

Silvio Romano

Studi sulla derelizione nel diritto romano

Con una «nota di lettura» di Lelio Lantella

Nota di lettura, di Lelio Lantella — I. OSSERVAZIONI GENERALI: 1. Scopo e limiti del presente studio - 2. La collocazione nelle fonti dei passi che parlano della *'derelictio'* - 3. Osservazioni terminologiche. Le espressioni *'derelinquere'* e *'relinquere'* - 4. *'Pro derelicto habere'* — II. ELEMENTI E MOMENTI DELLA «DERELICTIO»: 5. *'Corpus'* ed *'animus'* nella *'derelictio'*; osservazioni generali circa la necessità di non intendere questi due elementi con stretto riferimento al possesso - 6. L' *'animus derelinquendi'*. Esame esegetico dei passi in cui si accenna ad esso - 7. Il cd. *'corpus'* della *'derelictio'*: se esso coincide con la cessazione della *'possessio corpore'* - 8. Rapporti fra l' *'animus'* e il *'corpus'* della derelizione, in generale. Se sia ammissibile una *'derelictio solo animo'* in casi in cui non si dismette il possesso ... - 9. ... e nei casi in cui non si possiede più la cosa. Esame esegetico - 10. Continuazione di tale esame - 11. Conclusioni — III. OGGETTI DELLA «DERELICTIO»: 12. Come la derelizione abbia per oggetto, non il possesso, ma la cosa per tutti gli effetti e i rapporti con essa - 13. Se potessero essere derelitte anche le *'res Mancipi'* e gli immobili. Testi che parlano della derelizione di schiavi e di fondi - 14. Se fosse ammissibile la derelizione di quota così del proprietario solitario come del condomino - 15. Se fosse ammissibile la derelizione di diritti reali, in particolare dell'usufrutto, di diritti di obbligazione, di diritti personalissimi e di famiglia - 16. Se si potessero derelinquere complessi di cose e di diritti: *'bona'*, *'hereditas'* - 17. Considerazioni riassuntive — IV. EFFICACIA ED EFFETTI DELLA «DERELICTIO»: 18. Piano dell'indagine - 19. Singoli effetti della derelizione. A) Perdita della proprietà sulla cosa derelitta. Varie teorie in proposito - 20. Esame dei testi che, secondo un'opinione, nella loro formulazione originaria avrebbero limitato tale effetto alla derelizione di *'res nec Mancipi'* - 21. Esame di altri testi che si crede confermino tale limitazione - 22. Continuazione di tale esame - 23. Esame di testi che parlano esplicitamente della perdita immediata della proprietà per *'res Mancipi'* derelitte - 24. Prosegue tale esame - 25. Cenni di altri testi - 26. Sulla controversia fra giuristi romani in ordine a tale effetto della derelizione - 27. B) Qualità di *'res nullius'* della cosa derelitta e sua suscettibilità di venire occupata - 28. Consistenza di alcune obiezioni: se per l'acquisto delle *'res derelictae'* occorresse la *'scientia'* - 29. La persistenza di *'iura in re'* sulle cose derelitte - 30. Altre obiezioni - 31. C) Liberazione del derelinquente da responsabilità, oneri e obbligazioni inerenti alla cosa derelitta — V. CARATTERI DIFFERENZIALI DELLA «DERELICTIO»: 32. I rapporti fra *'derelictio'* e *'traditio'*: la *'derelictio'* come *'traditio in incertam personam'*: il problema - 33. Esame dei testi in cui i due istituti sono riavvicinati - 34. Significato e valore di tale riavvicinamento - 35. *'Derelictio'* e *'iactus missilium'* - 36. *'Derelictio'* e donazione - 37. *'Derelictio'* e *'iactus mercium ex navi'* - 38. *'Derelictio'* e *'noxae deditio'* - 39 *'Derelictio'* e *'ager desertus'* - 40. *'Derelictio'* e rinuncia — *Indice delle fonti - Indice degli autori.*

Nota di lettura

Quando ho avuto l'incarico, graditissimo, di scrivere questa nota, ho subito (ri)letto il volume di Silvio Romano; e l'ho riletto con l'atteggiamento di chi incontra un lavoro dietro il quale, al di là del nome dell'Autore, vi è un solido rapporto con la Persona (un rapporto di stima, di gratitudine, di affetto).

Pertanto, mentre leggevo, ero quasi distratto da curiosità «ulteriori» rispetto al contenuto: *come sarà sorta la scelta del tema? in quale contesto? sotto la guida di quale Maestro si sarà dipanata l'elaborazione?* E via di questo passo.

Attenzione: già nell'enunciare curiosità di questo genere, mi accorgo di un equivoco da incenerire: la mia curiosità non era quella di chi pensa, seppure affettuosamente, «*ma come sarà venuto in mente, a Silvio Romano, di scrivere una monografia sulla derelizione!*». Ci mancherebbe. Era la curiosità di chi intuisce l'occasione per risalire a qualche momento di vita accademica che già a priori (in rapporto alla Persona in gioco) era da immaginare interessante, significativo, prezioso.

Come fare? Poiché ho il privilegio di abitare vicino a Silvio Romano (ma anche la lontananza non sarebbe stata decisiva) chiedo di essere ricevuto. Mi riceve il giorno stesso con la consueta cortesia, amichevole e squisita. Me ne parla.

L'indicazione del tema nasce da Carlo Longo, che glielo suggerisce (poco dopo la laurea) ai fini di un primo saggio, del '30, e poi per l'approfondimento destinato a sfociare nella monografia del '33. Carlo Longo è colui che ha fatto incontrare il diritto romano al giovane Silvio, affascinandolo sin dalle prime lezioni (di Pandette, al secondo anno, alla Statale di Milano) con la sua consistenza di Maestro (le Istituzioni erano invece tenute – al primo anno, per incarico, in tono minore – da un pur valido ecclesiasticista). Il suggerimento di Carlo Longo ha una sua ragion d'essere: sulla *derelictio* ha già scritto «qualcuno» ma c'è ancora spazio. In particolare, si tratta di mirare a una trattazione organica; si tratta di restituire al pensiero classico una serie di frammenti che analisi un po' meccaniche avevano espunto; si tratta di rivedere alcune posizioni (forse un po' dogmatiche) come quelle (due nomi a caso) del Berger e del Bonfante. Insomma: la scelta del tema sembra esprimere una felice intuizione, e può uscirne un bel lavoro.

La scelta, però, è destinata a rivelarsi, poco dopo, di qualche imbarazzo per il giovane Romano. Ecco perché. Egli, seguendo il padre, intende trasferirsi da Milano a Roma. Ne parla con Carlo Longo: quest'ultimo, pur senza prendere in alcun modo le distanze dall'allievo, gli suggerisce di instaurare un collegamento con l'ambiente accademico della Capitale. Detto fatto, Carlo Longo affida all'amico Pietro Bonfante il giovane studioso, affinché lo guidi nel proseguire gli studi sulla *derelictio*.

Immaginiamoci l'imbarazzo del giovane Romano. Ma come! Il lavoro è orientato a «rivedere» le tesi del Bonfante, e ora ci si affida alla guida accademica di colui che *va rivisto*? Diciamo dunque che l'imbarazzo (accademico e personale) era più che comprensibile.

