categoria, in rapporto all'effetto giuridico, troviamo in una dichiarazione generale di Ulpiano, che appunto apre una lunga esemplificazione.

D. 19.1.13.31 (Ulp. 32 *ad ed.*): Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur ...

Il problema è chiaro: si tratta di determinare che cosa si intende compreso nell'atto di disposizione circa le *aedes*; ora, si capisce che anzitutto l'oggetto, l'edificio, va preso nella consistenza dell'insieme

ne ha fatto il MAIORCA, nel suo libro *La cosa in senso giuridico*, già citato, che contiene una originale rivisitazione di concetti. Critica che può essere feconda, ma a nostro avviso è troppo astratta, e talora viziata nelle sue premesse. Non ci possiamo soffermare a discuterla; gli accenni relativi al diritto romano non ci hanno persuaso, se non per quei rilievi che si incontrano con quelli che nel testo facciamo nostri.

³²⁹) Si veda *infra*.

³³⁰) BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 134 s. [= p. 157 ss.] (si vedano ivi anche le citazioni di letteratura); conforme BETTI, *Diritto romano*, cit., p. 706; e con critica più generale MAIORCA, *La cosa*, cit., p. 145 s. Per la riaffermazione del concetto nel diritto romano, cfr. SCIALOJA, *La proprietà*, I, cit., p. 85 s., e SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 120 s.

delle sue parti costitutive. Ma, oltre queste, c'è tutto un complesso di cose che si intendono normalmente appartenere all'edificio, che si intendono comprese negli atti di disposizione di questo, quelle che appunto individuerà la categoria che chiamiamo delle «pertinenze».

E che Ulpiano miri essenzialmente a questa categoria lo mostra la perifrasi '*quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur*'; lo conferma l'esemplificazione.

I Romani preferiscono impostare i problemi concreti anziché definire direttamente i concetti che quelli presuppongono; e fra tali problemi vi possono essere delle interferenze. Il problema impostato riguardo alla comprensione nelle *aedes* alienate o legate (e così per le altre cose) può toccare anche esempi che sono ai margini delle parti in senso proprio; può incontrarsi con quei problemi concreti che abbiamo riferito alla individuazione delle parti, può valere ad escludere od ammettere la facoltà di togliere alcunché agli effetti del negozio.

Ma è chiaro come esso vada nettamente al di là; individuata la cosa, oggetto del negozio, nella consistenza delle sue parti costitutive, che si intendono abbracciate dal negozio (e per queste potrà anche dirsi che sono della cosa, e potrà per talune farsi opera di determinazione, e potrà anche avere un suo significato il problema della comprensione nel negozio), la enunciazione acquista un suo particolare risalto per tutta una serie di cose distinte che vengono abbracciate da questo '*aedium esse*' e in cui appunto si individua quel rapporto per cui possiamo parlare di pertinenze.

Pur nell'intreccio dei diversi problemi concreti si individuano chiaramente delle categorie, con riguardo alle cose, anche se queste categorie non sono impostate direttamente.

La stessa impostazione, che può rendere incerto il punto di passaggio da un concetto all'altro, spiega anche, lo abbiamo detto, il nome di '*pars*' che talora ricorre; nella visione diretta del problema concreto si tratta di vedere ciò che comprende l'atto di disposizione della cosa, cioè ciò che, per quell'atto di disposizione, fa parte della cosa. Ma se ciò rende più difficile ai margini la delimitazione dei concetti, non giustifica una negazione di essi.

72. Ora vediamo di determinare un po' più particolarmente, sulla base delle fonti, quel rapporto di dipendenza economica che individua la categoria.

Occorre che vi sia un rapporto tale, per cui nel comune commercio la cosa porta con sé l'altra, per cui questa si intende compresa nella designazione di quella, così che agli effetti limitati per cui è rilevante viene chiamata anche '*pars*'; occorrerà dunque che si tratti di una cosa che, pur essendo cosa distinta, concorra alla integrazione o al perfezionamento dell'altra, nella sua individualità economico sociale ('*quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur*'), e che già sia posta al servizio permanente ed esclusivo di essa; né basta che vi sia soltanto destinata, occorre che la destinazione sia attuata.

Giova qui ricordare l'enunciazione di Labeone, riferita da Ulpiano (D. 19.1.17.7):

Labeo generaliter scribit ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens non esse aedificii.

Il requisito che la destinazione sia già attuata risulta evidente dagli esempi. Ciò che è stato staccato da un edificio per riporvelo, e che, essendo stato staccato, cessa di esser parte o elemento costitutivo, è dell'edificio, mentre non lo è ciò che è solo stato preparato per essere incorporato nell'edificio.

D. 19.1.17.10-11 (Ulp. 32 *ad ed.*): Ea quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur, aedificii sunt: at quae parata eunt ut imponantur, non sunt aedificii. Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt.

D. 19.1.18.1 (Iav. 7 *ex Cass.*): Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud iuris est in his, quae detractae sunt ut reponerentur: aedibus enim accedunt.

D. 45.1.83.5 (Paul 72 *ad ed.*): ... et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinaren-

tur, licet mutato consilio perficiatur (*reficiatur* ?), tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit: sicuti de aedibus deposita tigna ea mente ut reponantur aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit ...

Che per l'*aedium esse* non sia necessaria, e d'altra parte neppure sufficiente, una congiunzione materiale è espressamente affermato da Ulpiano in D. 19.1.17.pr. Di regola però l'elemento della congiunzione viene in considerazione in rapporto alle parti in senso proprio, sebbene variamente inteso, e di per sé non decisivo nell'individuare l'unità del tutto e il concetto di «parte», cioè nel delimitare queste dalle pertinenze (cfr. D. 33.7.21; D. 18.1.76.pr.).

73. I Romani procedono soprattutto mediante esemplificazioni e determinazioni concrete; e, una volta identificato il concetto e l'effetto giuridico in cui si esplica, abbiamo il criterio per individuare i casi in cui essi riscontravano una pertinenza; e, come abbiamo detto, all'enunciazione ulpiana per le *aedes* segue un'ampia casistica. Da questa casistica potremo desumere quelle che sono per diritto romano le pertinenze.

Abbiamo già visto un esempio: abbiamo visto cioè come siano detti rispettivamente '*aedium*' e '*vineae*', e proprio nella esemplificazione che segue l'enunciazione ulpiana, i materiali staccati dalla casa per riporveli e i pali tolti dalla vigna per riporveli. Ora, che i materiali, fra cui anche le tegole (anche se non *adfixae* ma semplicemente *positae*), finché sono incorporati nell'edificio, siano parti, nessun dubbio (cfr. per esempio D. 43.24.7.10; D. 43.24.8). Staccati per riporveli sono detti '*aedium*', nel senso delle pertinenze. Se anche qui il disposto delle XII Tavole [VI.8], l'affermazione che la *rei vindicatio* spetta *dissoluto o diruto aedificio* (ma si veda D. 6.1.59), possono dar luogo a qualche questione che ora noi non possiamo esaminare³³¹, comunque la particolarità di tale divieto non toccherebbe le argomentazioni più generali che si possono trarre nel senso di individuare qui la qualifica di «pertinenza» anziché quella di parti in senso stretto (cfr. D. 6.1.23.6 e 7; D. 6.1.59; D. 41.1.7.10-12; *Iust. inst.* 2.1.29; D. 45.1.83.5; D. 46.3.98.8; D. 47.3.1.pr.; D. 19.1.17.10-11; D. 19.1.18.1).

Possiamo aggiungere altri esempi. La esemplificazione più cospicua si trova sempre per le case: serrature, chiavi, catenacci, controfinestre, tavolati che si pongono sul pavimento l'inverno e si tolgono l'estate, coperchi di pozzi, bacini, serbatoi e condutture d'acque anche se corrono fuori dell'edificio, chiudende e valvole delle condutture; e si insiste che la temporanea separazione non fa venir meno il loro carattere (cfr. D. 19.1.13.31; D. 19.1.13.14 e 15; D. 19.1.13.17.pr. e §§ 7-9; D. 33.7.12.24; D. 50.16.242.2 e 4; D. 50.16.245.1).

E l'ampia casistica dell'*'aedium esse'* o '*villae*' esse reca ancora: maschere e colonne che servono alle fontane (D. 19.1.17.9); i quadri incorporati in sostituzione dell'intonaco e i rivestimenti marmorei (D. 19.1.17.3); gli specchi infissi e gli armadi infissi, anche se sono temporaneamente staccati (D. 33.7.12.25).

Considerando la varia ed ampia casistica dell'*'aedium esse'*, nei testi che seguono l'enunciazione generale ulpiana, è poi di nuovo nell'esame che fa Ulpiano (in antitesi all'*instrumentum*) circa ciò che è '*pars*' o '*portio domus*' agli effetti del legato e della compravendita in D. 33.7.12.23 ss., occorre tener presente ciò che abbiamo detto circa l'impostazione generale, risaltare cioè bene la zona esterna ed il suo limite esterno, cioè il limite fra ciò che è pertinenza e ciò che non è neppure tale (e cioè non rientra nell'effetto per cui essa è rilevante): non essere invece dal punto di vista del problema concreto altrettanto rilevante la delimitazione all'interno, cioè rispetto a ciò che è parte o elemento costitutivo in senso stretto. Qui si tratta di vedere fin dove abbiamo l'unità della cosa, con rapporti giuridici sul tutto, e dove invece soltanto quel rapporto di connessione economica fra cose distin-

³³¹) Cfr. M. PAMPALONI, *Sulla legge delle XII Tavole De tigno iuncto*, in «AG.», XXX, 1883, p. 292 ss.; R. MONIER, *Le tignum iunctum*, Paris, 1922, p. 28.

te, che si esplica in quell'effetto giuridico.

E dobbiamo rilevare che per qualcuno dei casi che ci offre l'esemplificazione ulpiana il dubbio può sussistere. Per esempio per le statue la distinzione tra quelle *'quae sunt aedium'* e quelle che non lo sono (D. 50.16.245.pr.; D. 33.7.12.23) sembra piuttosto far capo al concetto di parte.

Il problema della delimitazione dei concetti generali risente, come abbiamo detto, dell'intreccio dei problemi concreti in cui quelli sembrano riflettersi. E qui si tratterebbe piuttosto di determinare, attraverso i problemi giuridici in cui si esplica, i limiti della zona delle parti o elementi costitutivi. In ogni modo l'esemplificazione data nelle fonti ci dà già un nucleo abbastanza cospicuo di esempi sicuri di pertinenza della cosa (soprattutto col sottolineare che non nuoce la separazione) che danno una chiara individuazione della categoria.

Per il fondo Ulpiano afferma che *'fundo vendito vel legato sterculinum et stramenta emptoris et legatariorum sunt'*, colla *distinctio* di Trebazio che *'si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur, si vendendi venditorem'*, e aggiunge: *'nec interest in stabulo iaceat an acervus sit'* (D. 19.1.17.2). Concime e strame destinato al fondo, non alla vendita, è dunque pertinenza del fondo. E sul valore di questa determinazione non vi è dubbio alcuno³³².

E' disputato se pertinenza di immobili possano anche essere degli immobili. Quando troviamo nelle fonti affermato che i bagni, *'quae publice praebentur'*, sono compresi nel legato della casa – *'si per domum quoque intrinsecus adirentur et in usu patris familiae vel uxoris nonnunquam fuerunt et mercedes eius inter ceteras meritorium domus rationibus accepto ferebantur et uno pretio comparatae vel instructae communi coniunctu (sumptu ?) fuisse'* (Pap. D. 32.91.4) –, sembra che si ricerchino gli indizi della volontà individuale, che si faccia cioè puramente opera di interpretazione. Ma coll'enunciazione più generale, quale troviamo in Paul. Sent. 3.6.57 (*'domo legata balneum eius, quod publice praebet, nisi alias separetur, legato cedit'*) sembra che si valuti obiettivamente un rapporto di dipendenza economica instaurata fra casa e bagno.

Per negare la possibilità di riconoscere un rapporto di pertinenza tra immobili si è osservato che i fondi non sono limitati e determinati come cosa individua per natura, ma si determinano singoli fondi, come cose oggetto di diritti, puramente per convenzione degli uomini. Se quindi taluno è proprietario di fondi, dipende puramente da lui il considerarli come più cose o come una cosa sola (così nella coltivazione, come nei negozi giuridici), mutarne il nome, chiamarli con un unico o con diversi nomi; negli atti di disposizione si tratterebbe dunque puramente di determinare quale fosse l'oggetto a cui le parti o il disponente si riferivano col nome usato³³⁴.

Queste considerazioni hanno un certo peso; già abbiamo detto come nella estensione degli immobili il rapporto tra parte e tutto sia nettamente influenzato dalla libera possibilità di individuare un fondo distinto, come cosa a sé, per semplice delimitazione. La considerazione come unità o come pluralità, la comprensione e il significato del nome, è dunque in grandissima parte problema di interpretazione. Però dalle posizioni e dai rapporti funzionali instaurati tra i fondi possono trarsi elementi obiettivi che determinano la normale comprensione degli atti di disposizione, sia in rapporto all'unità e pluralità, sia in rapporto ad una dipendenza economica del tipo di quella che vediamo nelle pertinenze. Questo concetto sarà più strettamente mescolato con quello di parte, per la posizione che ha qui l'induzione della volontà nella determinazione della cosa; resta però aperto l'adito alla individuazione di quel rapporto di destinazione che determina la pertinenza. Nei rapporti surricordati fra bagno e casa, nei rapporti fra giardino e casa (cfr. D. 32.91.5: *'si hortum domus causa comparavit, ut amoenior domum ac salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur'*), può appunto scorgersi tale rapporto.

Il testo di Papiniano sopra richiamato, a proposito dei bagni e del giardino (D. 32.91.4 e 5),

³³² Di fronte a questa enunciazione, solleva qualche dubbio, ed è di incerto valore, l'enunciazione del *principium* del passo: *'fundi nihil est nisi quod terra se tenet'* [D. 19.1.17.pr.].

³³³ Cfr. MOMMSEN *ad h.l.*

³³⁴ Cfr. H. GÖPPERT, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, Halle, 1869, p. 65 ss.

può lasciar luogo a qualche dubbio, in quanto, anche per il modo in cui si sviluppa il discorso (cfr. D. 32.91.3), sembra perseguire direttamente l'interpretazione della volontà del testatore.

Il caso del fondo comune per il *ius compascendi*, che segue la disposizione del fondo salvo contraria volontà, quale è presentato in D. 8.5.20.1 (cfr. Front., *contr.*, in Lachmann, p. 15,1 ss.), ci fornisce già un esempio più, deciso; esso però è stato sospettato di interpolazione. Può dunque essere incerto fino a che punto i Romani sono assunti a individuare rapporti di pertinenza anche fra immobili, fino a che punto invece si sono limitati per questi alla normale interpretazione dei negozi ³³⁵.

74. La determinazione concreta dell'ambito delle pertinenze nel diritto romano, per le case e i fondi, accompagna la determinazione positiva con un'ampia opera di delimitazione negativa.

a) La negativa, in forma generale, è data dai *'ruta et caesa'* (D. 19.1.17.6; D. 19.1.18.pr.-1; D. 19.1.38.2; D. 10.4.5.2; D. 18.1.66.2; D. 50.16.241).

Una definizione positiva dei *'ruta et caesa'*, secondo il significato del termine, è data da D. 19.1.17.6: *'ea placuit esse ruta quae eruta sunt, ut harena creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas et carbones et his similia'*. Senonché il termine, inteso come riferito a ciò che è staccato dal fondo o dalla casa, andò al di là di questo campo, e rappresentò in un certo senso il concetto negativo rispetto a quello di ciò che è *'aedium'*. Quinto Mucio Scevola, in D. 50.16.241, così lo definisce: *'in rutis caesis ea sunt quae terra non tenentur, quaeque opere structili tectoriove non continentur'*; e lo stesso Quinto Mucio, riferisce Pomponio in D. 18.1.66.2, vedeva un *'bis idem scriptum'* nella locuzione *'ruta, caesa quaeque aedium fundive non sunt'*, commentando: *'nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt'*. Questo concetto, per cui rientra nei *'ruta et caesa'* ciò che non è parte né pertinenza, è riaffermato in D. 19.1.18.pr., ove è detto che *'granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et caesis cedunt'*; e nel § 1 dello stesso passo, dove alle tegole staccate dall'edificio per riporvele, che sono pertinenze, si contrappongono quelle soltanto destinate, ma che però non sono ancora state collocate, che *'in rutis et caesis habentur'*. Così i *'ruta et caesa'*, che l'interrogante in D. 19.1.38.2 contrappone ai *'vineta fixaque'*, in quanto indicano ciò che è separato, staccato dal fondo o dalla casa, vengono a fornire il contrapposto di ciò che è detto *'fundus'* o *'aedium esse'*, cioè di ciò che è pertinenza. L'elenco che abbiamo visto delle pertinenze, che ci dice come per queste non occorra la congiunzione materiale, la stessa contrapposizione di «pertinenza» e *'ruta et caesa'* rispetto alle tegole, dice che la definizione di D. 50.16.241 e la contrapposizione di D. 19.1.38.2 non sono mantenute rigorosamente in senso materialistico; il criterio per cui certi elementi dicono *'ruta et caesa'*, cioè separati, come quello per cui altri sono invece detti *'fundus'* o *'aedium'*, è dato da una valutazione sociale. E si può anche scorgere qui uno sviluppo di concetti.

b) Non è pertinenza l'*'instrumentum'*, ossia la dotazione del fondo. Rientra nell'*'instrumentum fundi'* tutto ciò che è destinato ad ottenere, raccogliere e conservare i frutti (servi, animali da lavoro e letame, strumenti agricoli, botti, etc., e così pure il gregge, gli alveari, le uccellerie, gli schiavi cacciatori, le reti etc., se questi sono il mezzo precipuo di sfruttamento del fondo, ed inoltre il frumento ed il vino dei coltivatori e le sementi). Anche le industrie che si ricollegano all'agricoltura hanno il loro *'instrumentum'*, che rientra nell'*'instrumentum fundi'*. Oltre questo, abbiamo poi *'instrumenta balnearia'*, *'tabernae'*, *'cauponae'*, di un forno, di una fucina, di una nave. Così si ha l'*'instrumentum domus'*, cioè tutti gli utensili e arnesi destinati alla manutenzione, della casa (cfr. Ulp. D. 33.7.8 ss.).

Orbene, D. 33.7.1.pr. afferma che *'sive cum instrumento fundus legatus est sive instructus, duo legata intelleguntur'*, e D. 33.7.2.1 che *'dotes praediorum, quae Graeco vocabulo ἐνοικία appellatur, cum non instructa legantur, legatario non praestantur'*.

Con ciò dunque si dichiara che l'*'instrumentum'* non è per i Romani pertinenza; e tanto è vero ciò che, secondo l'affermazione di Ulpiano, sono esclusi dalle pertinenze, come facenti parte dell'*'instru-*

³³⁵) Per la letteratura cfr. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 149 nt. 2 [= p. 175 nt. 3].

mentum, benché infossati nel terreno, i 'vasa vinaria' o 'torcularia' (D. 19.1.17 pr.)³³⁶, e spesso si contrappone l'*instrumentum* a ciò che è 'aedium' o 'fundus' (cfr. D. 33.7.12.23 ss.). Soltanto letame e strame, come abbiamo visto, si considera pertinenza³³⁷.

c) Sono esclusi espressamente dal novero delle pertinenze il vino e i *fructus percepti* (D. 19.1.17.1); la legna (D. 19.1.17.2).

d) Non sono 'aedium' né 'fundus' i pesci delle peschiere, i polli del pollaio od altri animali (D. 19.1.15 e 16).

e) Non sono 'aedium' i reticolati intorno alle colonne, le coperture di legno lungo le pareti, i *vela ciliicia*, cioè i panni che servono a riparare gli edifici dal vento o dalla pioggia (D. 19.1.17.4; D. 33.7.12.13)

f) Non è 'aedium' il piombo che ricopre una terrazza scoperta (D. 50.16.242.2).

75. Possono avere pertinenze anche le cose mobili; gli esempi dei *claustra* e *claves*, che abbiamo visto per la casa, si trovano anche per gli armadi (D. 32.52.9).

Anche a proposito di cose mobili possiamo seguire nelle fonti determinazioni e delimitazioni, circa le parti e le pertinenze:

a) L'albero della nave è '*pars navis*', mentre secondo Labeone non lo è la vela di artimone perché sarebbe un '*adiectamentum*' (D. 50.16.242.pr.); il primo dunque sarebbe un elemento costitutivo, la seconda né elemento né pertinenza.

D. 21.2.44 di Alfeno (2 *dig. a Paul. epit.*) dice:

Scapham non videri navis esse respondit nec quicquam coniunctum habere, nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse: omnia autem quae coniuncta navi essent (veluti gubernacula malus artemnae velum), quasi membra navis esse.

Alfeno dunque nega che sia della nave il canotto, *scapha*, mentre l'albero, il timone, le antenne, la vela sarebbero '*quasi membra navis*'. L'espressione '*quasi membra navis esse*' potrebbe far dubitare se si distingue tra «parte» in senso proprio e «pertinenza», in ogni modo qui la determinazione sembra diversa da quella che troviamo in Labeone.

Il canotto non sarebbe dunque della nave, ed il criterio che Alfeno addurrebbe sarebbe il fatto che '*nec quicquam coniunctum habet*', mentre si dice che sono '*quasi membra navis omnia quae coniuncta navi sint*'. Abbiamo visto dai vari esempi di pertinenze che criterio per la pertinenza non può essere la congiunzione materiale; e quindi il criterio posto da Alfeno per la nave non può essere mantenuto; esso, almeno, non può essere inteso a rigore. E in rapporto al canotto Paolo osserva che esso è già di per sé una piccola nave e quindi non può essere parte di un'altra nave, così che egli altrove — D. 33.7.29 — si oppone, per questo stesso motivo, all'opinione di Labeone che il canotto rientri nell'*instrumentum navis*:

Labeo 1 pith.: si navem cum instrumento emisti, praestari tibi debet scapha navis.

Paulus: immo contra. etenim scapha navis non est instrumentum navis: etenim mediocritate, non genere ab ea differt, instrumentum autem cuiusque rei necesse est alterius generis esse atque ea quaequae sit: quod Pomponio libro septimo epistularum placuit.

³³⁶) Qui veramente sembrerebbe contraddirvi Pomp. D. 33.7.21, ma il passo fa leva sull'essere le *molae* o i *praela* assorbiti o meno nella costruzione, e cioè sull'essere o meno parte dell'edificio.

³³⁷) Secondo l'opinione di Ulpiano, affermata in D. 7.1.15.6 e in D. 7.1.9.7, al legato di usufrutto di un fondo o di una casa si accompagnerebbe anche l'usufrutto dell'*instrumentum*. Ma, seppure il principio è classico, trattandosi di un effetto limitato all'usufrutto, dove si può spiegare con particolari ragioni, non se ne può indurre che Ulpiano vedesse qui un rapporto tra l'*instrumentum* ed il fondo per cui il primo fosse pertinenza del secondo (cfr. il mio corso su *L'usufrutto*, cit., p. 111 ss. [nonché GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, cit., p. 181 ss.]).

b) Lo scaffale e la libreria non sono pertinenze dei libri, né gli armadi né gli scrigni di ciò che vi è contenuto; l'astuccio non è pertinenza dell'argenteria o dell'anello contenuti (D. 32.52 §§ 3, 7, 7a e 53).

Si discute se le basi su cui si collocano i vasi siano pertinenza di questi (D. 32.100.3).

c) Quanto ai recipienti in cui il vino è contenuto, si fa una distinzione:

D. 33.6.14 (Pomp. 6 *ad Sab.*): *Vino legato ea demum vasa sequuntur, quae ita diffusa sunt, ut non ad perpetuum usum vasa reservarentur, veluti amphorae et cadi.*

D. 33.6.15 (Proc. 2 *epist.*): *Vinum cum vasis legavit. negat Trebatius quod in doliis sit deberi et senum testatori alium putat esse, verborum alium: ceterum dolia in vasis vinariis non essent. ego et si dolia in vasis vinariis non sunt, tamen non concederem Trebatio vinum quod in doliis esset, id est quod in vasis non essent, non esse legatum. illud verum esse puto, cui vinum cum vasis legatum erit, ei amphoras cados, in quibus vina diffusa servamus, legatos esse: vinum enim in amphoras et cados hac mente diffundimus, ut in his sit, donec usus causa probetur, et scilicet id vendimus cum his amphoris et cadis: in dolia autem alia mente coicimus, scilicet ut ex his postea vel in amphoras et cados diffundamus vel sine ipsis doliis veneat.*

D. 33.6.3.1 (Ulp. 23 *ad Sab.*): *Si vinum legatum sit, videamus, an cum vasis debeatur. et Celsus inquit vino legato, etiamsi non sit legatum cum vasis, vasa quoque legata videri, non quia pars sunt vini vasa, quemadmodum emblemata argenti (scyphorum forte vel speculi), sed quia credibile est mentem testantis eam esse, ut voluerit accessioni esse vino amphoras: et sic, inquit, loquimur habere nos amphoras mille, ad mensuram vini referentes. in doliis non puto verum, ut vino legato et dolia debeantur, maxime si depressa in cella vinaria fuerint aut ea sunt, quae per magnitudinem difficile moventur. in cuppis autem sive cuppulis puto admittendum et ea deberi, nisi pari modo immobiles in agro velut instrumentum agri erant. vino legato utres non debebuntur: nec culleos quidem deberi dico.*

Se dunque è legato il vino, si intendono anche compresi quei recipienti, anfore e bariletti, dove il vino viene posto per starvi fino al consumo, non invece i grandi recipienti. (tanto più se immobilizzati o difficilmente trasportabili) da cui il vino deve essere asportato.

Parrebbe dunque se ne potesse dedurre che i primi sono pertinenze del vino. Questa deduzione non si ricaverebbe ancora dal passo di Proculo, cioè da D. 33.6.15.pr.; Proculo infatti tratta di un caso in cui si è legato espressamente *'vinum cum vasis'*, e, dopo aver discusso l'opinione di Trebazio che si intendesse legato solo il vino che ai trovava *'in vasis'* e non quello *'quod in doliis esset'* (il che qui non interessa), afferma che certo in queato legato del *'vinum cum vasis'* s'intendono legati anche *amphorae et cadi*, non invece i *dolia*, in quanto si usa mettere il vino nei primi perché vi stia fino al consumo e quindi per venderlo insieme con essi, mentre nei secondi si mette il vino per esserne poi asportato e versato nelle anfore. Già Proculo dunque rileva l'uso del commercio che stabilisce un rapporto tra le anfore ed il vino, per cui alienando il vino lo si aliena colle anfore. Però quest'uso del commercio non porta ancora ad affermare che nel legato del vino s'intendono comprese le anfore; il legato a cui mira il giureconsulto è un legato del vino *'cum vasis'*. L'uso accennato si esplica nell'espressa dichiarazione del disponente che i recipienti vanno col vino.

E' Celso, secondo l'affermazione di Ulpiano D. 33.6.3.1, che ha affermato che basta il legato del vino, senza che sia detto espressamente che è legato *'cum vasis'*, perché s'intendano anche legati i *vasa*. Questa illazione, desunta dall'uso del commercio al quale accenna già Proculo, rivelerebbe appunto che, secondo Celso, e secondo i giureconsulti che ne accolsero l'opinione, le anfore, e simili, sarebbero pertinenze del vino.

Si è detto che questa conclusione, che i vasi sono pertinenze del vino, andrebbe contro il requisito posto da Labeone in D. 19.1.17.7 (*'perpetui usus causa'*). Ma bisogna porsi dal punto di vista del concetto delle «pertinenze»; questo ha rilievo, abbiamo detto, in quanto negli atti di disposizione circa la cosa si intendono comprese anche le pertinenze (salvo espressa dichiarazione contraria), per il rapporto esistente fra la pertinenze e la cosa. Perché si abbia quest'effetto, in rapporto all'edificio,

Labeone pone il requisito della destinazione al servizio perpetuo; in rapporto al vino, che è destinato al consumo, basta la destinazione del recipiente al servizio del vino fino al consumo materiale di questo, la quale appunto implica che il recipiente sia destinato a seguire il vino nelle alienazioni e negli altri atti di disposizione di esso ³³⁸.

Senonché, il concetto che i *vasa* sono pertinenze del vino sembrerebbe negato da Celso stesso o da Ulpiano nella motivazione contenuta in D. 33.6.3.1: '*non quia pars sunt vini vasa ... sed quia credibile est mentem testantis eam esse, ut voluerit accessioni esse vino amphoras*'; ma questo brano ha tutte le impronte della mano giustiniana, così che su di esso non si può fare alcun affidamento. Il regime affermato in questi passi per i *vasa* rivela il loro carattere di pertinenze; e a questo concetto si adatta la motivazione che segue nel passo: '*et sic loquimur habere nos amphoras mille, ad mensuram vini referentes*'.