Ma c'è dell'altro: c'è che il giovane Romano, al terzo anno di Università, sempre a Milano, era stato allievo di Pietro Bonfante nel corso di Esegesi; non era stato, peraltro, un allievo qualsiasi (uno di quelli che si mettono al proprio posto, ascoltano la lezione e se ne vanno); era stato un allievo un po' particolare. Insomma, la vicenda va inquadrata: Pietro Bonfante, da qualche anno, insegna Storia del Commercio alla Bocconi; i Professori della Statale non si lasciano sfuggire l'occasione e lo invitano a tenere un corso; Pietro Bonfante accetta dunque di assumere l'incarico di Esegesi, e inizia il corso preceduto da una fama immensa; le prime lezioni sono affollatissime; senonché, c'è un fatto curioso: Pietro Bonfante, *diciamo così*, risulta chiarissimo *quando scrive*; ma gli allievi del corso di Esegesi, che lo fronteggiano *quando parla*, non sempre riescono a seguirlo ...; ben presto si diradano. I fedelissimi restano solo in due: Silvio Romano e un altro (guarda un po', di nome Gaetano Scherillo). I due, interessati allo studio e alla materia, approfittano dell'invidiabile rapporto numerico tra docente e studenti (rapporto che nessun comitato di valutazione ha mai osato immaginare): lo studente Romano e lo studente Scherillo, dunque, accompagnano volentieri Pietro Bonfante all'albergo che lo ospita, e gli pongono domande anche al di là della lezione. Il cammino per l'albergo è breve, ma il Maestro lo allunga con soste, deviazioni, ritorni; cosicché non manca il tempo per un bel dialogo, destinato a rimanere nella memoria per tante ragioni profonde ed anche per qualche dettaglio tra cui il seguente: il Maestro, ad ogni domanda, si ferma, fruga in una tasca del panciotto, ne estrae un piccolo foglio ripiegato, lo dispiega riservatamente, lo porta dinanzi agli occhi come per leggerlo con scrupolo, lo scruta, poi lo ripone, infine risponde. Ogni volta così. Ancora oggi Silvio Romano si interroga circa il contenuto di quel foglietto miracoloso. Nessuno può escludere, del resto, che il foglietto potesse essere anche bianco (destinato, forse, a costituire un mero espediente di concentrazione). Comunque, a parte il mistero del foglietto – e così torno al punto

dell'imbarazzo del giovane Romano quale studioso della *derelictio* – il problema era questo: come si fa ad accompagnare per un anno il proprio Professore, come si fa ad ottenere il privilegio di un rapporto familiare, come si fa ad aver codificato (passo dopo passo, metro dopo metro) il proprio *status* di allievo ... per poi andare all'attacco delle tesi del Maestro?

Carlo Longo però è irremovibile: il giovane Romano dovrà sostenere le proprie tesi, sotto la guida del Bonfante, ivi comprese le tesi antibonfantiane. Carlo Longo è convinto: sarà un vantaggio per entrambi.

Molti di noi, in analogo frangente, avrebbero preferito passare al diritto babilonese, oppure avrebbero aperto un negozio di fiori. Ma Silvio Romano, già allora, aveva le carte in regola per fare bene ciò che ha sempre mostrato di saper fare benissimo: muoversi con equilibrio nelle situazioni più delicate, non urtare mai nessuno, farsi viepiù apprezzare per le Sue doti di sensibilità, di attenzione, di pazienza, di finezza.

Il risultato, per l'appunto, è la monografia sulla *derelictio*, che si è andata costruendo con il beneplacito tanto di Longo quanto di Bonfante (il quale ultimo, purtroppo, non riuscirà a vederne la pubblicazione): una monografia, dunque, che viene alla luce con duplice valenza: non solo come cimento scientifico, ma anche come prova di sensibilità relazionale (nel delicato intreccio dei rapporti accademici tra Maestri molto amici eppur molto diversi).

Ma veniamo, ora, al contenuto. Il lettore (o *rilettore*) apprezzerà di sicuro la limpida sistematica e la formidabile chiarezza. In questo lavoro, Silvio Romano mostra già tutte, ed evidenti, le caratteristiche per cui generazioni di studenti Lo ricordano e continueranno a ricordarlo come docente esemplare: nessun narcisismo, nessuna stravaganza, ma il solido procedere di chi domina tecniche sistematiche ed analitiche restituendone in modo semplice (con *aptum tenue*) i risultati complessi.

Di peculiare rilievo, ancora attuale, sono: l'analisi terminologica con la distinzione tra '*relinquere*' e '*derelinquere*'; la ricostruzione della fattispecie con lo sganciamento dalla analogia di struttura (che era allora un luogo comune) tra elementi della *derelictio* ed elementi del possesso; la revisione di altri luoghi comuni in tema di *derelictio* delle *res mancipi*; il recupero, motivato, di una serie di frammenti che la critica interpolazionistica aveva spostato nel tempo (con il risultato di precludere una ricostruzione equilibrata delle linee di andamento dell'intero istituto).

Di piacevolissima lettura, soprattutto, il capitolo quinto, in cui sono analizzate somiglianze e differenze tra la *derelictio* e una serie di figure (a vario titolo e con vari nessi) collocate nei dintorni concettuali: oltre all'ovvio *iactus missilium* si pensi allo *iactus mercium ex navi*, alla *noxae deditio*, all'*ager desertus*, persino alla donazione.

Anche siffatte analisi (strutturali e funzionali), di somiglianze e differenze, esprimono abilità destinate a rivelarsi un caposaldo nella didattica di Silvio Romano sia in sede di lezioni sia in sede di esami (ai quali Egli ha costantemente dedicato molta attenzione, e molto tempo, ritenendoli fase coesistente alla propria missione di insegnante): nella dialettica tra somiglianza e differenza, infatti, egli ha sempre visto un approccio ineludibile in cui la dimensione sistematica (ove domina la somiglianza) si associa alla dimensione analitica e concreta (ove domina la differenza), in un concorso tra due competenze parimenti vitali nella formazione del giurista.

In definitiva: per tutti, buona lettura; per Silvio Romano, soprattutto, un pensiero specialissimo: un pensiero augurale per il Suo novantacinquesimo compleanno (*).

Lelio Lantella

*) Il volume *Studi sulla derelizione nel diritto romano* (p. VII, 159) è stato pubblicato nel 1933 dalla casa editrice CEDAM, che si ringrazia per aver voluto gentilmente consentire questa nuova edizione dell'opera, nella quale, in particolare, la numerazione dei paragrafi e delle note è stata unificata in una progressione continua indipendente dalla divisione in capitoli e sono stati aggiornati i criteri di citazioni delle fonti e della dottrina (*n.d.r.*).

Capitolo I

OSSERVAZIONI GENERALI

1. La definizione della ‘*derelictio*’, più che il punto di partenza, dovrà essere il punto di arrivo del presente studio. Infatti, non è possibile precisare compiutamente il concetto di un istituto del quale restano ancora incerti e perciò si vogliono prendere in esame molti punti ed elementi. Per ora basterà richiamare la definizione che, in termini molto generali, si legge nelle Istituzioni di Giustiniano (2.1.47): ‘*pro derelicto habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet*’. E, per il momento, è a prescindere da ogni questione, che sarà esaminata in seguito, circa l’origine giustinianea o classica di tale proposizione, come pure è bene astenersi dal riportare le altre parole che seguono (‘*ideoque statim dominus esse desinit*’), alle quali si ricollegano questioni ancora più vive.