La stessa soluzione si dà per la *penus legata* :

D. 33.9.3.11 (Ulp. 22 *ad Sab.*): *Vasa quoque penuaria quin contineantur, nulla dubitatio est. Aristo autem scribit dolia non contineri, et est verum secundum illam distinctionem, quam supra in vino fecimus. nec frumenti nec leguminum thecae (arculae forte vel sportae) vel si qua alia sunt, quae horrei penuarii vel cellae penuariae instruendae gratia habentur, non continebuntur, sed ea sola continentur, sine quibus penus haberi non recte potest.*

D. 33.9.4.pr. (Paul 4 *ad Sab.*): *Nam quod liquidae materiae sit, quia per se esse non potest, rapit secum in accessionis locum id, sine quo esse non potest. vasa autem accessio legatae penus, non legata sunt ...*

La motivazione '*quia per se esse non potest*', a rigore, non basterebbe a giustificare la differenza tra *vasa* e *dolia*, ed in questo senso è stata criticata ³³⁹. Ad ogni modo i giureconsulti in questi passi rivelano abbastanza bene il loro pensiero: i vasi rientrano nelle pertinenze.

76. Dal rapporto tra le pertinenze e la cosa va tenuto distinto quello per cui si parla di «cosa accessoria» e «principale», secondo uno dei significati che '*accedere*' e '*accessio*' ha nelle nostre fonti ³⁴⁰.

Talora, quando più oggetti sono venduti o legati (più genericamente si potrebbe parlare di negozi giuridici), le fonti considerano uno di essi, e quindi la vendita o il legato di esso, come principale, l'altro come accessorio, in quanto il primo rappresenta il vero interesse che determina la vendita o il legato, il secondo s'intende alienato o legato solo in quanto si è alienato o legato il primo. La ragione per cui si stabilisce questo rapporto di accessorietà può essere diversa, comunque il carattere del rapporto è quello che abbiamo indicato.

Esempio tipico per cui si verifica questa posizione di accessorietà è l'*instrumentum*. Abbiamo visto come le fonti ci dicano che legato il *fundus cum instrumento* o il *fundus instructus* si hanno due legati, e che, legato il fondo, non si intende legato l'*instrumentum*. Non si tratta dunque di pertinenza.

Orbene, Paolo in D. 33.7.1.1 soggiunge: '*Fundo cum instrumento legato et alienato instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti*'.

Si noti poi che Paolo in D. 33.7.5 sottolinea che tale accessorietà si riscontra nel legato del fondo *cum instrumento*, non sempre in quello del *fundus instructus* o del *fundus et instrumentum*.

Altrove, e per altri esempi, nelle fonti si parla di '*accessio*' in questo senso, cioè nel senso che la

³³⁸) In questo senso si può dire che i vasi in cui il vino deve stare fino al consumo sono '*perpetui usus causa*', di quel vino, in rapporto al requisito posto da Labeone. Non bisogna lasciarsi trarre in inganno dal fatto che Pomponio in D. 33.6.14 parlerebbe di '*vasa quae ad perpetuum usum reservantur*', proprio per gli altri recipienti che non seguono il vino. Qui Pomponio non si riferisce al criterio posto da Labeone per le pertinenze, ma considera invece il perpetuo uso a cui è destinato il recipiente indipendentemente dal vino che contiene, e cioè l'indipendenza del recipiente dal contenuto; ed allora si capisce che questo è il carattere contrario a quello che fa sì che il recipiente sia pertinenza del vino, che sarebbe il perpetuo uso (o meglio uso fino al consumo) di quel determinato vino. Posto questo concetto, non ci pare esatta la critica che il BONFANTE, (*Corso*, II.1, cit., p. 148 [= p. 174]) fa al Ferrini su questo punto.

³³⁹) Cfr. GÖPPERT, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, cit., p. 72.

³⁴⁰) Cfr. GÖPPERT, *op. ult. cit.*, p. 74 ss.

vendita o il legato di una cosa si considerano accessori a quelli di un'altra (D. 33.8.1-3; D. 21.1.1.1; D. 31.24-25; D. 18.1.60; D. 19.1.26).

Le conseguenze dell'accessorietà, in questo senso, sono molteplici. Per esempio, mentre se non ha efficacia (o per insufficiente determinazione dell'oggetto o per altra ragione) la vendita della cosa principale, non ha efficacia neppure per la cosa accessoria, non vale la reciproca (D. 18.1.34.pr.); l'applicazione della *lex commissoria* per la cosa principale si estende anche alla cosa accessoria (D. 18.3.6.1); i vizi redibitori della cosa principale fan sì che la *redibitio* debba avvenire anche per l'*accessio* (D. 21.1.1.1; D. 21.1.23.1; D. 21.1.33.1); il compratore che fa valere il *pactum desplientiae* rispetto alla cosa principale non può trattenere l'accessoria (D. 21.1.31.25), etc. Effetti analoghi si hanno per il legato; se il legato della cosa principale si estingue per perimento dell'oggetto o revoca, si estingue anche il legato per la cosa accessoria (D. 23.8.1.3; D. 33.7.1.1); il fedecommesso imposto al legatario, di restituire alla mia morte la cosa principale, si estende anche all'accessoria (D. 33.7.3.pr.).

Tutti questi effetti sono la conseguenza del rapporto in cui le due cose sono assunte nel negozio, più precisamente del rapporto tra le disposizioni relative alle due cose.

In sostanza, se anche soccorrenno talora criteri obbiettivi di dipendenza economica (come nell'*instrumentum* o nel peculio)³⁴¹, se anche interviene il criterio della normalità, non si esorbita dalla sfera dell'interpretazione dei negozi, in base alla quale si determina appunto il rapporto di accessorietà nelle disposizioni relative alle due cose. E significativa è la nota di Paolo a Labeone in D. 33.7.5 e l'*'ex sententia defuncti'* in D. 33.7.1.1; e talvolta si parla di espressa disposizione dell'accessorietà.

E giova quindi rilevare, ad evitare confusioni pericolose, la netta distinzione di questo concetto da quello che sta a base della categoria delle pertinenze. Per queste la norma interpretativa che fa intendere che esse siano comprese negli atti di disposizione relativi alla cosa traduce un vero e proprio rapporto obbiettivo di dipendenza economica tra le cose, che è *prius* rispetto alla interpretazione del negozio. Per le cose accessorie nel senso che qui consideriamo (oltreché essere ben diverso l'effetto giuridico) la valutazione della connessione economica tra le cose è puramente un indice riassorbito nella ricerca della posizione rispetto al negozio, cioè nell'interpretazione. Ciò che rileva infatti è stabilire che in quel determinato negozio esiste un rapporto di accessorietà fra le disposizioni relative a diverse cose.

77. Posti questi concetti dobbiamo brevemente riprendere il discorso circa i recipienti rispetto al contenuto (sia vino, sia *penus*), per quelli cioè che, come abbiamo visto, seguono le sorti del contenuto. Finché con Proculo si parla di legato del '*vinum cum vasis*' (D. 33.6.15.pr.), si ha il rapporto di accessorietà suindicato. Ma quando si arriva alla soluzione data da Celso e Ulpiano in D. 33.6.3.1, e ribadita per i *vasa penuaria* e la *penus* in Ulp. D. 33.9.3.11 e in Paul. D. 33.9.4.pr., allora, come abbiamo detto, si può parlare di «pertinenza».

Si vuole da taluno³⁴² mantenere anche qui il concetto di «cosa accessoria», nel senso indicato, anziché quello di «pertinenza»; ma a noi pare che, se anche ai limiti si può trattare di semplici sfumature, ne risulti pur sempre una differenza fondamentale.

I giureconsulti fanno qui precisamente leva su quella destinazione, su quei normali usi del commercio, su cui appunto poggia il concetto della «pertinenza», e l'effetto è precisamente quello della «pertinenza».

Ciò che sembrerebbe qui ripugnare è il parlare di '*pars*'; e questa ripugnanza è bene espressa in quel brano interpolato in D. 33.6.3.1, che in certa guisa parrebbe voler mantenere la visione nella interpretazione e nel rapporto di accessorietà fra le disposizioni. E si può notare che già gli stessi

³⁴¹ Cfr. per esempio il diverso valore dell'espressione '*ancilla cum natis*' rispetto al '*servus cum peculio*' e al '*fundus cum instrumento*' in D. 33.8.3.

³⁴² Cfr. GÖPPERT, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, cit., p. 72 ss.

giureconsulti amano qui parlare di *'accessio'* anziché di *'pars'*; significativo parrebbe Paul D. 33.9.4.pr.:

Nam quod liquidae materiae sit, quia per se esse non potest, rapit secum in accessionis locum id, sine quo esse non potest. vasa autem accessio legatae penus, non legata sunt: denique penu consumpta vasa non debentur. sed et si penum cum vasis specialiter sit legatum, vasa non debebuntur vel consumpta penu vel adempta.

Orbene, *'accedere'* e *'accessio'* è termine generico, che indica una posizione di accessorietà in rapporto a fenomeni diversi; si usa sia per l'accessione in senso stretto, nel momento in cui due cose si congiungono in modo da formare un tutto di cui la cosa congiunta è *'pars'*, sia anche per le pertinenze (D. 19.1.18.1), sia per l'accessorietà nei confronti del negozio, che abbiamo testé considerato.

Ma qui noi non abbiamo soltanto il nome di *'accessio'*, bensì anche l'effetto delle cose accessorie, in quell'ultimo significato, che si rivela anche nel caso di legato della *'penu cum vasis'*, ove *'consumpta'* o *'adempta'* la *penu* il legato vien meno per i vasi. E appunto si vuol vedere qui una differenza di regime fra quelle cose che vengono dette *'partes'* o *'quasi partes'*, senza esserlo in senso stretto, e questi *vasa* che sarebbero *'accessiones'*; per quelle, distrutta la cosa, la disposizione o l'obbligazione rimarrebbe per il residuo³⁴³.

Noi non neghiamo che possano esservi a questo proposito sfumature. Ma ci pare che non venga menomata l'unità del concetto che ne risulta; tale unità è data da un rapporto di destinazione e dipendenza economica tale che, nella valutazione comune, nel comune commercio, fa sì che una cosa venga coinvolta coll'altra; salvo contraria disposizione essa si intende compresa negli atti di disposizione che hanno per oggetto la seconda. Ora, se questa comprensione, in rapporto a questo effetto limitato, può far parlare di *'pars'* o *'portio'* come abbiamo visto, vi sono dei casi in cui, anziché questa visione affine alla *'pars'* si accentua quella dell'*'accessio'*, della comprensione a guisa di accessorio; sono sfumature che importano leggere oscillazioni; ma, se queste possono anche avere diverse conseguenze nella posizione come residuo distrutta la cosa, bisogna procedere con certa cautela, in quanto non è qui facile far nette distinzioni, e possono essere involte nel problema anche le parti.

La distinzione netta è fra il concetto in base al quale si delineano le parti o le pertinenze, e le cose distinte che non sono tali, e per le quali può individuarsi, con riguardo ad un negozio di cui sono entrambe espressamente oggetto, quel rapporto di accessorietà che abbiamo visto.

Si noti ancora che in D. 33.9.4.pr. si dice che *'vasa accessio legatae penus non legata sunt'*; mentre invece nel rapporto di accessorietà puramente nei confronti del negozio, la cosa accessoria è oggetto del negozio, è legata; in D. 33.7.1.pr., per l'*instrumentum*, si parla di due legati; in D. 33.8.1 si parla di *'legatum etiam peculii exstingui'* e in D. 33.8.3 vi si contrappone il caso in cui *'duo legata sunt separata'*; nello stesso D. 33.9.4.pr. si soggiunge che il rapporto di accessorietà si conserva e si esplica anche se *'penum cum vasis specialiter sit legatum'*. Il rapporto dei *vasa* rispetto alla *penu*, prima enunciato, è dunque diverso; è precisamente quel rapporto che noi indichiamo col termine pertinenza.

Che poi, per particolari effetti, nel regime delle parti o delle pertinenze possano riscontrarsi rapporti di parità o di accessorietà, che in quest'ultima ipotesi anche nel caso di espressa menzione nel negozio si producano gli effetti dell'accessorietà, che quindi sul terreno concreto ci possa essere un incontro fra i due punti di vista; che possa anche farsi dell'accessorietà rispetto al negozio un concetto più generico, che (oltreché cose distinte che sono espressamente oggetto del negozio) può anche involgere talune parti o pertinenze, non menoma l'individuazione che abbiamo fatto dei diversi concetti.

78. Non è qui il luogo per soffermarci a considerare gli sviluppi e l'elaborazione del concetto delle «pertinenze» nel diritto intermedio, né il problema per i diritti moderni. Il concetto e i problemi re-

³⁴³) Cfr. GÖPPERT, *op. ult. cit.*, p. 79.

lativi hanno avuto certo uno sviluppo che esorbita da quello che noi possiamo riscontrare nel diritto romano ³⁴⁴.

Né ci soffermeremo a seguire le varie determinazioni dei concetti di «parte» e di «pertinenza» negli interpreti e nei pandettisti.

Ci basta il quadro che abbiamo dato per diritto romano; quadro che va mantenuto nella elasticità degli elementi che vi concorrono: da un lato una impostazione generale che fa capo ad una enunciazione scientifico filosofica della teoria dei *'corpora'* ³⁴⁵; dall'altro lato il vivo intrecciarsi di problemi giuridici concreti (nelle impostazioni più generali, e nelle loro sfumature particolari), che lasciano però scorgere i punti di orientamento in concetti generali desunti dalla valutazione economico sociale.

E in quell'impostazione, attraverso la quale si individua di fronte al concetto di «parte» quello delle «pertinenze», possiamo scorgere anche uno sviluppo storico; i concetti emergono da un'opera di determinazione progressiva. Il modo in cui l'elemento della congiunzione, in un senso più materiale, ci si presenta come punto di partenza e termine di paragone, la definizione dei *'ruta et caesa'* data da Quinto Mucio, che d'altra parte ne fa il concetto negativo dell' *'aedium'* o *'fundi esse'*, la determinazione che fa Alfeno per la nave (a cui Paolo apporta una rettifica nella motivazione relativa al canotto), ci mostra uno sviluppo che prende le mosse da una contrapposizione più semplicistica, fra ciò di cui si dice che è parte, o che è della cosa, e ciò che non lo è. L'opera di determinazione assume però presto una complessità, che postula anche la individuazione di quel particolare rapporto fra le cose, che qualifica le pertinenze.

Valutato il problema fondamentale per il quale pone nella sua concretezza la categoria delle pertinenze, non andremo oltre a ricercare di determinare tutte le eventuali conseguenze del rapporto di dipendenza che essa esprime; vogliamo cioè qui mentenerci aderenti alla impostazione viva che danno i Romani.