In sostanza, è sicuro, almeno in certo senso, che sono necessari, perché si abbia una ‘*derelictio*’, un effettivo e materiale distacco dalla cosa, e, inoltre, una ‘*mens*’ per cui chi compie tale atto voglia che ciò che abbandona non sia più ‘*rerum suarum*’. Ma, viceversa, molto resta da precisare: in che rapporto stanno fra loro questi due momenti; se si possono derelinquere tutte le cose materiali; se soltanto esse o anche dei diritti; per conseguenza, i possibili soggetti della ‘*derelictio*’; i suoi vari effetti; se tali effetti si verificano per il semplice fatto della derelizione, oppure occorra il concorso di altri atti o fatti giuridici, e, quindi, se essi si verificano sempre, subito o in momenti posteriori. Naturalmente, le risposte a queste e ad altre domande si complicano di fronte alla possibilità che esse debbano essere diverse a seconda delle diverse epoche del diritto romano. E, infine, il determinare i punti, in cui la ‘*derelictio*’ diverge da altri istituti e quelli in cui, viceversa, si incontra con essi o ad essi si avvicina, involge problemi ancora più gravi, che è bene non pregiudicare in alcun modo.

A questo proposito, è anzi da rilevare che la massima parte delle ricerche che, negli ultimi tempi, sono state compiute intorno alla ‘*derelictio*’ nel diritto romano, si sono, per così dire, polarizzate verso il problema se la ‘*derelictio*’, unita all’occupazione della ‘*res derelicta*’, desse luogo o meno ad una ‘*traditio*’ o, comunque, ad una figura che a questa dovesse riaccostarsi. E’ però noto che tale problema, aggredito di fronte e considerato come assorbente una serie di questioni ritenute minori, è sempre ben lontano dall’aver trovato una soluzione che possa dirsi prevalentemente accolta, nonché pacifica¹. Molto probabilmente, ciò dipende dal fatto che si tratta di un problema del tutto indiziario, che, come di regola avviene per i problemi di tale natura, non potrà considerarsi risolto, finché non saranno preliminarmente chiariti, in sé e per sé, vari altri punti, che si sogliono invece esaminare con un più o meno preconconcetto riferimento ad esso. Il presente studio, che, pure non intende trattare della ‘*derelictio*’ in modo completo, è suggerito dalla convinzione che possa essere utile una più larga e generale disamina dell’argomento, nel senso accennato.

2. Occorre, anzitutto, notare che non poche delle difficoltà, che si incontrano nello studio della ‘*derelictio*’ e quindi delle controversie che ne derivano, hanno per causa il fatto che di essa le fonti non trattano in modo sistematico ed *ex professo*. Più particolarmente, i trentacinque passi, che nella compilazione giustinianea si riferiscono al nostro istituto, si trovano in essa così distribuiti: uno si trova

¹) Si concentra intorno a tale problema e ne è preoccupata anche l’ultima, ampia trattazione dell’argomento, che è quella di J.J. MEYER-COLLINGS, *Derelictio (Die Dereliction in römisches Recht bis zum Corpus Juris Civilis)*, Kallmünz, 1932. Pure noi avevamo limitato a questo punto di vista le nostre ricerche, che adesso vogliamo allargare e completare, nello scritto *L’occupazione delle ‘res derelictae’ nel diritto romano*, in «AUCA», IV, 1930, p. 200 ss.: alcuni risultati di esso saranno qui rettificati.

nelle Istituzioni (2.1.47) ed è, come vedremo, quello in cui è sembrato che la *'derelictio'* sia direttamente messa in relazione con la *'traditio in incertam personam'*; ventiquattro sono sparsi in vari titoli dei Digesti (*'de negotiis gestis'*, *'quod metus causa gestum erit'*, *'de usufructu'*, *'si servitus vindicetur'*, *'de noxalibus actionibus'*, *'de pignoratitia actione vel contra'*, *'de lege Rhodia de iactu'*, *'de evictionibus et duplae stipulatione'*, *'de operis novi nuntiatione'*, *'de damno infecto'*, *'qui sine manumissione ad libertatem perveniunt'*, *'quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur'*, *'ne quid loco publico vel itinere fiat'*, *'de furtis'*, *'de publicis iudiciis'*, *'de sententiam passis et restitutis'*), e in essi l'argomento è trattato in modo del tutto accidentale; uno è collocato nel titolo *'de acquirendo rerum dominio'*; un altro fa parte del titolo *'de usurpationibus et usucapionibus'*; otto infine costituiscono il titolo *'pro derelicto'*, e di esso soltanto quattro parlano di usucapione, mentre i rimanenti sono tutti testi generali relativi alla *'derelictio'* e parlano di occupazione.

Da questi brevi cenni risulta che è esatta l'osservazione, già fatta dal Czyhlarz, che la *'derelictio'* non trova nelle fonti una propria ed autonoma collocazione sistematica. E ciò non solo nella compilazione giustiniana, ma anche negli scritti originari dei giureconsulti, almeno per quanto è dato argomentare da quello che ne conosciamo: gli scritti *ad Sabinum* ne avrebbero parlato, di solito, a proposito dell'usucapione; altri, incidentalmente, a proposito degli istituti più disparati. Comunque, si tratterebbe di un fatto del tutto esteriore e formale, da cui non sarebbe permesso desumere alcuna conseguenza ².

Invece, secondo il Bonfante, il nostro istituto sarebbe stato «sistematicamente» trattato nella teoria della tradizione o dell'usucapione ³. Ora, che se ne parli anche a proposito di questi due istituti, in passi che sono della maggiore importanza, è vero, e vedremo appresso quale significato ciò abbia, ma non diremmo che in essi si rinvenga una trattazione «sistematica» della *'derelictio'*: diremmo, al più, che gli accenni che ad essa si fanno in tale sede sono meno incidentali degli altri. Ma, oltre che da questo fatto positivo, che egli ha creduto di rilevare, il compianto Maestro è stato colpito da un altro fatto negativo e precisamente dal silenzio sulla *'derelictio'* che le fonti mantengono quando parlano della *'occupatio'*. Infatti, in *Iust. inst.* 2.1 e in D. 41.1, dove la teoria dell'occupazione trova una larga esplicazione, e, si potrebbe aggiungere, nelle Istituzioni di Gaio (*inst.* 2.66 ss.), vengono prese in esame le varie specie di *res nullius* che possono formare oggetto di occupazione e le varie configurazioni dell'istituto (caccia, pesca, *'res inventae in litore maris'*, *'insula in mari nata'*, *'insula in flumine nata'* tra fondi limitati, occupazione bellica, acquisto del tesoro, etc.), ma delle *'res derelictae'* non si parla mai ⁴. Come è noto e come vedremo meglio appresso, il Bonfante da questa constatazione deduce che quella che egli chiama «apprensione» di cose derelitte non sarebbe stata considerata dai romani come vera e propria occupazione. Non è questo il momento di fermarci ad esaminare tale tesi. Qui ci preme soltanto rilevare che le fonti, se non parlano dell'occupazione delle *'res derelictae'* nei passi dove dell'occupazione si tratta più diffusamente e direttamente, ne parlano in modo esplicito in altri passi e con le stesse precise espressioni che usano negli altri casi di occupazione. Basta, all'uopo, confrontare i testi d'indole generale relativi alle *'res derelictae'* (D. 41.7.1: *'Si res pro derelicto habita sit ... occupantis statim fit'*; *Iust. inst.* 2.1.47: *'Si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum ...'*) con D. 41.1.1.1, D. 41.1.3.pr., D. 41.1.7.3, D. 41.1.30.4, *Iust. inst.* 2.1.22, etc. Che se dell'attendibilità di questi passi, per quanto riguarda il diritto classico, si volesse dubitare, sarebbe sempre da invocarsi il testo delle *Sententiae* di Paolo (2.31.27: *'Qui pro derelicto rem iacentem occupavit ...'*), anch'esso molto discusso, ma dal Bonfante ritenuto, a ragione, genuino.