Determinati i concetti generali si tratta poi di vedere, rispetto a questi, qual è la posizione precisa dei singoli istituti e problemi di diritto positivo. Ma ciò non può essere trattato che in una trattazione sistematica di tali diversi istituti.

Capitolo X FRUTTI

79. La teoria dei «frutti» ci presenta un succedersi e sovrapporsi di concetti, da quello più aderente al punto di vista naturalistico a quello puramente economico del reddito; il diritto assume in questo senso diverse gradazioni, in cui però, giova subito notarlo, anche l'elemento naturalistico ci appare attraverso la visuale di una valutazione economico-sociale.

L'allargamento della visuale verso il concetto puramente economico di «reddito» fonda la distinzione, divenuta oggi corrente, tra «frutti naturali» e «civili», che involge anche il significato di *'fructus'* nelle fonti romane.

In un senso più ristretto, e più specifico nella teoria delle cose, il nome di *'fructus'* è dato a quelli che appunto si chiamano «frutti naturali», e che importano una distinzione tra cose fruttifere e

³⁴⁴) Cfr. da ultimo G. ANDREOLI, *Le pertinenze*, Padova, 1936.

³⁴⁵) Noi abbiamo esaminato questa teoria nella impostazione stoica che si riflette direttamente nella enunciazione di Pomponio; se e come poi nelle discussioni dei Romani, in rapporto a singoli problemi, si affacciasero ed intrecciassero anche visioni ispirate alla filosofia aristotelica, se e come i vari punti di vista filosofici qualificassero diverse tendenze, come vorrebbe il SOKOLOWSKI (*op. cit.*, p. 111 ss.), è questione su cui non ci siamo potuti trattenerne, in quanto richiederebbe uno studio di singoli problemi positivi.

cose infruttifere. La definizione, anche in questo ambito, non è in tutto facile; ché anzitutto si tratta di segnare confini nella progressione di concetti che troviamo nelle fonti.

Non esamineremo qui le varie dottrine elaborate dagli interpreti e dai romanisti sulle fonti romane, che variamente oscillano tra il punto di vista naturalistico e quello economico³⁴⁶.

Cercheremo di dare la determinazione di ciò che è «frutto» per i Romani.

80. Abbiamo osservato che, anche ove si incontra col concetto naturalistico, il diritto assume il concetto di «frutto» attraverso la visuale della valutazione economico sociale. Una pura e semplice determinazione del «frutto» nel suo rapporto fisico rispetto alla cosa non è possibile; la determinazione del «frutto» va commisurata alla destinazione economica della cosa.

La visuale economica si individua essenzialmente nel concetto di «reddito»; ed anche alla stregua di questa visuale va commisurato quello che rappresenterebbe il più immediato concetto di «frutto», che viene assunto da molti autori, quello dei prodotti organici. La esclusione che sia «frutto» il parto della schiava, la subordinazione alla *summissio* per la qualifica di «frutto» ai nati del gregge, per tacere di altri esempi, rivelano chiaramente il decisivo intervento del criterio economico.

Mentre però da un lato si assurge ad un concetto più ampio di «frutto», sulla base di un concetto puramente economico, dall'altro lato nella teoria delle cose si individua un concetto delimitato di «frutto» che esprime anche un dato rapporto fisico tra le cose.

E un punto di partenza è proprio costituito dal concetto dei prodotti organici del regno vegetale ed animale³⁴⁷; qui si hanno veri e propri prodotti della cosa, nel senso di «parti della cosa» che si formano mediante un processo che si opera in essa, che si staccano, o sono destinate ad essere staccate, senza ledere l'integrità della cosa, che nella loro configurazione normale comportano una riproducibilità. La visione come «frutto» importa la commisurazione alla prospettiva economica della destinazione della cosa e del concetto di «reddito». In ogni modo però questa visuale economica inquadra una situazione obbiettiva nei rapporti tra «frutto» e «cosa madre», nei riguardi della teoria delle «cose», che influisce sull'opera di determinazione dei giureconsulti.

Quando si parla di «frutti pendenti» e si rileva, come una constatazione, che sono '*pars fundi*' (Gai. D. 6.1.44), quando a proposito delle cave si enuncia il criterio della riproducibilità, quando si parla della produzione dei frutti³⁴⁸, si ha presente quel punto di partenza che è dato dalle produzioni organiche, coi caratteri relativi.

Senonché il rapporto che qui si riscontra, di una parte che si stacca, o viene staccata, dalla cosa e la cui somministrazione risponde alla destinazione economica di questa, prospettato attraverso la visuale economica del reddito, porta ad estendere il concetto di «frutto» al di là dei prodotti organici in senso stretto. Già nel campo vegetale e animale vi sono degli esempi per cui il concetto di «prodotto organico» può apparire un po' forzato, in cui in ogni modo il momento economico ha una parte più rilevante e decisiva. Noi troviamo poi applicato il concetto di «frutto» nel campo delle miniere, sia pure attraverso delle oscillazioni che esamineremo; sembra qui anche superata per un verso la conservazione della integrità della cosa, per altro verso la visione della riproducibilità. Rimane il rapporto della «parte staccata», conforme alla destinazione della cosa, valutata attraverso la visione economica del concetto di «reddito».

Passiamo così già assurgere ad un concetto di «frutto della cosa» che associ al concetto economico la valutazione di un rapporto tra le cose, prendendo la definizione che il Bonfante ha derivato dallo Scialoja: «frutti sono le parti staccate della cosa che negli usi sociali si considerano come il

³⁴⁶ Si vedano per tutti: GÖPPERT, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, cit.; PETRAZYCKI, *Die Lehre von Einkommen*, cit.; SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, cit., p. 443 ss.; SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 93 ss.; BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 154 ss. [= p. 183 ss.]; SEGRÈ, *Corso 1926-1927*, cit., p. 133 ss.

³⁴⁷ E l'incontro col concetto naturalistico si ha precisamente nel regno vegetale, che ispira le immagini che stanno a base di alcune determinazioni relative ai frutti.

³⁴⁸ Si veda *infra*, § 82.

reddito della medesima».

E dal coordinamento dei due punti di vista riceve anche il suo particolare significato per un verso il richiamo che qui si fa al concetto economico di «reddito», per altro verso il rapporto colla conservazione della «cosa madre».

Il concetto qui enunciato trova riscontro anche nelle fonti, particolarmente nella enunciazione contenuta in D. 50.16.77:

‘Frugem’ (*fuit*: ‘fructum’ ?) pro re ditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Iulianus scribit ...

Vediamo ora la determinazione specifica, che fanno i Romani in rapporto a questo concetto.

81. Già nel regno vegetale il concetto di «frutto» eccede quello naturalistico, in quanto frutti possono essere i fiori, le foglie, i rami, le stesse piante (come avviene ad esempio nei cereali, negli erbaggi etc.).

E’ evidente anche qui il criterio di valutazione economica, che importa una gradazione dagli esempi più semplici a quelli più delicati, quali i tagli degli alberi *gremiales* o cedui, e dei boschi cedui, cioè che si sogliono tagliare o abbattere come reddito del fondo (D. 7.1.9.7; D. 7.1.10; D. 7.1.48.1; D. 24.3.7.12), le piante di un vivaio (D. 7.1.9.6), gli alberi che vengono a morire e che si debbono sostituire (D. 7.1.18).

Ed anche la valutazione in rapporto alla maturità è commisurata alla stregua di criteri economici sociali (Paul. D. 7.1.48.1; Iav. D. 33.2.42).

Degli animali sono frutti il pelo, la lana, il latte, i nati (Gai. D. 22.1.28; Ulp. D. 7.8.12.2; D. 7.1.68.1).

Per il gregge, come abbiamo visto, la qualità di «frutto» per i nati è subordinata all’avvenuta *summissio*, cioè è limitata a quelli che restano, operata la *summissio*. La pendenza della proprietà dei nati tra usufruttuario e *dominus* prima della *summissio* rivela come questa incida sul concetto di ‘*fructus*’; come riflesso della *summissio* sono frutti del gregge i capi morti o divenuti inutili (cfr. D. 7.1.69).

«Cosa fruttifera» dei prodotti della terra nel diritto romano è la terra, non il seme; per i nati degli animali è la madre.

In rapporto al mondo animale va ancora sottolineato come non fossero frutto i parti della schiava. Se ne è disputato fra i giureconsulti repubblicani nei confronti del *dominus* e dell’usufruttuario; Scevola e Manilio consideravano i nati della schiava frutto e quindi li attribuivano all’usufruttuario; invece Giunio Bruto affermò che essi non si potevano considerare ‘*fructus*’, e quindi appartenevano al proprietario (cfr. Cic., *de fin.* 1.4.12). La sentenza di Bruto prevalse.

Il principio stabilito da Bruto viene ripetuto nelle fonti con diverse motivazioni: ‘*neque enim in fructu hominis homo esse potest*’, dice Ulpiano in D. 7.1.68.pr.; ‘*quia nec temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant*’, dice lo stesso Ulpiano in D. 5.3.27.pr. Nell’ambito di una concezione schiavistica, si afferma qui, attraverso il riconoscimento del carattere umano dello schiavo, la valutazione della destinazione economica di esso, per cui ripugna considerare i nati come il reddito a cui la schiava è destinata.

I bizantini foggiano una più alta motivazione di carattere umanitario, che però logicamente svolta suonerebbe condanna dello stesso istituto della schiavitù: ‘*absurdum enim videbatur hominem in fructu esse cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*’ (D. 22.1.28.1; *Iust. inst.* 2.1.37).

82. Il concetto di «frutto» viene anche applicato al regno minerale, all’escavazione di minerali, alle cave e miniere.

Qui siamo nettamente fuori dai prodotti organici; inoltre abbiamo, almeno normalmente, una progressiva consumazione e diminuzione, senza la riproduzione. Senonché la posizione e il normale carattere di questa consumazione (nella sua entità relativa), che si svolge in un sistematico sfrutta-

mento, fa considerare il materiale che si stacca dal punto di vista del reddito rispetto al capitale, cioè dal punto di vista del frutto; è anche qui si combinano i due elementi della parte staccata e della visione economica come reddito.

La enunciazione generale di questo concetto di «frutto» in rapporto alle *cretifodinae* e *lapidicinae* l'abbiamo vista in D. 50.16.77.

Così, nelle determinazioni concrete fondate sul concetto di «frutto», troviamo affermato in Ulp. D. 7.1.9.2-3 che l'usufruttuario può sfruttare le cave e miniere (cfr. Paul. D. 8.3.6.pr.); e anzi in Ulp. D. 7.1.13.5 gli si concede di aprirne delle nuove in quanto ciò non danneggi l'agricoltura, e, nel diritto giustiniano, anche più in là, in quanto ci sia un aumento di reddito³⁴⁹.

In Ulp. D. 24.3.7.14 nei riguardi della restituzione della dote si considerano «frutto» i proventi delle '*cretifodinae, argenti fodinae vel auri vel cuius alterius materiae vel harenae*' (cfr. Paul. D. 24.3.8.pr.).

E' tutta una determinazione progressiva, attraverso la quale si delinea chiaramente il concetto.

Vi sono però dei testi che per le pietre e i marmi (o almeno per i secondi) sembrano negare la qualifica di frutto, o subordinarla alla riproduzione:

D. 23.3.32 (Pomp. 16 *ad Sab.*): Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quae fructus non essent, sive superficies aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.

D. 23.5.18.pr. (Iav. 6 *ex post. Lab.*): Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat: divortio facto quaeritur, marmor quod caesum neque exportatum esset cuius esset et impensam in lapidicinas factam mulier an vir praestare deberet. Labeo marmor viri esse ait: ceterum viro negat quidquam praestandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset et fundus deterior esset factus. ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deteriore esse, si tales sunt lapidicinae, in quibus lapis crescere possit.

D.24.3.7.13 (Ulp. 31 *ad Sab.*): Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiore fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti et impensa non est si praestanda, quia nec in fructu est marmor: nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.

14: Sed si cretifodinae, argenti fodinae vel auri vel cuius alterius materiae sint vel harenae, utique in fructu habebuntur.

Nel primo testo sembrerebbe negarsi alla pietra ottenuta dalla *lapidicina* il carattere di «frutto»; nel terzo per il marmo lo si subordina alla riproduzione di esso, che si avrebbe in talune cave della Gallia e dell'Asia.

Se anche questa riproducibilità non è da ritenersi una ingenua credenza degli antichi, come affermarono taluni interpreti, egregiamente ribattuti dal Sokolowski³⁵⁰, in ogni modo rappresenta un caso raro, e importerebbe quindi una notevole limitazione alla configurazione dei prodotti delle *lapidicinae* come «frutto».

In rapporto alle *lapidicinae* troveremmo dunque nelle fonti tre soluzioni in contrasto fra di loro; la diretta considerazione come «frutto», la esclusione, la limitazione al caso di riproducibilità.

Ora, va osservato che in D. 24.3.7.13-14 alle *lapidicinae* si contrappongono le '*cretifodinae, argenti fodinae, vel auri vel cuius alterius materiae vel harenae*', che '*utique in fructu habebuntur*'; la diversa valutazione delle cave di marmo e di pietra importerebbe per queste una maggiore identificazione colla struttura e la sostanza del suolo, che non permetterebbe di considerarle dal punto di vista del reddito, salvo il caso di riproduzione.

Le contraddizioni che abbiamo segnalato tra le varie soluzioni date nelle fonti, la struttura alquanto travagliata dei passi surriferiti e le loro intime contraddizioni, rivelano ampiamente l'opera di rimaneggiamento.

³⁴⁹) Cfr. il mio corso su *L'usufrutto*, cit., p. 67 ss. [nonché GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, cit., p. 176 ss.].

³⁵⁰) *Die Philosophie im Privatrecht*, I, p. 455 ss.

Esiteremmo però ad attribuire ai giustinianei ogni limitazione, come fa il Bonfante³⁵¹.

In D. 24.3.7 la contrapposizione tra i §§ 13 e 14 direbbe che le *lapidicinae marmoreae* dovevano avere una particolare considerazione che doveva fare discutere per esse anche la valutazione come 'fructus'. Poiché però la negativa è in contraddizione non solo con altre affermazioni ulpianee ma colla soluzione data nello stesso passo, che il marmo staccato spetta al marito, potremmo pensare che il giureconsulto esponesse dubbi e discussioni fra giureconsulti, che cioè la limitazione fosse stata ventilata nella giurisprudenza; che però Ulpiano accogliesse la soluzione contraria, che doveva essere prevalente.

Non ci soffermeremo qui sul problema relativo alle spese, che ritorna anche in D. 23.5.18.pr., dove l'elemento della riproducibilità è richiamato solo a proposito del problema se si sia o meno reso deterioro il fondo, dove però esso è pure male inserito così che viene cancellato dal Bonfante.