Tutto induce, quindi, a credere, che se quegli altri testi sopra accennati, in cui si menzionano una serie di cose occupabili, tacciono delle *'res derelictae'*, ciò non sia che un caso, se pure non sia lecito supporre che esse non vengono menzionate perché della loro qualità di *'res nullius'* si sarebbe potuto dubitare meno che per altre delle cose di cui si fa espressa parola.

²) C. CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio* (Continuazione a C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario delle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XLI, 1905), p. 151 s.

³) Corso di diritto romano. II.2. *La proprietà*, Roma, 1928, p. 193.

⁴) P. BONFANTE, *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte*, ora in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918, p. 355, e *Corso*, II.2, cit., p. 195.

Secondo noi, l'unica conclusione che può legittimamente trarsi dai suddetti rilievi, positivi e negativi, circa la sistemazione dei passi relativi alla *'derelictio'*, è molto semplice. Le fonti, nella massima parte dei testi, si occupano della *'derelictio'* come di una figura di perdita della proprietà, che è poi la sua vera figura. La sede propria di essa sarebbe stata, quindi, in un titolo che, corrispondentemente a quello *'de acquirendo rerum dominio'*, avesse trattato dei modi in cui il dominio si perde. Poiché questo titolo manca, è naturale che la materia sia trattata qua e là in vari altri titoli che ne forniscono l'occasione. E nulla rivela, perché solo casuale ed estrinseco, il numero maggiore o minore di frammenti che vi dedica ciascuno di questi titoli. Del resto, non è fuori luogo osservare che, ancora oggi, non solo nelle trattazioni sistematiche del diritto romano, ma anche in quelle del diritto moderno, la derelizione non trova, di solito, un posto proprio, ma se ne parla, per lo più, a proposito di un altro istituto, cioè dell'occupazione. E questo «a proposito» non è certo molto diretto, giacché trae partito da uno degli effetti della derelizione, la qualità di *'res nullius'* della cosa derelitta, che rende questa suscettibile di occupazione: ma la derelizione, in sé e per sé, resta come presupposta.

3. Altre osservazioni d'indole generale, sulle quali ci preme di intrattenerci preliminarmente, riguardano la terminologia relativa all'argomento.

Si sa che la parola *'derelictio'* è sconosciuta alle fonti: esse non usano mai alcun sostantivo che indichi il fatto dell'abbandono, ma parlano sempre di *'derelinquere'* e di *'pro derelicto habere'*. Senonché, mentre è fuori dubbio che quest'ultima espressione, qualunque sia il suo preciso significato, ha carattere tecnico, ciò è stato negato per la parola *'derelinquere'*. E' molto importante esaminare che fondamento abbia questa opinione.

Il Berger⁵, dichiarando interpolati alcuni testi⁶, ha avanzato e sostenuto recisamente l'ipotesi che questo termine sia stato introdotto, in quanto serve a designare la vera e propria derelizione, dai compilatori. Questi l'avrebbero sostituito alla voce *'relinquere'*, che i giureconsulti classici avrebbero talvolta usato per indicare il fatto della derelizione, nonostante che per essi la vera espressione tecnica fosse *'pro derelicto habere'*.

Giova anzitutto precisare che non sembra assolutamente attendibile e, anzi, è stata causa di gravi equivoci, come avremo occasione di vedere, l'opinione che la parola *'relinquere'* sia stata adoperata nello stesso senso di *'derelinquere'* e, quindi, sostituita dai bizantini con quest'ultima. Sembra, anzi, che il significato di queste due parole sia nelle fonti nettamente distinto e, in certo modo, contrapposto. Sono in proposito da citare alcuni passi.

Specialmente significante è (Mod. 6 *diff.*) D. 41.7.3:

An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Ha già osservato il Bonfante⁷, che in questo testo, con la frase *'si in re communi socius partem suam reliquerit'*, si esprime una posizione di fatto, cioè si dice che un *'socius'* ha lasciato (non cura più) la parte che gli spetta della cosa comune, e poi si discute se tale fatto debba giuridicamente qualificarsi come vera e propria derelizione: così si spiega come Modestino non abbia usato qui *'derelinquere'*⁸, perché ciò avrebbe significato anticipare la soluzione del quesito, tanto più che questa risulterebbe in seguito negativa. Vedremo appresso (§ 14) quanto ci sia di vero in questa osservazione. Qui si può aggiungere che il diverso senso delle due parole resterebbe inoltre confermato, ove si accettasse

⁵) In tema di derelizione. Osservazioni critico-esegetiche, in «BIDR.», XXXII, 1922, p. 131 ss. (pubblicato già in estratto sin dal 1915).

⁶) D. 39.1.20.10, D. 39.2.15.35 e D. 41.3.45.

⁷) La derelizione e l'apprensione di cose derelitte, cit., p. 344.

⁸) Nella *Vulgata* — ma è cattiva tradizione — si legge, diversamente che nella *Florentina*, *'dereliquerit'*, invece che *'reliquerit'*.

il completamento che del passo ha proposto il Riccobono, aggiungendovi infine *'verius est partem pro derelicto haberi non posse, nam socius communis, si alter partem suam reliquerit, totius rei solus dominus efficitur'*⁹.

Importante è pure (Ulp. 68 *ad ed.*) D. 43.8.2.39 dove si dice che Ofilio *'putat eum, qui pro derelicto reliquit ...'*. La frase può non sembrare bella¹⁰, ma non perciò è sospetta, e serve a mettere in rilievo che il semplice *'relinquere'* non è un *'derelinquere'* o un *'pro derelicto habere'*.

Su un altro passo, che dovremo in seguito prendere in esame, dobbiamo anche qui fermare la nostra attenzione. Esso è (Ulp. 53 *ad ed.*) D. 39.2.15.35 e vi si trovano esposte due contrastanti opinioni: quella di Labeone e quella di Cassio. Per dimostrare che il passo non è genuino, il Berger nota, fra l'altro, che manca in realtà una contrapposizione fra queste due opinioni, che pure sarebbe indicata dalla particella avversativa *'autem'*. Ma la verità è che al Berger questa differenza è sfuggita, perché al *'relinquere'*, con cui si accenna all'opinione di Labeone, egli ha attribuito lo stesso significato di *'derelinquere'*¹¹.

Ancora: sta decisamente contro la tesi del Berger *Paul. sent.* 2.31.27:

Qui pro derelicto rem iacentem occupavit, furtum non committit, tametsi a domino non derelinquendi animo relicta sit.

Vero è che la tradizione del passo è, come è noto, dubbia¹², in quanto è specialmente controverso se si deve leggere *'non derelinquendi animo relicta sit'* (Krüger, Girard, Baviera), oppure *'derelinquendi animo relicta non sit'* (Huschke, Seckel, Kübler). Comunque, la questione, importante per altri aspetti, non attenua la distinzione, che è implicita nel testo, fra il semplice *'relinquere'* e il *'derelinquere'*. E siamo poi pienamente d'accordo col Bonfante¹³ nel ritenere un abbaglio la ricostruzione che del passo ha proposto il Berger¹⁴, spinto dalla preoccupazione (si veda *infra*, cap. II) di eliminare l'*animus derelinquendi*: *'Qui pro derelicto rem iacentem occupavit, furtum non committit, tamen si a domino relictam (occupavit)'*.

A prima vista, l'opinione del Berger potrebbe apparire in certo senso appoggiata da D. 45.3.36, in cui le espressioni *'relictus'* e *'derelictus'* sono alquanto mescolate. Ma, a prescindere per ora da ogni considerazione sul significato che è da attribuirsi al passo e sulla sua dubbia genuinità, qui è da notare che anche la sua lezione è tutt'altro che sicura. Il Mommsen, infatti, legge *'derelictus'*, invece di *'relictus'*, e tale lezione è approvata dal Beseler¹⁵ e dal Meyer-Collings¹⁶.

A conferma della tesi che il significato di *'derelinquere'* non coincide con quello di *'relinquere'*, si possono citare altri passi, dai quali risulta che giuristi e imperatori della declinante epoca classica sono d'accordo nell'adoperare il termine *'relinquere'* in casi in cui non ricorre la figura della *'derelictio'*. Così Gaio (*inst.* 4.153) a proposito dell'abbandono del possesso, che, come cercheremo di dimostrare in seguito (§§ 6 e 12), non ha gli estremi della derelizione, dice *'... tamen si non relinquendae possessionis animo ...'*. Così pure (Diocletianus et Maximianus, 294) C.I. 3.38.8: *'Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium divisio relicta vel translata possessione finem accepit'*.

Tutto sommato, è dunque, da ritenere che al termine *'derelinquere'* i classici abbiano dato un significato tecnico, che i compilatori, ben lungi dal creare, avrebbero invece, secondo quanto giusta-

⁹) S. RICCOBONO, *Dalla «communio» del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in «Essays in legal history», Oxford, 1913, p. 53 s.

¹⁰) BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 152 nt. 4.

¹¹) BERGER, *op. cit.*, p. 135 ss.

¹²) Il passo, secondo la lezione del Cuiacio, sarebbe così concepito: *'qui pro derelicto rem iacentem occupavit, furtum non committit, tametsi a domino derelinquendi animo relictam'*. Senonché la chiusa del testo non ha senso, a meno di non attribuire, come fa il BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 348, a *'tametsi'* il significato di *'scilicet si'*, cioè del nostro «però», anziché quello comune di «quantunque».

¹³) BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 348 s. In ciò conviene adesso anche MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 53 nt. 2.

¹⁴) BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 151 ss.

¹⁵) *Miscellanea*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 219.

¹⁶) *Derelictio*, cit., p. 29 e 52.

mente osserva il Bonfante¹⁷, oscurato e confuso, usandolo anche in altri sensi. Ciò spiega¹⁸ come nei Digesti, dove *'derelinquere'* ricorre trenta volte, secondo il «VIR.», solo in dodici esso designa la vera e propria *'derelictio'* e nel Codice nessuna volta, sebbene, secondo il vocabolario del Mayr, vi si legga ben novanta volte. Ma, per quanto macerato, l'originario significato tecnico di *'derelinquere'* sopravvive abbastanza netto e distinto, come si vede specialmente nei passi sopra citati, dove esso spicca in confronto a quello attribuito a *'relinquere'*.

Senonché, anche quest'ultima parola ha talvolta, secondo noi, significato tecnico. Dei due elementi o momenti, di cui consta il *'derelinquere'*, uno – l'azione materiale del gettito, del distacco della cosa – è accennato nelle fonti precisamente con tale termine, pure essendo altre volte indicato altrimenti, mentre l'elemento dell'*animus* ha anch'esso le sue tipiche espressioni (si veda *infra*, cap. II).

4. Parrebbe, a prima vista, che questo secondo elemento sia tecnicamente significato dall'altra espressione *'pro derelicto habere'*, che, riferita alla cosa, è talvolta usata al passivo *'pro derelicto haberi'*. Essa, infatti, interpretata letteralmente, esprime uno stato d'animo, che potrebbe essere una intenzione, quella di abbandonare la cosa. Potrebbe però esprimere una semplice opinione e non del derelinquente. In astratto, una cosa può essere considerata come derelitta:

- a) dal derelinquente, nella quale ipotesi rimane poi a precisare se questi sia sempre il *dominus*, oppure possa essere anche un *non dominus*;
- b) dall'occupante, che prende la cosa appunto perché la ritiene derelitta;
- c) da tutti gli altri, il pubblico, nel senso che la cosa è ritenuta derelitta *ab omnibus, a mundo, dalla communis opinio*.

Diciamo subito che a noi sembra pienamente dimostrato che, tutte le volte che nelle fonti ricorre l'espressione di cui si tratta, sia all'attivo che al passivo, è il derelinquente che *'pro derelicto habet'*. E, con tali parole, si vuole esprimere il concetto che egli non solo ha l'intenzione di derelinquere, ma, in conseguenza di siffatta intenzione, derelinque realmente: il significato tecnico di esse consiste precisamente in ciò, che, mentre originariamente indicavano un semplice stato d'animo, in seguito passarono a denotare il fatto della derelizione in tutta la sua completezza, acquistando così un significato più ampio di quello letterale. Le due espressioni *'derelinquere'* e *'pro derelicto habere'* sono dunque equivalenti, si intende quando la prima è adoperata in senso tecnico. Esse, infatti, ricorrono spesso entrambe nel medesimo testo, per indicare l'identico concetto¹⁹. Soltanto, nella seconda si accentua l'elemento dell'*animus*, sottintendendo quello del *corpus*, mentre nella prima avviene fino a certo punto il contrario; fino a certo punto, perché nel *'de'* apposto al *'relinquere'* è adombrata anche l'intenzione di volersi spogliare definitivamente della cosa.

Invece il Berger²⁰ ha sostenuto che, se il significato attribuito dai classici alla frase *'pro derelicto habere'* era quello tecnico che si è accennato, i bizantini l'avrebbero frainteso usando talvolta la frase stessa per alludere ad una opinione comune, cioè nel senso di «tutti considerano». Ciò sarebbe precisamente avvenuto – e rivelerebbe l'origine giustiniana del passo – in *Iust. inst.* 2.1.47: *'pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit'*. Senonché, anche in questo passo, come in tutti gli altri, *'pro derelicto habetur'* vuol dire «(viene) derelitto»; non già, come il Berger crede, per un evidente equivoco, «si considera, si stima come derelitto, etc.». I bizantini, se il passo fosse di loro fattura (su ciò si veda appresso) non avrebbero affatto dimenticato il senso tecnico dell'espressione.