In D. 23.3.32 crederemmo col Bonfante che la menzione delle *lapidicinae* (cioè il brano '... ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel ...') sia spurio, ma penseremmo che potrebbe trattarsi tanto di un'interpolazione quanto di un glossema.

I giustinianei in ogni modo, hanno dato risalto alla rilevanza della riproducibilità, e, come risultato del rimaneggiamento di due testi, hanno negato il carattere di «frutto» al marmo, od alla pietra in genere estratta da una cava, salvo che nel caso di riproducibilità. Ma per valutare nel giusto valore questo risultato esegetico bisogna ricordare che d'altra parte i giustinianei in un passo che riguardava anche le *lapidicinae* hanno esteso la facoltà dell'usufruttuario di istituire delle nuove, in quanto ciò accresca il reddito (D. 7.1.13.5). I due ordini di alterazioni potrebbero coordinarsi sulla base del richiamo al miglioramento, che si trova anche nei passi surriportati.

Comunque sia delle particolarità relative alle cave di marmo e pietra, in genere l'estrazione di minerali viene considerata dal punto di vista del «frutto».

83. Con le varie determinazioni che abbiamo esaminato si delinea e si concreta quel concetto unitario del «frutto» (in rapporto alla teoria delle «cose») che suolsi chiamare dei «frutti naturali», secondo la definizione che è accolta anche nel nostro codice civile (art. 444, 2° comma, cod. civ. 1865; art. 11, 1° comma, del libro della proprietà del nuovo codice civile).

Il concetto di «reddito», che sta a base della individuazione dei frutti, porta ad un concetto più lato di «frutto», che pone, accanto a quelli che chiamiamo «frutti naturali», i cd. «frutti civili». Rientrano in questa categoria i corrispettivi per la concessione del godimento di una cosa ad altri: le rendite che dà l'impiego di un capitale, i fitti, noli, interessi, etc. E i Romani parlano spesso di 'fructus', o dicono che tali compensi sono 'in fructu' o 'pro fructibus habentur'. Fu osservato che la connessione coi frutti in senso proprio dovette apparire evidente agli antichi là dove il corrispettivo era dato per il godimento di una cosa fruttifera, come per esempio nella locazione dei fondi rustici. Ma il concetto di «frutto» in questo senso viene esteso a tutte le cose, anche naturalmente infruttifere³⁵².

La base unitaria sta nel concetto economico di «reddito», che può giustificare un parallelo anche riguardo al diritto, dove vengono appunto in considerazione i proventi della cosa. Se nella determinazione dell'*uti frui* che forma il contenuto dell'usufrutto il concetto lato di «frutto» può fornire solo un punto di riferimento generale, che però si traduce in distinti problemi giuridici concreti, dove invece si tratta di una valutazione per una restituzione, o nel senso che non vanno restituiti i frutti (come nella restituzione della dote) o nel senso della restituzione (come in rapporto alla *rei vindicatio*), il parallelo è più diretto (cfr. per esempio D. 6.1.62.pr.; D. 6.1.64; D. 22.1.19.pr.).

La valutazione per la restituzione porta a valutare dal punto di vista del 'fructus', in senso lato, il compenso che si deve, oltre la *res* o il valore della *res*, per la sottrazione del godimento di questa, e così si parla persino di 'fructus servitutis' nella confessoria o nella negatoria della servitù³⁵³ con ri-

³⁵¹) Corso, II.1, cit., p. 165 ss. [= p. 194 ss.].

³⁵²) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 167.

³⁵³) Usiamo per brevità una terminologia giustiniana delle azioni *de servitutibus*.

guardo al *'quanti interest'* (D. 8.5.4.2; D. 8.5.6.6; cfr. però D. 22.1.19.1).

E in un senso latissimo troviamo detto che è *'fructus rei'* l'essere lecito darla a pegno (Iav. - Lab., D. 22.1.49 = D. 50.17.72); ciò significa soltanto che può essere questo uno dei modi di sfruttamento economico della cosa.

Ma è evidente che da questi vari punti di vista non possiamo trarre un concetto di «frutto» che rientri direttamente nella teoria delle cose; anche dove ci poniamo con riferimento alla cosa ed al reddito che da essa ci si procura, assumendo i cd. «frutti civili» in un senso proprio, la unificazione poggia soprattutto sulla visuale di una funzione economica. Nei cd. «frutti civili» non c'è una derivazione dalla cosa, ma una connessione fra un acquisto e la concessione del godimento della cosa, che investe i negozi ed i rapporti giuridici attraverso i quali ciò si attua.

Ed i Romani, come abbiamo detto, spesso, anziché parlare di *'fructus'* dicono che sono *'loco fructum'*, *'pro fructibus'*, *'in fructu'*, che *'vicem fructuum optinent'* (cfr. D. 5.3.29; D. 22.1.19.pr.; D. 22.1.34 e 36).

In D. 50.16.121 (Pomp. 6 ad *Q. Muc.*) troviamo addirittura una contrapposizione: *'usura pecuniarum, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione'*. Sulle illazioni che il passo può permettere è però lecito qualche dubbio.

84. Nella progressione del concetto dei «frutti», dai «frutti naturali» ai «frutti civili», per il tramite del concetto economico di «reddito», occupa una posizione disputata il provento della caccia.

La caccia rientra nell'acquisto delle *res nullius* per occupazione, ed anche l'animale preso nel fondo altrui è acquistato dal cacciatore (cfr. Gai. D. 41.1.3.1; D. 41.1.5.3; *Iust. inst.* 2.1.12 e 14). Si dice però che il *dominus* può vietare l'ingresso nel suo fondo per la caccia (*'qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingredatur'* [D. 41.1.3.1]); se nonché (sebbene ciò sia stato da taluno sostenuto) non pare che la violazione del divieto importasse che l'animale non si acquistasse al cacciatore ma spettasse al *dominus*; altri mezzi di sanzione spettavano al *dominus* per la violazione della proprietà.

Ma vi sono dei testi in cui i proventi della caccia sono posti tra i frutti, quando il fondo è particolarmente destinato alla caccia.

D. 22.1.26 (Iul. 6 ex *Min.*): Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

D. 7.1.9.5 (Ulp. 17 ad *Sab.*): Aucupiorum quoque et venationum redditum Cassius ait libro octavo iuris civilis ad fructuarium pertinere: ergo et piscationum³⁵⁴.

D. 7.1.62.pr. (Tryph. 7 *disp.*): Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur: nec aprum aut cervum quem ceperit proprium domini capit, sed fructus aut iure aut gentium suos facit³⁵⁵.

Se in un fondo ci sono delle *venationes*, si afferma *'venatores quoque et vestigatores et canes et cetera quae ad venationem sunt necessaria instrumento contineri, maxime si ager et ex hoc redditum habuit'* (D. 33.7.12.12); e così per l'*aucupium*, la caccia dei volatili, ai dice che *'et si ab aucupio reditus fuit, aucupes et plagae et huius rei instrumentum agri instrumento continebitur'* (D. 33.7.12.13; cfr. D. 33.7.22.pr. = *Paul. sent.* 3.6.45).

Si è voluto vedere, in questa affermazione, che i proventi della caccia sono *'fructus'*, la prova che la riserva di caccia escludeva l'acquisto del cacciatore che avesse cacciato contro la volontà del *dominus* e da taluno si è sospettato, sia pure dubitativamente, che ciò sia il frutto di alterazioni giustiniane³⁵⁶.

Ma non crediamo che l'innocuo *'si is providerit'*, che torna nei testi in cui si afferma che il *domi-*

³⁵⁴ Cfr. *Paul. sent.* 3.6.22

³⁵⁵ Così il manoscritto della Fiorentina: Mommsen sulla scorta dei Basilici corregge: *'sed aut fructus iure aut gentium suos facit'*; Scialoja: *'sed fructuarium iure gentium suos facit'*.

³⁵⁶ BONFANTE, *Corso*, II.2, cit., p. 58 ss. [= p. 78 ss.].

nus può vietare al terzo l'ingresso per la caccia, appoggi questa tesi (cfr. soprattutto *Iust. inst.* 2.1.14); l'acquisto da parte del cacciatore non ci pare possa essere negato ³⁵⁷.

Che però vi siano dei fondi particolarmente destinati alla caccia, che il *dominus* possa escluderne i terzi (colle sanzioni che ciò importa contro le lesioni della proprietà), fa sì che allora la caccia rappresenti lo sfruttamento del fondo, che importi un reddito di esso. Si parla di '*fructum fundi ex venatione constare*' (come in D. 8.3.4 si parla di '*praedii fructum maxime in pecore consistere*'), di '*reditus aucupiorum et venationum*', di '*reditus ab aucupio*', di '*quaestum fundi ex maxima arte in venationibus consistere*'. Sono acquisti che si ottengono colla caccia nel fondo e ne costituiscono il provento; in quanto la caccia rappresenta qui la destinazione e utilizzazione del fondo, tali acquisti possono essere considerati come reddito di esso. E dire che anche questo reddito spetta all'usufruttuario, cioè è riservato a lui, ha un significato ³⁵⁸.

Fin qui restiamo nel concetto di '*fructus*' come «reddito». Ma D. 7.1.62.pr. fa la questione dell'acquisto, e, secondo la ricostruzione del Mommsen, fondata sui Basilici, direbbe che l'usufruttuario fa suoi gli animali presi a caccia '*aut fructus iure aut gentium*'. Senonché la lettera è dubbia, e il testo attuale potrebbe derivare da un rimaneggiamento del passo, come pensa il Bonfante. In ogni modo, il passo non dice molto; il cinghiale o il cervo presi dall'usufruttuario non si considerano appartenere al *dominus* ma l'usufruttuario li fa suoi o in virtù del suo diritto di usufrutto o in virtù del principio di *ius gentium* relativo alla caccia; il primo importa un '*a fortiori*' rispetto al secondo.

Qual è la posizione di questo provento della caccia rispetto ai diversi concetti dei frutti? La posizione di «frutto» come reddito è chiara.

Ma, se da un lato manca qui il rapporto fisico della parte staccata dalla cosa, che abbiamo visto per i frutti naturali in senso proprio, d'altra parte si hanno cose che si trovano sul fondo e si ottengono direttamente dall'utilizzazione del fondo secondo la sua destinazione, appunto come ottenute direttamente dal fondo.

E' ciò che sembrerebbe fare di questi frutti una zona grigia, di transizione tra i «frutti naturali» e i «frutti civili». Ma è evidente la differenziazione rispetto alla posizione dei «frutti naturali», ed ai problemi specifici che questi presentano; l'assimilazione è dal punto di vista più lato del concetto di «reddito», che porta al concetto dei «frutti civili»; la posizione del fondo è puramente strumentale all'attività per procurarsi quegli acquisti ³⁵⁹.

Analogo discorso va fatto per la pesca (D. 41.1.1.1; D. 41.2.3.14; D. 47.10.13.7; D. 7.1.9.5).

85. Quell'immagine che sotto certi aspetti fa valutare le '*operae*', servizi, attività di lavoro (misurata normalmente in giornate di lavoro), parallelamente alle *res*, per cui si parla di '*dare operas*' nell'obbligazione relativa, spiega il concetto che si afferma in alcuni passi, che le *operae* dei servi si considerano frutti dei servi (cfr. D. 7.7.3-4). Ma la considerazione che l'usuario utilizza le opere del servo (anche a parte l'affermazione di Terenzio Clemente che legate le opere del servo si intende legato l'uso: D. 7.7.5), mostra che il parallelo non può essere svolto. Siamo fuori dal campo delle *res*, ed operano i concetti dell'utilizzazione della cosa e del reddito.

86. Considerando ora i «frutti naturali», nel significato che abbiamo stabilito, si scorge come un momento determinante sia dato dalla separazione di essi dalla cosa madre. Fino alla separazione i frutti sono parte della cosa. Lo troviamo espressamente affermato per i fondi; e l'affermazione esplicita ha riguardo al punto di partenza, a quei frutti che sono più propriamente prodotti della cosa, ai prodotti organici; abbiamo detto come poi il concetto di «parte staccata della cosa» possa essere assunto ad individuare il rapporto fisico colla cosa, possa cioè essere assunto per una definizione.

³⁵⁷) Si veda per tutti SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., II, p. 37 ss.

³⁵⁸) Si confronti anche il problema relativo alle *ferae* che vengono a cadere nel vivaio, in D. 7.1.62.1.

³⁵⁹) Cfr. per tutti SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 96 s.

Colla separazione il frutto acquista individualità di cosa a sé. Prima della separazione, ove la sua formazione implica un processo di produzione che si scorge nella cosa, e con riguardo alla destinazione ad essere staccato, si suole anche parlare di «frutto» (con immagine tratta dal mondo vegetale si parla di *fructus pendentes*); ma propriamente questi frutti vengono in considerazione (e sono assunti nei negozi giuridici) come cose future (cfr. D. 18.1.8.pr.; D. 20.1.15.pr.). Prima della separazione si tratta puramente di parti della cosa, che non hanno quindi una propria individualità, e si comportano come le parti delle cose semplici.

Avvenuta la separazione il frutto, come cosa a sé, è oggetto di rapporti giuridici distinti. E si pone quindi il problema a chi appartengono i frutti. L'acquisto originario dei frutti si determina in base al rapporto reale sulla cosa fruttifera; il proprietario, l'enfiteuta, e anche il possessore di buona fede, acquistano i frutti in virtù della separazione; l'usufruttuario nel diritto romano solo mediante la percezione³⁶⁰.

La dottrina dei «frutti», con maggiori o minori paralleli entro la categoria più ampia nel senso del reddito, ha pure rilevanza giuridica nella *rei vindicatio*, nella *hereditatis petitio*, nella dote e nella restituzione di questa, nelle azioni personali dirette alla restituzione della proprietà delle cose, nelle azioni dirette al trasferimento della proprietà di cose.

Con riguardo ai frutti naturali si presentano poi le particolari regole circa la trasmissione del carattere di furtivo dalla cosa madre al frutto.

Tutti questi problemi trovano la loro sede adeguata nella trattazione dei vari istituti.

Capitolo XI VICENDE DELLE COSE

87. Il mondo della realtà sensibile è soggetto a molteplici variazioni nelle quali si individuano diverse vicende delle cose. In rapporto ai criteri in base ai quali si individua la cosa, si può dire che in queste vicende le cose nascono, mutano, periscono; protagoniste delle vicende possono essere più cose, che possono unirsi in una, mentre d'altra parte da una possono staccarsene più, o che possono assumere certe relazioni o posizioni o qualifiche rilevanti; si possono considerare per esempio congiunzioni, mescolanze, separazioni, che possono essere valutate per vari aspetti. Nella valutazione delle diverse vicende può influire la causa, per esempio che sia o meno un fatto dell'uomo.

Il diritto valuta e assume queste vicende per gli effetti che producono sui rapporti giuridici, come sull'efficacia dei negozi giuridici, concernenti la cosa. Ed i Romani, conformemente al loro metodo, procedono con riguardo alla struttura dei singoli rapporti ed alle singole vicende delle cose.

Noi potremo classificare le varie vicende usando schemi più o meno generali e da punti di vista diversi; ma per mantenere il quadro aderente alla determinazione che ci danno i Romani, occorre tener vivo il contatto colle diverse prospettive dei diversi problemi giuridici.

Con riguardo alla individuazione della cosa, potremmo richiamarci alla tripartizione accennata: nascita, estinzione, mutamenti (abbracciando in questa espressione, in senso lato, le varie vicende che possono prodursi durante l'esistenza della cosa); e distinguendo poi secondo le cause.

Ma i diversi problemi dell' *'alia res'*, della *'nova res'*, dove ciò viene in considerazione, dell'assorbimento in un'altra cosa, della separazione, della *rei mutatio* nel significato specifico in cui ciò si assume per esempio nell'usufrutto, del perimento in un senso stretto, del rifacimento, e così via, sono altrettanti problemi concreti che hanno una loro fisionomia e sfuggono dai contorni degli sche-

³⁶⁰) Contro la dottrina corrente, L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali da parte del possessore di buona fede*, in «BIDR.», XLV, 1938, p. 191 ss., vorrebbe che nel diritto classico anche il possessore di buona fede acquistasse i frutti solo con la *perceptio*.

mi generali ³⁶¹.

Si avrà per esempio una cosa nuova colla separazione da una cosa semplice, che potrà presentarsi come divisione in più cose, omogenee o meno, distinte, o come separazione di una cosa distinta da quella che resta, sia pur diminuita, la medesima cosa (nella separazione della parte congiunta della cosa composta abbiamo detto che quella resta la cosa che era prima della congiunzione). Ma è chiara la diversa portata tra la considerazione di questo semplice fatto in sé, che non muta la titolarità dei rapporti reali (salvo che la diversa configurazione influisce in rapporto al loro contenuto, come per esempio nell'usufrutto, o muti la qualifica della cosa nei loro riguardi, come si ha nel caso dell'albero o delle pietre di confine staccati dal fondo ³⁶²), e la particolare configurazione di una specifica destinazione alla separazione come cosa nuova, che si ha nei frutti (per cui alla separazione opera uno speciale modo di acquisto della proprietà), o nel parto della schiava, sebbene non sia frutto.

Il problema della 'res nova' si prospetta anche in quella che più specificamente si presenta come trasformazione della cosa. La cosa cioè pur trasformandosi potrà apparire sempre la stessa; potrà invece dar luogo ad un'altra res, dimodoché allora si dovrebbe vedere un'estinzione di una cosa e la nascita di un'altra. E qui operano anzitutto i rapporti tra la *materia et substantia* e la *species*, cioè la forma. E' quest'ultima decisiva per la individuazione della res?

E' il problema dibattuto per la specificazione; le due teorie danno la prevalenza all'uno o all'altro dei due elementi; la teoria eclettica cerca di differenziare a seconda del maggiore o minor persistere del primo. Nelle diverse impostazioni sembrano anche riflettersi le diverse concezioni della filosofia aristotelica, tutta rivolta all' εἶδος, alla forma, e della filosofia stoica, più materialistica ³⁶³.

Per chi ammette l'acquisto della proprietà, qui ciò che ha risalto è il creare la nuova *species*, che prima non esisteva (cfr. D. 41.1.7.7). Si scorge come sia questo un problema specifico nell'ambito della trasformazione della cosa; si valuta la trasformazione in una sua data manifestazione, pel suo risultato positivo, e se ne valuta la causa, l'opera dell'uomo.

Per altri effetti la trasformazione si valuta soprattutto dal lato negativo, della cosa che cessa di esistere per la trasformazione in un'altra; e qui secondo le visuali e gli elementi attraverso i quali vi si riflette l'individualità della cosa, si ha una più larga o più ristretta valutazione della trasformazione.

Da un punto di vista più generale poi in talune ipotesi si scorge puramente il lato negativo, il venir meno di una cosa; ed allora si individua un concetto più ristretto e proprio di perimento della cosa, di distruzione di essa, senza che ciò sia in funzione della nascita di una cosa nuova (si potrà parlare di residui). La cosa scomposta nei suoi elementi costitutivi, il fondo invaso dal fiume pubblico si considerano come periti. Può presentarsi qui il problema della rinascita, se cioè di abbia di nuovo la stessa cosa; e qui sembra che diverse tendenze di carattere generale avessero i giustiniani e i Romani. Talvolta per determinare l'estinzione, e quindi agli effetti della valutazione della ricostruzione come *alia res* o come la stessa res, può rilevare lo scopo della scomposizione; lo vediamo affermato per esempio per la ricostruzione della nave in rapporto all'identità della cosa dovuta (cfr. D. 45.1.83.5; D. 46.3.38.8; D. 7.4.10.7).

La semplice *refectio per partes* non importa trasformazione della cosa, che rimane sempre la stessa (cfr. D. 30.24.4; D. 30.65.2; D. 5.1.76).

Ma è chiaro come la qualifica di questi fenomeni, sotto l'aspetto del perimento o del mutamento di una cosa o della nascita di una cosa nuova, sia relativa; essa viene assunta con riferimento specifico a date visuali giuridiche.

Particolarmente rilevanti sono quelle vicende che determinano incrementi di una cosa mediante aggiunzioni. Si suole riunire insieme una serie di casi qualificati come di accessione di una co-

³⁶¹) Cfr. da ultimo C. RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, Torino, 1936. Critiche da un punto di vista astratto, anche su questi problemi, si trovano in MAIORCA, *La cosa in senso giuridico*, cit., p. 157 ss.

³⁶²) Si veda *supra*, § 47.

³⁶³) Cfr. SOKOLOWSKI, *op. cit.*, p. 69 ss.

sa all'altra. Ma dare una definizione unitaria di questa è impossibile; si tratta piuttosto di un avvicinamento di casi diversi sotto il profilo dell'analogia dell'effetto giuridico (anche questa però in senso molto generico) che non di un fenomeno unitario riguardo alle vicende delle *res*³⁶⁴.

Se grosso modo si può dire che la proprietà di una cosa ne assorbe un'altra, ciò ha in concreto una diversa configurazione giuridica nei diversi casi, e differenziate sono le vicende della cosa. Netamente distinti sono l'alveo derelitto e l'*insula in flumine nata*; qui abbiamo il nascere di una cosa ('*velut proprius fundus*': cfr. D. 7.1.9.4), che, secondo Uliano D. 43.12.1.7, ove sia compresa fra *agri limitati* sarebbe *nullius*, oggetto di occupazione, mentre trattandosi di *agri arcifinii* viene investita dall'espansione della proprietà dei fondi rivieraschi vicini. Nelle altre ipotesi invece abbiamo l'assorbimento di una cosa da parte di un'altra, che per la prima può essere presentato dal punto di vista di una estinzione, mentre per la seconda si ha un incremento. Ma anche ciò va inteso in senso molto generico, e si attua diversamente nei diversi casi: e già abbiamo visto come diversi possano essere gli effetti giuridici. Valutiamo i criteri in base ai quali si determina la cosa principale a cui l'altra accede. Consideriamo l'attrazione dell'edificio da parte del suolo, senza che peraltro l'edificio sia assorbito nell'area, ché anzi l'area diventa parte dell'edificio (nel quale per altro verso sono assorbiti i materiali nel modo che abbiamo visto), e poniamo di fronte i casi in cui l'individualità della cosa accessoria viene assorbita nell'individualità della principale, che s'intende sussistere, sia pure con un incremento; consideriamo però come da questo punto di vista si presentino varie gradazioni. Valutiamo la distinzione che si pone con riguardo alla distinzione delle cose che riaultano, in semplici e composte; già abbiamo detto come si potrebbe valutare direttamente la vicenda della congiunzione, distinguendo sia in rapporto al modo in cui si attua ed al risultato, sia secondo la separabilità o meno, sia secondo la causa che l'ha determinata, sia secondo che si tratti di un aumento di un immobile in estensione. Tutti elementi che rilevano per gli effetti giuridici. Teniamo presente come i Romani considerino distintamente *alluvio*, *avulsio*, *satio*, *implantatio*, *inaedificatio*, *scriptura*, *pictura*, congiunzione di cose mobili in modo da formare una cosa semplice o composta (con varie individuazioni). La trattazione importa avvicinamenti e paralleli, e si hanno anche delle impostazioni sistematiche. Come abbiamo visto, si incontrano anche schemi più generali, come per esempio la accennata distinzione dei *corpora*; ma talora ne è dubbia la estensione, e le singole vicende vengono valutate nella loro individualità. La figura dell'incremento di una cosa, e dell'estinzione di un'altra, si presenta in questi vari casi con atteggiamenti diversi che possono importare una definitiva scomparsa od una semplice quiescenza dell'individualità della cosa congiunta, o determinano diversi effetti.

Come vicenda distinta si pone la mescolanza di cose, in cui si distingue, secondo che avvenga tra solidi e liquidi, secondo che le cose mescolate restino o meno individuate, secondo che possano o meno separarsi, secondo l'autore della mescolanza.

E problemi che interferiscono con la mescolanza pone la congiunzione ove non vi sia la prevalenza di una cosa che dia l'individualità o detti il regime giuridico al tutto.

Ed è chiara l'interferenza fra questi problemi della congiunzione e della mescolanza e quello della trasformazione in una cosa nuova.

In rapporto al contenuto dell'usufrutto modellato sulla forma esteriore e la destinazione economica della cosa, si pone un concetto di '*rei mutatio*', che estingue l'usufrutto, elaborato attraverso ampia casistica.

I mutamenti nella cosa possono poi essere valutati dal punto di vista del risultato circa il valore, il reddito, le utilità della cosa; si può cioè valutare il miglioramento o il deterioramento.

Bastano gli esempi che abbiamo adottati per mostrare la relatività e la molteplicità che domina la valutazione delle vicende delle cose, la varietà dei punti di vista da cui queste vengono considerate, la molteplicità degli elementi che in esse possono assumere risalto in modo da giustificare distinzioni. Anche qui si tratta di una realtà che il diritto assume come presupposta, valutata attraverso criteri economico sociali, a cui si adegua la soluzione giuridica. Ed emergono anche taluni problemi

³⁶⁴) RODDI, *op. cit.*, p. 15 ss.

e punti di riferimento generali, in rapporto ai concetti generali circa la individualità della cosa, la sua formazione, le sue qualifiche e le sue relazioni. Vi si possono incontrare anche concezioni filosofiche, come per esempio quelle circa la portata e i rapporti della materia e della forma. Ma tutto ciò va commisurato alla molteplicità e varietà di ipotesi, ed alla molteplicità e varietà delle visuali che importano i diversi istituti e problemi giuridici che vi si riconnettono. E una trattazione per diritto romano richiederebbe un esame sistematico di questi.

Indice delle fonti

CODEX THEODOSIANUS		2.6	22.
7.1.13	48.	2.7	22; 39; 40 nt. 111; 74.
9.17.4	28.	2.7 a	19.
9.17.4.pr.	22.	2.8	28.
9.17.5	22; 28.	2.9	16; 17; 17 nt. 31; 18.
15.2.4	56 nt. 176.	2.10	16; 29.
15.2.7	56 nt. 176.	2.11	16; 17; 40 nt. 111.
		2.12	11.
		2.12-14	63.
EPITOME GAI		2.13	11.
2.1.1	16 nt. 28; 21.	2.14	11; 14.
		2.14 ss.	63.
		2.14 a	64; 66 nt. 196.
EPITOME ULPANI		2.15	65.
10.11	8.	2.16	67 e nt. 203.
19.1	65; 74.	2.17	64; 65.
19.2 ss.	13; 66.	2.22	66; 68.
19.3	66.	2.25	64.
19.8	70; 71 nt. 219.	2.28 ss.	13.
19.11	13; 15.	2.29	64.
19.11 ss.	66.	2.29 ss.	8.
22.6	20.	2.31	39; 40 nt. 111.
24.9	23.	2.35-37	14.
		2.38	13.
		2.42	71.
GAI INSTITUTIONES		2.45	9.
1.8	7 nt. 5.	2.45-48	9.
1.111	71.	2.48	9.
1.118	8.	2.49	9.
1.120	64.	2.52-55	13.
1.141	8.	2.53	93.
1.168-171	14.	2.54	13; 71.
2.1	15; 17.	2.63	72 nt. 220.
2.2	18.	2.196	81; 94.
2.2 ss.	16.	3.90	80.
2.2-8	17.	3.199	8; 9 nt. 10.
2.3	18.	3.212	102.
2.4	18; 19; 22.	4.17	13; 89; 93; 103; 106; 108 nt. 327.
2.5	19.		