E, a questo proposito, è da notare che, quando nelle fonti si vuole alludere alla semplice opinione o considerazione che una cosa sia derelitta, si adoperano altre frasi, anzi talvolta queste ricorrono assieme a quelle di *'pro derelicto habere'*, in modo che la differenza del loro significato acquista

¹⁷) *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte*, cit., p. 345.

¹⁸) Si veda MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 51.

¹⁹) Si vedano D. 39.2.7.2, D. 39.2.15.21 e 35, D. 45.3.36 e D. 47.2.43.5 ss.

²⁰) *In tema di derelizione*, cit., p. 138 ss. e 140 ss.

una particolare importanza.

Così, in (Paul. 15 *ad Sab.*) D. 41.7.4 si legge: '*id quod pro derelicto habitum est et haberi putamus ...*'; e in (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*) D. 41.7.6: '*nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse*'. E' evidente che nell'uno e nell'altro frammento il soggetto di '*putamus*' o di '*existimaverit*' non è colui dal quale '*pro derelicto habitum est*' o '*rem pro derelicto habitam esse*'.

Naturalmente, non danno luogo ad alcun dubbio i passi, molto numerosi ²¹, in cui il '*pro derelicto habere*' si riferisce espressamente al *dominus*, cioè al delinquente ²². L'osservazione che il semplice fatto che in tali passi si sia sentito il bisogno di specificare colui che '*pro derelicto habet*', potrebbe significare che il soggetto di tale azione non è necessariamente il *dominus*, non sembra che abbia fondamento. Infatti, potrebbe anche trattarsi di un innocente pleonasmo. E potrebbe pure essersi voluto differenziare i casi di cui si fa parola in quei passi da quegli altri, in cui la derelizione fosse fatta da un *non dominus*.

Che poi nei passi ²³ in cui l'espressione di cui si tratta non è riferita espressamente al delinquente, debba a questo riferirsi, si desume o dal loro contesto ²⁴ o dall'osservazione già fatta sopra che, quando si vuole accennare ad un'opinione o considerazione di altri soggetti, oppure comune, le fonti si servono di parole diverse.

Comunque, poiché su questo punto, a prescindere dall'accennata divergenza del Berger, si può dire che si sia oramai conseguito un pieno accordo ²⁵, crediamo superfluo indugiare su di esso.

Resta, in verità, controverso come si sia formata l'espressione '*pro derelicto habere*' della quale si è ripetutamente notata l'originalità ²⁶, e, in conseguenza, resta pure incerto quale preciso pensiero si intendesse in origine di rendere con essa. Non sembra però che in ordine a ciò si possano fare congetture fondate. Particolarmente riteniamo che non abbia neppure un principio di prova, la supposizione ²⁷ che essa dati da un tempo in cui la derelizione non si sarebbe perfezionata o, almeno, non avrebbe raggiunto i suoi effetti, cioè quello di far venir meno la proprietà del delinquente, se non sopravveniva l'apprensione del possesso da parte di un altro, cioè dell'occupante. '*Pro derelicto habere*' avrebbe allora significato che la derelizione non era ancora compiuta, non essendosi verificata l'occupazione, ma che il delinquente aveva fatto quanto dipendeva da lui e, quindi, per suo conto, poteva considerare la cosa derelitta e non computarla più nel suo patrimonio. Tale congettura è stata avanzata in correlazione all'ipotesi che, in origine, a rendere perfetta la '*derelictio*', l'occupazione occorresse per tutte le cose, *mancipi* e *nec mancipi*, mentre, in seguito, l'occupazione sarebbe occorsa solo per le *res mancipi*, fino a che, venuta meno la distinzione fra le due categorie di cose, anche per queste ultime l'occupazione sarebbe divenuta superflua. Senonché, in contrario può osservarsi che, a prescindere da ogni obiezione a tale collegamento della derelizione con l'occupazione, argomento sul quale vogliamo intrattenerci in seguito, l'espressione '*pro derelicto habere*', se effettivamente avesse avuto quell'origine e quel significato, avrebbe continuato con ogni probabilità a designare il semplice stato d'animo del delinquente e non sarebbe divenuto un sinonimo di '*derelinquere*' sino

²¹) *Iust. inst.* 2.1.47, D. 39.2.15.21, D. 40.8.2, D. 41.1.58, D. 41.7.2.pr., D. 41.7.3.2, D. 41.7.8, D. 45.3.36 e D. 47.2.46.pr.

²²) Non è assolutamente il caso di pensare che si tratti dell'occupante divenuto *dominus* o immediatamente o dopo l'usucapione: si veda MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 55.

²³) *Iust. inst.* 2.1.47 (seconda proposizione), D. 9.4.38.1, D. 14.2.2.8, D. 14.2.8, D. 21.2.76, D. 39.2.6, D. 39.2.7.2, D. 41.2.21.2, D. 41.7.1, D. 41.7.4, D. 41.7.3, D. 41.7.5.pr.-1, D. 41.7.6, D. 42.8.5, D. 43.8.2.40, D. 45.3.36, D. 47.2.43.6-7, D. 47.2.43.11, D. 48.1.9 e C.I. 7.34.5.

²⁴) Per un esame analitico di questi passi, al cui risultato, per quanto riguarda il punto in discussione, aderiamo, si veda MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 55 ss.

²⁵) Si vedano B.W. LEIST, *Die bonorum possessio*, I, Göttingen, 1844, p. 271, T. GIMMERTHAAL, *Von Finden verlorren, derelinquierter und herrenloser Sachen*, in «Archiv für civilistische Praxis», LII, 1869, p. 538, CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 104 (al quale il Berger attribuisce a torto un'opinione diversa), R. RICCI, *La derelizione*, in «RISG.», XIII, 1892, p. 325, BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 348 s., e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 50 ss.

²⁶) BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 308. Il BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 346 nt. 2, trova per altro eccessiva la meraviglia per la singolarità della locuzione.

²⁷) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 58.

alla tarda epoca in cui non si fece più differenza fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*: o almeno avrebbe mantenuto quel significato solo per le *res Mancipi*. Invece, quella espressione si trova adoperata nel pieno significato tecnico già accennato e riferita ad ogni specie di cose derelitte anche nei giureconsulti meno recenti.

Il soggetto del '*pro derelicto habere*' è comunque, come si è visto, il derelinquente. Senonché, nella discussione che si è fatta sopra questo punto, si è anche disputato se tale soggetto e, quindi, il derelinquente, possa essere solo il *dominus* o anche altri. Veramente si tratta di una questione che ha carattere terminologico fino a certo punto, e perciò potrebbe essere opportuno non trattarne qui e rinviarla ad altra sede. Sarà bene tuttavia accennarvi, salvo a riprenderla da altri punti di vista più sostanziali, per chiarire fin da ora un equivoco che ci sembra che spesso intorbidì la questione.