LEX XII TABULARUM (<i>Bruno</i>)		1.8.4.1	30 e nt. 76; 42; 60.
I.4	71 nt. 215.	1.8.5	29; 34 nt. 90; 44.
V.2	67.	1.8.5.pr.	40 e nt. 113.
VI.3	71.	1.8.5.1	33; 34.
VI.8	107; 111.	1.8.6.pr.	33.
X.1	23.	1.8.6.1	39 nt. 109; 40; 63.
		1.8.6.2	17.
		1.8.6.3	19; 21.
		1.8.6.4	22.
		1.8.6.5	23.
PAULI SENTENTIAE		1.8.7	23.
1.21.7	23; 26.	1.8.8	28.
3.6.11	11.	1.8.8.2	28.
3.6.22	124 nt. 354.	1.8.9.4	28.
3.6.45	124.	1.8.9.1	19.
3.6.57	112.	1.8.9.3	28; 29.
5.26.3	27 nt. 68.	1.8.9.4	28.
		1.8.10	31 e nt. 80; 33; 34.
VATICANA FRAGMENTA		2.8.15.pr.	70.
1	67 nt. 200.	3.3.63	70.
5	19.	4.2.20	104.
259	64.	5.1.76	82; 127.
		5.3.25.16	104.
		5.3.27.pr.	121.
		5.3.29	124.
		6.1.1.3	86; 89; 90; 93.
		6.1.2	89; 92; 93.
		6.1.3	93.
		6.1.3.pr.	89; 91.
		6.1.3.1	93.
		6.1.3.2	84.
		6.1.4	84.
		6.1.5.pr.-1	84.
		6.1.6	90.
		6.1.8	75; 77.
		6.1.23.1	20; 23.
		6.1.23.5	83 e nt. 256; 86; 90; 93; 101;
			106.
		6.1.23.6	111.
		6.1.23.7	101; 111.
		6.1.35.3	75.
		6.1.43	22; 27 nt. 66.
		6.1.44	120.
		6.1.56	90; 93; 96.
		6.1.59	111.
		6.1.62 pr.	123.
		6.1.64	123.
		6.23.5	108 nt. 327.
		7.1.9.2-3	122.
		7.1.9.4	128.
		7.1.9.5	124; 125.
		7.1.9.6	121.
		7.1.9.7	114 nt. 337; 121.
		7.1.10	121.
		7.1.13.5	122; 123.
		7.1.15.4	79.
		7.1.15.6	114 nt. 337.
		7.1.18	121.
		7.1.27.3	56 nt. 174.
		7.1.48.1	121.
		7.1.62 pr.	124; 125.
CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS			
1.2.21.pr.-1	22.		
1.2.21.2	22.		
3.34.2	70.		
3.34.4	46; 53.		
3.34.6	46.		
3.34.7	31.		
3.44.2	23.		
3.44.4	23.		
3.44.4.pr.	26.		
3.44.6	26; 46.		
3.44.9	23.		
5.71.16.pr.	74.		
6.37.14	23; 27.		
7.31.1.5	69.		
7.41.1	59.		
8.16.3	23.		
8.53(54).34.2-2b	75.		
9.19.4	22.		
9.19.5	22.		
11.43(42).2	56 nt. 176.		
11.43(42).4	56 e nt. 176.		
11.43(42).5	56 nt. 176.		
11.43(42).9	56 nt. 176.		
12.35.12	48.		
DIGESTA			
1.5.1	7 nt. 5.		
1.5.2	7.		
1.8.1.pr.	16.		
1.8.1.1	11.		
1.8.2	16; 29; 63.		
1.8.2.pr.	29; 30.		
1.8.4	33.		
1.8.4.pr.	33; 35; 41 nt. 113.		

7.1.62.1	125 nt. 358.	11.7.12.pr.	24.
7.1.68 pr.	121.	11.7.34	23 nt. 56.
7.1.68.1	121.	11.7.40	23.
7.1.68.2	86; 100.	11.8.4	26.
7.1.69	98; 121.	12.1.2.1	80.
7.1.70 pr.	98.	12.1.6	80.
7.1.70.1	98 nt. 305.	13.6.5.15	105.
7.1.70.2	98 nt. 305.	17.2.83	76.
7.1.70.3	86; 87; 98.	18.1.5	10; 25.
7.4.10.7	127.	18.1.6.pr.	17; 38; 39.
7.4.10.8	99.	18.1.8 pr.	126.
7.4.11	99.	18.1.22	25.
7.4.31	98.	18.1.23	25.
7.5	79.	18.1.24	26.
7.5.2.1	79.	18.1.34.pr.	117.
7.7.3-4	125.	18.1.34.1	17; 41.
7.7.5	125.	18.1.35.6	102.
7.8.12.2	121.	18.1.60	117.
7.9.9.3	79.	18.1.62.1	25.
8.1.1	64 nt. 193.	18.1.66.2	113.
8.1.8.1	105.	18.1.69	46.
8.1.14.1	23.	18.1.72.1	38; 39.
8.1.14.2	20; 62.	18.1.76.pr.	111.
8.2.1	62.	18.3.6.1	117.
8.2.36	77.	19.1.13.14	111.
8.3.1.1	64.	19.1.13.15	111.
8.3.3.3	47.	19.1.13.31	109; 111.
8.3.4	125.	19.1.15	114.
8.3.6.pr.	122.	19.1.16	114.
8.3.9	46.	19.1.17.pr.	111; 112 nt. 332; 114.
8.3.17	52; 54; 59.	19.1.17.1	114.
8.3.23.1	46.	19.1.17.2	112; 114.
8.4.1	73.	19.1.17.3	111.
8.4.4	23.	19.1.17.4	114.
8.4.6.1	105.	19.1.17.6	113.
8.4.13.pr.	33.	19.1.17.7	110; 115.
8.5.1	23.	19.1.17.7-9	111.
8.5.4.2	124.	19.1.17.9	111.
8.5.6.6	124.	19.1.17.10-11	110; 111.
8.5.20.1	113.	19.1.18.pr.	113.
9.2.13 pr.	11.	19.1.18.pr.-1	113.
10.1.6	46.	19.1.18.1	110; 111; 118.
10.1.19.4	56 nt. 174.	19.1.26	117.
10.3.6.6	22.	19.1.38.2	113.
10.3.19.pr.	76; 76 nt. 233; 77 nt. 234.	19.1.40	70.
10.4.5.2	113.	19.1.41	56 nt. 174.
10.4.7.1	101.	19.1.53.1	26.
11.7.2.1	23.	19.2.48.1	70.
11.7.2.2	23.	20.1.13.pr.	100; 101.
11.7.2.5	23; 27.	20.1.15.pr.	126.
11.7.2.7	22.	20.1.34.pr.	100.
11.7.2.8	22.	20.2.4.1	73.
11.7.2.9	22 nt. 56.	20.3.1.2	17.
11.7.4	22; 22 nt. 52.	21.1.1.1	117.
11.7.6.1	23.	21.1.23.1	117.
11.7.7.pr.	23.	21.1.31.25	117.
11.7.8	23.	21.1.33.1	117.
11.7.8.1	25.	21.1.34.pr.-1	102.
11.7.8.2	23 nt. 57.	21.1.38.14	102.
11.7.10	26.	21.2.36	84; 107; 108 nt. 327.
11.7.11	25.	21.2.44	114.

22.1.19.pr.	123; 124.	33.7.12.23 ss.	111.
22.1.19.1	124.	33.7.12.24	111.
22.1.26	124.	33.7.12.25	111.
22.1.28	121.	33.7.12.43	97.
22.1.28.1	121.	33.7.15.pr.	97.
22.1.34	124.	33.7.19	95; 96.
22.1.36	124.	33.7.20.1	96.
22.1.49	124.	33.7.21	108 nt. 327; 111; 114 nt. 336.
22.5.13	21.	33.7.22.pr.	124.
23.3.32	122; 123.	33.7.28	95.
23.3.42	80.	33.7.29	114.
23.5.18.pr.	122; 123.	33.8.1	118.
23.8.1.3	117.	33.8.1-3	117.
24.3.7	123.	33.8.3	117 nt. 341; 118.
24.3.7.12	121.	33.8.6.1	90; 93.
24.3.7.13	122; 123.	33.9.3.11	116; 117.
24.3.7.13-14	122.	33.9.4.pr.	116; 117; 118.
24.3.7.14	122; 123.	34.2.27.4	97.
24.3.8.pr.	122.	35.1.10	23 nt. 56.
25.2.3.3	78.	35.2.1.7	80.
27.9.1	73.	36.2.28	94.
27.9.5.16	75.	36.4.15	19.
30.21	94.	39.1.1.1	21 nt. 44.
30.22	94; 96 nt. 300; 98.	39.1.1.17	34.
30.24.4	127.	39.1.1.18	33; 34.
30.26.2	75.	39.2.7.pr.	49.
30.30.pr.	80.	39.2.15.2	49.
30.39.5	56 nt. 174.	39.2.24.pr.	31; 31 nt. 78 e 80; 49; 50.
30.39.10	17.	39.2.24.1	50.
30.53.7	22 nt. 53.	39.3.1.22	31.
30.65.2	127.	39.3.8	46; 53.
31.24-25	117.	39.3.10.pr.	53.
31.65.pr.	96.	39.3.10.1	53; 59.
31.65.pr.-1	96.	39.3.10.2	53; 54 nt. 166; 59; 60.
31.65.1	96; 99.	39.3.17.3	21; 62.
32.52.3	115.	39.3.21	46.
32.52.7	115.	39.3.26	56.
32.52.7a	115.	41.1.1.1	125.
32.52.9	114.	41.1.3.1	124.
32.52.53	115.	41.1.5.3	124.
32.79.pr.	96.	41.1.7.5	40; 44; 44 nt. 121.
32.91.1	96.	41.1.7.7	127.
32.91.3	113.	41.1.7.10-11	101.
32.91.4	112.	41.1.7.10-12	111.
32.91.5	112.	41.1.8.1	76; 77.
32.100.3	115.	41.1.12.1	84; 108.
33.2.42	121.	41.1.14	31; 45 nt. 127.
33.6.3.1	70; 115; 116; 117.	41.1.14.pr.	33; 38; 40 nt. 112; 50.
33.6.14	115; 116 nt. 338.	41.1.14.pr.-1	33.
33.6.15	115.	41.1.14.1	33.
33.6.15.pr.	115; 117.	41.1.15	31 nt. 79; 45 nt. 127; 49.
33.7.1	96.	41.1.27	84 nt. 260.
33.7.1.pr.	113; 118.	41.1.27.2	108.
33.7.1.1	90; 93; 116; 117.	41.1.30.1	44.
33.7.2.1	113.	41.1.30.4	33.
33.7.3.pr.	117.	41.1.43.1	13.
33.7.5	116; 117.	41.1.50	31; 33; 34; 36; 55 nt. 173.
33.7.8 ss.	113.	41.1.65.1	31; 44.
33.7.12.12	124.	41.1.65.2	51.
33.7.12.13	114; 124.	41.1.65.4	50.
33.7.12.23	112.	41.2.3.pr.	14.

41.2.3.14	125.	43.12.1.17	34; 57; 60.
41.2.30.pr.	101.	43.12.1.19	58.
41.2.30.1	23.	43.12.2	52; 53; 54; 59.
41.3.9	9; 13; 37 e nt. 103.	43.12.3.pr.	43 nt. 117; 44.
41.3.23	101.	43.12.3.1	44.
41.3.23.pr.	70.	43.12.3.2	44.
41.3.23.1	84; 107.	43.12.4	45 nt. 127; 49.
41.3.23.2	107.	43.13	42; 57.
41.3.30.pr.	81 ss.; 86; 101.	43.13.1.pr.	57.
41.3.30.1	93; 101; 102.	43.13.1.1	54.
41.3.30.2	101.	43.13.1.2	43; 45; 58.
41.3.45.pr.	31; 40; 48.	43.13.1.3	57.
42.1.15	72.	43.13.1.3-7	49 nt. 144.
43.1.1	39.	43.13.1.4	58
43.1.1.pr.	10; 21 nt. 44.	43.13.1.6	51; 58; 59.
43.1.2.1	21 nt. 44.	43.13.1.8	58 e nt. 178.
43.1.2.2	21 nt. 45; 24.	43.13.1.9	55.
43.6	21 nt. 44.	43.13.1.11	57.
43.6.2	28.	43.14	42; 58.
43.7.1	62.	43.14.1	49.
43.7.3.pr.	61.	43.14.1.pr.	58.
43.8.1.17	40.	43.14.1.pr. ss.	47.
43.8.2.pr.	62.	43.14.1.3	46.
43.8.2.2	38; 50; 62.	43.14.1.4	46.
43.8.2.2 ss.	38.	43.14.1.6	47.
43.8.2.3-5	38; 62.	43.14.1.6-7	48.
43.8.2.8	34; 35.	43.14.1.7	58.
43.8.2.9	35; 36; 49; 56; 62.	43.14.1.9	59.
43.8.2.17	34; 51 nt. 157.	43.15.1	49 nt. 144.
43.8.2.19	21; 21 nt. 44.	43.15.1.pr.	59.
43.8.2.20	62.	43.15.1.6	47; 59.
43.8.2.21	60; 61.	43.19.1	64 nt. 193.
43.8.2.22	61.	43.20.1.7	46.
43.8.2.22-23	61.	43.20.1.7 ss.	60.
43.8.2.24	63.	43.20.1.8	60.
43.8.2.35	63.	43.20.1.12	56 nt. 174.
43.8.2.45	63.	43.20.1.38	61 nt. 188.
43.8.3.pr.	31; 33; 34; 40.	43.20.1.38 ss.	55.
43.8.3.1	30; 32; 34; 55 nt. 173.	43.20.1.38-43	55 nt. 174.
43.8.3.4	32.	43.20.1.42	60.
43.8.4	31.	43.20.1.43	55 nt. 174.
43.9	63.	43.20.3.1	52; 59.
43.10	63.	43.20.3.4	56.
43.11.1.pr.	63.	43.20.4	46.
43.12	42; 54.	43.20.5.1	56 nt. 174.
43.12.1 pr.	54 nt. 167; 56.	43.21	46.
43.12.1.1	41; 45.	43.21.3.4	46; 60.
43.12.1.1-3	41.	43.23.2	52 nt. 163.
43.12.1.3	43 nt. 118.	43.24.7.10	111.
43.12.1.4	42.	43.24.8	101; 111.
43.12.1.5	44.	43.24.11.pr.	46.
43.12.1.6	42; 44.	43.24.13.5	23.
43.12.1.7	42; 43 nt. 119; 44; 128.	43.24.15.2	28.
43.12.1.10	42.	43.24.22.4	28.
43.12.1.11	42.	43.31.1.1	72.
43.12.1.11-12	49 nt. 144.	44.2.7.pr.	91 e nt. 286; 92 nt. 288; 93.
43.12.1.12	43; 45; 57.	44.2.7.2	91 e nt. 286; 92 nt. 288.
43.12.1.13	57	44.2.21.pr.	97.
43.12.1.14	57	44.2.21.1	90; 91; 92 e nt. 288; 93.
43.12.1.15	53; 57.	44.2.21.2	90; 92.
43.12.1.16	49 nt. 144; 57.	44.3.7	48.

44.7.1.2	80.	2.1.3	32.
45.1.29 pr.	102.	2.1.4	40 e nt. 113; 44.
45.1.83.5	110; 111; 127.	2.1.5	29; 32; 40 e nt. 113.
45.2.5	105.	2.1.6	39 nt. 109; 63
46.3.38.8	127.	2.1.8	19; 21.
46.3.98.8	111.	2.1.10	28; 29.
46.4.13.2	108 nt. 327.	2.1.12	124.
46.5.1.7	49.	2.1.14	124; 125.
47.2.14.13	8.	2.1.21 ss.	44 nt. 121.
47.2.38	8.	2.1.23	44.
47.3.1.pr.	111.	2.1.27-28	84.
47.10.13.7	30; 35; 46; 47; 56; 62; 125.	2.1.28	92 nt. 290.
47.12.3.5	23.	2.1.29	111.
47.12.4	23.	2.1.37	121.
47.12.5	26.	2.1.38	98 nt. 306.
47.12.6	25.	2.1.39	38.
47.12.8	27 nt. 68; 28.	2.2	11.
48.1.1	21.	2.3.1	73.
48.13.1	21.	2.3.2	64.
48.13.4	21.	2.4.2	79 e nt. 245; 80.
48.13.4.pr.	21.	2.6.1	9.
48.13.11[9].pr.	21.	2.20.18	86; 94; 98.
48.19.16.4	21.	3.14.pr.	80.
48.19.41	29.	3.19.2	38.
50.16.5.pr.	4.	4.1.9	8.
50.16.15	37.	4.6.2	92 nt. 289.
50.16.16	37.	4.17.5	75.
50.16.17.pr.	38.	4.18.9	21.
50.16.23	4.		
50.16.25.1	105.		
50.16.49	12 nt. 17.	NOVELLAE IUSTINIANI	
50.16.59	60.	7.8	21.
50.16.77	121; 122.	120.10	21.
50.16.96	32.		
50.16.112	31; 46.		
50.16.121	124.		***
50.16.178.2	95.		
50.16.195.3	104.	THEOPHILI INSTITUTIONUM GRAECA PARAPHRASIS	
50.16.198	73.	2.1.10	29.
50.16.241	113.		
50.16.242.pr.	108 nt. 327; 114.		
50.16.242.2	111; 114.	NOVELLAE LEONIS	
50.16.242.4	111.	104.5 ss.	48.
50.16.245.pr.	112.		
50.16.245.1	111.		***
50.17.72	124.		
		BÜRGERLICHES GESETZBUCH (1896)	
INSTITUTIONES IUSTINIANI		§ 92, 1 cpv.	78 nt. 239.
2.1	17; 63.		
2.1.pr.	16; 29; 63.		
2.1.1	29; 32.	CODICE CIVILE ITALIANO 1865	
2.1.1-6	29.	art. 444, 2°c.	123.
2.1.2	42; 48; 60.	art. 484	79.

BOETHIUS			
<i>commentaria in Ciceronis Topica</i> (Bruns)			
ex l. 2 ad c. 4.23	64.		
CICERO			
<i>ad Atticum</i>			
4.2.3	19.		
<i>de domo sua</i>			
49.127	19.		
53.136-137	19.		
<i>de finibus</i>			
1.4.12	121.		
<i>de legibus</i>			
2.21.2	22.		
2.23.58	23.		
<i>de lege agraria</i>			
2.9.22	21.		
<i>de officiis</i>			
1.16.51-52	36.		
<i>topica</i>			
4.23	64; 71 nt. 219.		
5.26 s.	12.		
5.26 ss.	12.		
5.72	8.		
6.29	11.		
7.32	31; 32.		
10.42	67.		
FESTUS			
<i>de verborum significatu</i>			
sv. 'fulguritum'	22 nt. 48.		
sv. 'lucar'	20.		
sv. 'manes'	22.		
sv. 'sifus'	56 nt. 174.		
sv. 'torrens'	42.		
sv. 'viae'	61 nt. 189.		
FRONTINUS			
<i>de aquis urbis Romae</i>			
2.94	55; 61 nt. 185.		
2.107	56 nt. 174.		
2.109	56 nt. 174.		
<i>de controversiis</i>			
15, 1	113.		
<i>de controversiis agrorum</i>			
56	19.		
51,3 - 52,13	42 nt. 115.		
GELLIUS			
<i>Noctes Atticae</i>			
4.9.8	22 nt. 48.		
16.10.8	71 nt. 215.		
HYGINUS			
<i>de generibus controversiarum</i>			
124, 11-125, 4	45. nt. 132.		
ISIDORUS			
<i>origines</i>			
15.16.5	61.		
IULIUS VICTOR			
<i>ars rhetorica</i>			
3.15	21.		
LUCRETIVS			
<i>de rerum natura</i>			
1.304	11.		
MACROBIUS			
<i>Saturnalia</i>			
3.3.1	18.		
3.3.5	29 nt. 71.		
3.3.6	28.		
3.3.8	22 nt. 48.		
PLINIUS MAIOR			
<i>naturalis historia</i>			
9.35.58[117]	64; 68.		
9.35.60[124]	65; 67.		
QUINTILIANUS			
<i>institutio oratoria</i>			
5.10.116	11.		
SENECA			
<i>de beneficiis</i>			
7.7	21.		
<i>epistulae</i>			
102.6	86.		

<i>epistulae ad Lucilium</i>		162 s.	20.
6.6.11	12.		
6.6.13	12.		
<i>naturales quaestiones</i>		SUETONIUS	
2.2	84	<i>divus Augustus</i>	60.
		29	
SERVIUS		VARRO	
<i>In Vergilii Aeneidos libros commentarius</i>		<i>De re rustica</i>	
3.63	22.	2.17	64.
		2.29	64.
SICULUS FLACCUS		VERGILIUS	
<i>de condicionibus agrorum</i>		<i>Aeneis</i>	
150 s.	45 nt. 132.	3.303	23.
157, 18	42 nt. 115.		
158, 7	42 nt. 115.		

CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM		LEX COLONIAE GENETIVAE IULIAE	
I. 589	20.	c. 61	71 nt. 215.
I. 603, 8-10	19 nt. 36.	99	61 nt. 185.
V. 6899	49.	LEX GALLIAE CISALPINAЕ	
VI.1. 874	60 nt. 183	c. 21	71 nt. 215.
LEX A VICANIS FURFENSIBUS TEMPLO DICTA		LEX RIVI INCERTA (<i>Bruno</i>)	
8-10	19 nt. 36.	2 ss.	48.

Indice degli Autori

ALBERTARIO: 15 nt. 22; 26 nt. 65; 45 nt. 130; 51 nt. 159; 52; 58.	BAROCELLI: 49 nt. 147.
ALCIATO: 82 nt. 254.	BAVIERA: 12 nt. 17.
ALLARA: 85 nt. 267.	BENSA: 13 nt. 20.
ANDREOLI: 119 nt. 344.	BESELER: 75; 101 nt. 314.
ARANGIO-RUIZ: 6 nt. 4; 11 nt. 13; 13 nt. 18; 15 nt. 22; 16 nt. 30; 26 nt. 64; 29 nt. 72; 29 nt. 74; 124 nt. 352.	BESTA: 16 nt. 30.
ARCHI: 16 nt. 30; 21 nt. 46.	BETTI: 12 nt. 17; 13 nt. 18; 109 nt. 330.
ARNÒ: 73 nt. 221.	BIONDI: 29 nt. 72; 31 nt. 84; 35 nt. 95; 40 nt. 110; 51 nt. 160; 53 nt. 164; 60 nt. 182.
ARU: 126 nt. 360.	BONFANTE: 4 nt. 1; 6 nt. 4; 13 nt. 18; 15 nt. 23; 18 nt. 33; 18 nt. 34; 22 nt. 55; 24; 26 nt. 64; 28 nt. 70; 29 nt. 72; 30 e nt. 76 s. e 80; 31 nt. 80 s.; 33 nt. 86 s.; 34 nt. 91; 35 nt. 92; 36 e nt. 99; 37 nt. 102; 38; 40 nt. 112; 41 nt. 114; 43 nt. 115 s.; 43
BARBERO: 86 nt. 272; 92; 103.	

- nt. 118; 44 nt. 122; 45 nt. 131; 46 nt. 134; 52 e nt. 164; 53 nt. 166; 64 nt. 190; 65 nt. 194; 67 e nt. 200 e 203; 68 e nt. 204; 69 nt. 208; 70 nt. 210 s.; 71; 75 nt. 228; 78 nt. 241; 81 nt. 248; 82 nt. 253 e 255; 83; 85 nt. 266; 86 nt. 269 s.; 87 nt. 274; 89 nt. 281; 93; 98; 102 nt. 316; 103 nt. 317; 104 nt. 321; 107 nt. 325; 109 e nt. 330; 113 nt. 335; 116 nt. 338; 120 nt. 346; 123; 125; 124 nt. 356.
- BRINZ: 92 e nt. 291.
BRUGI: 42 nt. 115; 43 nt. 119.
BRUNS: 19 nt. 36; 48 nt. 139; 61 nt. 185; 64 nt. 191; 71 nt. 215.
BUCKLAND: 30 nt. 75.
BURCKHARD: 54 nt. 166.
BUSSI: 7 nt. 7; 69 nt. 207.
- COSTA: 29 nt. 72; 31 nt. 78 e 80; 42 nt. 115 s.; 45 nt. 128; 46 nt. 134; 47 nt. 138; 48 nt. 140; 52 nt. 162 e 164; 54 nt. 166; 56 nt. 174; 60; 61 nt. 187.
CUQ: 28 nt. 69.
- DAIN: 48 nt. 142.
DE FRANCISCI: 68 nt. 205.
DE VISSCHER: 7 nt. 6 ss.; 64 nt. 190; 68; 69 e nt. 206 ss.
DI MARZO: 31 nt. 81; 34 nt. 90; 35 nt. 92 e 95; 40 nt. 113.
- EISELE: 86 nt. 269.
- FADDA: 13 nt. 20; 22 nt. 49; 24 nt. 60; 88; 89 nt. 281; 94; 95; 102 nt. 316; 104.
FERRINI: 12 nt. 17; 24 nt. 59; 29 nt. 72; 30; 31 nt. 81; 35 nt. 92; 40 nt. 113; 89 nt. 281; 94; 98.
FORCELLINI: 4 nt. 1.
- GIERKE: 39 nt. 108.
GIRARD: 13 nt. 18; 15 nt. 23; 19 nt. 38; 67 nt. 198.
GLÜCK: 35 nt. 92; 49 nt. 145; 54 nt. 166; 89 nt. 281.
GÖPPERT: 11 nt. 14; 81 e nt. 248; 82 nt. 252; 83; 84 e nt. 261; 87 nt. 275; 88 e nt. 279 s.; 90 nt. 284; 103 nt. 319; 112 nt. 334; 116 nt. 339 s.; 117 nt. 342; 118 nt. 343; 120 nt. 346.
GRADENWITZ: 19 nt. 36.
GROSSO: 12 nt. 16 s.; 16 nt. 30; 35 nt. 92; 47 nt. 137; 52 nt. 164; 64 nt. 193; 66 nt. 196; 67 nt. 202; 74 nt. 223; 79 nt. 243; 80 nt. 246; 99 nt. 307 e 308; 106 nt. 324; 114 nt. 337; 122 nt. 349.
GUARNERI-CITATI: 22 nt. 53; 23 nt. 56; 84 nt. 262; 91 nt. 286; 92 nt. 288; 97 nt. 302; 101 nt. 312 e 314; 107 nt. 325.
- HÄGERSTRÖM: 91 nt. 286; 101 nt. 312 e 314.
HESSE: 50 nt. 152.
HEUMANN: 74 nt. 222.
- KOSCHAKER: 7 nt. 7; 69 nt. 207.
KRÜGER, P.: 27 nt. 68; 44 nt. 121; 86 nt. 269.
- LAURIA: 51 nt. 160 s.; 53 nt. 166; 60 nt. 182.
LENEL: 21 nt. 44; 27 nt. 68; 59 nt. 181.
LONGO, G.: 52 nt. 164.
- MAIORCA: 33 nt. 87; 36 nt. 99; 85 nt. 267; 109 nt. 328 e 330; 127 nt. 361.
MANENTI: 29 nt. 72; 33 nt. 86.
MAROI: 29 nt. 72; 31 nt. 80 e 82; 33 nt. 88; 34 nt. 89; 50 nt. 147.
MARQUARDT: 19 nt. 35.
MITTEIS: 19 nt. 38; 26 nt. 65.
MOMMSEN: 19 nt. 38; 21 nt. 42 s.; 28 nt. 69; 35 nt. 94; 71 nt. 216; 95 nt. 298; 101 nt. 311; 112 nt. 333; 124 nt. 355; 125.
MONIER: 111 nt. 331.
- NOAILLES: 48 nt. 142.
NOODT: 36; 49 e nt. 143.
- OSSIG: 35 e nt. 96; 46 e nt. 133; 55.
- PAGENSTECHE: 92 e nt. 292.
PAMPALONI: 29 nt. 72; 31 nt. 80; 32 nt. 86; 79 nt. 244; 90 nt. 283; 101 nt. 314; 103 nt. 317; 111 nt. 331.
PERNICE: 60 nt. 184.
PEROZZI: 6 nt. 4; 13 nt. 19; 19 nt. 38; 29 nt. 72 e 74; 37 nt. 103; 70 nt. 211; 82 e nt. 253; 85 e nt. 266; 878 nt. 273; 104 e nt. 321; 105 nt. 322.
PETRAZYCKI: 99 nt. 307; 120 nt. 346.
POUCHAIN: 35 nt. 92.
- RANELLETTI: 46 nt. 130.
RICCOBONO: 101 nt. 313.
RODDI: 127 nt. 361; 128 nt. 364.
ROMANO, Santi: 47 nt. 137.
- SCHULZ: 15 nt. 22.
SCIALOJA: 4 nt. 1; 8; 9; 11 nt. 12 e 15; 13 nt. 20; 16 nt. 24; 18 nt. 34 s.; 19 nt. 37; 20 e nt. 40 s.; 21 nt. 47; 22 nt. 48; 27 nt. 67; 29 nt. 72; 36 nt. 97; 43 nt. 120; 51; 70 nt. 211; 71 nt. 214; 92 nt. 289; 94; 100; 109 nt. 330; 120 e nt. 346; 124 nt. 355; 125 nt. 357 e 359.
SECKEL: 74 nt. 222.
SEGRÈ: 13 nt. 18; 16 nt. 24; 30 nt. 77 s.; 31; 36 nt. 99 s.; 44 nt. 123 e 126; 49 nt. 146 s.; 50 nt. 153; 51 nt. 158; 52; 66 nt. 196; 70 nt. 211; 71 nt. 214 e 218; 77 nt. 237; 99 nt. 304; 107 nt. 325; 109 nt. 330; 120 nt. 346.
SOKOLOWSKI: 11 nt. 14; 82 nt. 251; 88 e nt. 280; 103 nt. 319; 109; 119 nt. 345; 120 nt. 346; 123; 127 nt. 363.
SOLAZZI: 66 nt. 196.
- UBBELOHDE: 50 nt. 149; 51 nt. 156; 54 nt. 166; 59 e nt. 179.
UNGER: 103 nt. 317.
- VANGEROW: 83 e nt. 257.
VASSALLI: 30 nt. 77; 37 nt. 103; 39 e nt. 108; 42 nt. 115; 43 nt. 118; 44 nt. 125; 51 nt. 158; 52.
- WEISS: 56 nt. 175; 62 nt. 186 s.
WINDSCHEID: 13 nt. 20; 24 nt. 61; 26 nt. 64; 51 nt. 158; 88 nt. 278; 89 nt. 281; 102 nt. 316.
- ZASIO: 80.