Da una parte ²⁸ si è messo in rilievo che nell'espressione '*pro derelicto habere*' c'è uno stretto riferimento alla proprietà e che una *res* altrui non potrebbe essere '*habita pro derelicto*', secondo lo stesso significato originario dell'espressione: al più '*qui rem pro derelicto habet*' potrebbe essere chi erroneamente si considera proprietario della cosa. Dall'altra parte, si nota che la proprietà del derelinquente non concorre per nulla a formare il fatto della derelizione ed ha importanza solo per gli effetti di tale fatto ²⁹, oppure che vera derelizione è anche quella eseguita dal non proprietario, come vera compravendita, vera donazione, vera dote è quella conclusa, eseguita, costituita dal non proprietario ³⁰. Più in concreto si osserva che in molti passi sopra citati le fonti parlano di cose che dicono espressamente derelitte '*a domino*', il che sarebbe un inutile pleonasma se non potessero essere derelitte da altri. E si osserva pure che talvolta le fonti stesse parlano di '*id quod pro derelicto habitum est*', riferendosi precisamente a cose derelitte non dal proprietario; questa sarebbe l'ipotesi contemplata nei passi che costituiscono il titolo VII ('*pro derelicto*') del libro XLI dei Digesti, almeno nel significato che essi hanno assunto nella compilazione giustiniana, che, secondo un'opinione, di cui faremo parola in seguito, potrebbe essere diverso da quello originario.

Ora, che una cosa possa essere in linea di fatto derelitta da chi non è proprietario, ma, in buona o mala fede, agisce come proprietario, è evidente. Questa derelizione non è, come pare che creda il Berger, un semplice titolo putativo se compiuta in circostanze tali da far credere che essa sia stata compiuta dal *dominus*: il Bonfante e il Rotondi osservano che, se ciò fosse vero, si arriverebbe al risultato che la '*derelictio non a domino*', come titolo putativo, non condurrebbe mai ad usucapione, il che è contraddetto dalle fonti. E' quindi necessario considerare tale atto come avente gli estremi della '*derelictio*', sia pure viziata, in quanto compiuta da chi non ne aveva il potere.

Ma c'è forse un altro aspetto della questione, ed anche questo non semplicemente terminologico. Il possessore si disfa, abbandonandola, della cosa, con l'animo, non di dismettere la proprietà di essa, ma solo di dismettere il possesso di essa. Qui non c'è derelizione di proprietà, ma è da domandarsi se c'è derelizione di possesso: se cioè la derelizione, in senso proprio, debba avere necessariamente lo scopo di perdere la proprietà oppure il semplice possesso. Di tale questione ci occuperemo in seguito (si veda *infra*, cap. III).

²⁸) LEIST, *Die bonorum possessio*, cit., p. 271, GIMMERTHAAL, *Von Finden verloren*, cit., p. 536, BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 139, e B. BIONDI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Catania, 1929, p. 245.

²⁹) Così CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 104.

³⁰) Così il BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 346 nt. 2, e, nel medesimo senso, G. ROTONDI, *La « derelictio servi » nel diritto giustiniano ultimo*, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1922, p. 26 nt. 1.

Capitolo II ELEMENTI E MOMENTI DELLA «DERELICTIO»

5. La ‘*derelictio*’ non è una dichiarazione di volontà, nel senso stretto che è da attribuirsi a tale espressione, ma è piuttosto una attuazione di volontà ³¹, come, ad esempio, l’accettazione dell’eredità mediante la ‘*pro herede gestio*’, la distruzione materiale e, si intende, volontaria del proprio testamento, l’occupazione di una *res nullius*, etc. Per conseguenza, essa è soprattutto un’azione, un contegno, che non è mezzo per dichiarare la volontà, ma è indizio di questa. E, talvolta, invece di un’azione, può essere una serie di azioni, un comportamento più o meno complesso, che deve interpretarsi nel suo insieme, con riguardo alle circostanze e al normale, comune modo di agire, per accertare la volontà che vi presiede.

Ciò è, secondo noi, importante per dedurne il corollario che la scomposizione e l’analisi, che la dottrina suol fare della ‘*derelictio*’: in diversi elementi e momenti, può essere certamente molto utile, ma può essere anche occasione, come vedremo, di equivoci, quando si creda di poter dare a ciascuno di questi elementi una figura ben netta e precisa che debba necessariamente ricorrere con gli stessi atteggiamenti in ogni caso.

Particolarmente nella ‘*derelictio*’ si suole distinguere, come si è visto, la volontà che la cosa non sia più propria e il distacco materiale della cosa stessa da chi l’ha avuta nella sua signoria. Questo distacco si suole raffigurare più o meno espressamente come la attuazione di quella volontà. E si è pure visto che l’uno e l’altro di tali elementi sono accennati assieme, sia pure con diversa accentuazione, così nella parola ‘*derelinquere*’, usata in senso tecnico, come nell’espressione ancora più tecnica ‘*pro derelicto habere*’. Da questo rilievo, che, prospettato nei termini molto generici ai quali abbiamo voluto intenzionalmente limitarci, appare esatto, si è a poco a poco passato ad una formulazione più precisa e più circostanziata di esso, sulla cui esattezza abbiamo invece forti dubbi. Intendiamo alludere alla distinzione che si è ravvisata nella ‘*derelictio*’ di un ‘*animus*’ e di un ‘*corpus*’, non solo per adoperare l’analoga terminologia che si usa per il possesso, ma con lo scopo di riferire all’una concetti e principii che valgono per quest’ultimo.

Anzi si è andati più in là e si è espressamente affermato che la ‘*derelictio*’ non è che l’atto contrario a quello con cui si acquista la ‘*possessio*’: essa sarebbe l’abbandono della ‘*possessio*’ della cosa ‘*animus et corpore*’; il distacco della cosa indicherebbe la perdita della ‘*possessio corpore*’ e l’‘*animus derelinquendi*’ rappresenterebbe la cessazione dell’*animus possidendi*. E da ciò, con rigorosa coerenza logica, si è dedotto che la ‘*derelictio*’ non ha relazione con la proprietà e col diritto, ma è in stretta relazione col possesso ³².

Cercheremo nelle pagine che seguono di accertare se e fino a che punto tali affermazioni con tutte le gravi conseguenze che ne risultano trovino appoggio nelle fonti. Ma fin da ora vogliamo ricordare, in generale, che la ‘*derelictio*’ è qualche cosa di più ed anche di diverso della perdita del possesso: essa è perdita del dominio. Il suo contrario non è l’acquisto del possesso, ma l’occupazione, cioè uno dei modi di acquisto della proprietà. Come l’*animus* dell’occupazione non è l’‘*animus possidendi*’, così l’‘*animus derelinquendi*’ non è l’*animus* di chi perde volontariamente il possesso. E anche l’elemento del cd. ‘*corpus*’ non si deve, secondo noi, intendere nella ‘*derelictio*’ come si intende nel

³¹) La più recente dottrina germanica parla in questi casi di «Willensbetätigung» (così A. THUR, *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts*, II, München-Leipzig, 1918, p. 404, e gli autori ivi citati: Regelsberger, Lenel, Hellmann, Wendt, Planck) oppure di «Willensgeschäfte» (così A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft: ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen*, Berlin, 1907, § 127), in contrapposto a «Willenserklärung». Per un riferimento di tali concetti alla derelizione, si veda THUR, *op. cit.*, p. 405, e MANIGK, *op. cit.*, § 121. Si veda anche E. BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1928, p. 297, e per un cenno all’‘*animus derelinquendi*’, in quanto non è dichiarazione, P. BONFANTE, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* (III), ora in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p. 179 e 199.

³²) BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 342 s., e *Corso*, II.2, cit., p. 274 ss.

possesso e, tanto meno, gli si debbono riferire gli stessi principii che valgono per quest'ultimo.

6. Cominciamo con l'esame dell' *'animus'*.

Di *'animus'* a proposito della derelizione, le fonti parlano espressamente e ripetutamente. Nelle *Sententiae* di Paolo (2.31.27) si legge *'derelinquendi animo'*. In (Ulp. 41 *ad Sab.*) D. 47.2.43.11 si trova invece *'derelinquentis animo'*. E in (Ulp. 53 *ad ed.*) D. 39.2.15.35 si dice: *'... hoc animo, ut ... derelinqueret'*. In altri passi, invece che di *'animus'* si parla di *'mens'*: così in *Iust. inst.* 2.1.47: *'ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet'* e in (Iul. 2 *ex Min.*) D. 14.2.8: *'hanc mentem habent, ut ... pro derelicto habeant'*. Ancora in D. 45.3.36 si legge: *'voluntate dominio relictus'*. Finalmente in (Diocletianus et Maximianus, 290) C.I. 7.32.4 si ha *'derelinquendi adfectione'*.

Secondo il Berger³³, che ha particolarmente insistito su questo punto, l' *'animus derelinquendi'* non sarebbe esistito per i classici «né come una denominazione tecnica né come un concetto cristallizzato». Essi non avrebbero avuto il bisogno di rilevarlo in modo speciale perché l'espressione *'pro derelicto habere'* già lo esprimeva sufficientemente; lo avrebbero invece sottolineato le teorie postclassiche e compilatorie, anche per la sostituzione da esse fatta della parola *'derelinquere'* all'espressione *'pro derelicto habere'*. Quest'ultimo rilievo del Berger, in verità, non regge, per un doppio motivo. Anzitutto, perché sul concetto dell' *'animus'*, sia con questa parola, sia con le altre analoghe che si sono ricordate, si insiste anche in passi in cui si legge *'pro derelicto habere'*. E, in secondo luogo, perché si è visto che è infondata l'opinione del Berger che vede la mano dei compilatori dove si legge la parola *'derelinquere'*. Ciò è importante perché viene a mancare uno degli indizi su cui egli si fonda per ritenere interpolati i passi medesimi, anche per quanto riguarda la menzione dell' *'animus'*. E, in generale, si può osservare che lo speciale accenno all'*'animus'*, pure nei testi dove ricorre il *'pro derelicto habere'* si giustifica facilmente ricordando che questa espressione aveva perduto il suo significato letterale originario, per acquistare quello tecnico che indicava ormai il fatto della *'derelictio'*, più che il momento dell'intenzione che lo determinava.

Più concretamente è da notare quanto segue.

Per quanto riguarda il citato passo delle *Sententiae* di Paolo, abbiamo già visto nel capitolo precedente, ed è inutile qui ripetere, quanto sia arbitraria la lezione che ne propone il Berger, anche e soprattutto nella parte, da lui cancellata, che concerne il *'derelinquendi animo'*³⁴.

Semplici congetture, per lo meno molto dubbie, sono le interpolazioni affermate dal Berger nei due passi di Ulpiano: D. 39.2.15.35 e D. 47.2.43.11.

Riguardo al primo, qualunque opinione si voglia accogliere intorno ai sospetti relativi ad altre sue proposizioni, sembra che sia da respingere il sospetto che concerne le parole *'si metu ruinae reces-serit, non hoc animo, ut aedificia derelinqueret'*: almeno le ragioni addotte dal Berger non persuadono. In sostanza, egli³⁵ vorrebbe cancellare queste parole in conseguenza del suo preconconcetto contro il termine *'derelinquere'*. Aggiunge, poi – e ciò gli sembra di una particolare gravità – che dal testo, quale lo trasmisero i compilatori non risulterebbe una contraddizione fra le opinioni di Labeone e di Cassio la cui esistenza farebbe supporre la particella avversativa *'autem'*. Ma questo, secondo noi, è un semplice equivoco, che dipende anch'esso dall'errore di attribuire al *'relinquere'*, di cui parla Labeone, il significato di *'derelinquere'*: in verità, Labeone non faceva dipendere la sua opinione dall'esistenza o meno di una *'derelictio'*; Cassio, invece, sì. Ma su ciò torneremo più avanti (*infra*, § 12).

Il secondo passo citato di Ulpiano, che, secondo il Berger³⁶, sarebbe stato ampiamente rimaneggiato dai compilatori, è sembrato sospetto pure al Bonfante³⁷, che tuttavia si esprime in forma

³³) *In tema di derelizione*, cit., p. 149 ss., 154.

³⁴) Si veda BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 348 nt. 1.

³⁵) *In tema di derelizione*, cit., p. 135. Il BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 349, ritiene assai dubbia l'interpolazione e il MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 87, si richiama, accettandola, a tale opinione.

³⁶) *In tema di derelizione*, cit., p. 178 s.

³⁷) *La derelizione*, cit., p. 350 nt. 1.

dubitativa. Esso, invece, è ritenuto genuino dal Meyer-Collings³⁸, salvo che, secondo lui, le parole *'quod plerumque credendum est'* o sarebbero un glossema o sarebbero state poste per errore da un amanuense nel luogo dove si leggono, invece che dopo *'si vero non hoc animo, sed'*. E' bene rinviare ad altro proposito l'esame di questo passo, importante per la questione più generale se, per i classici, il gettito di merci in mare avesse carattere di derelizione.

Neppure è questo il luogo di anticipare quanto in seguito dovrà dirsi di due passi in cui, come si è notato, invece che di *'animus'*, si parla di *'mens'*. All'uno (*Iust. inst.* 2.1.47) si ricollegano ben più ampie questioni, che qui non possono essere nemmeno delibate. Quanto all'altro di Giuliano (D. 14.2.8), è vero che l'opinione che esso sia stato ampiamente rimaneggiato dai compilatori è molto diffusa. Qui non è il caso di discutere se sia di fattura giustiniana l'ultima proposizione (*ut perinde ... auferret*), come ritiene il Berger³⁹ e adesso anche il Meyer-Collings⁴⁰; se lo stesso sia a dirsi delle parole *'quippe ... requisituros: ut'* e *'sint'*, come vorrebbe il Beseler⁴¹. Ma non sembra che ci siano ragioni sufficienti per sospettare delle parole *'non hanc mentem habent, ut ... pro derelicto habeant'*. Il Berger⁴² vede in esse una inesattezza linguistica perché nessun classico, e tanto meno Giuliano, avrebbe mai potuto, secondo lui, esprimersi in tal modo, essendo già nel *'pro derelicto habere'* indicato l'indirizzo del pensiero del proprietario. La fragilità di tale argomento è stata da noi sopra rilevata: il significato originario e letterale dell'espressione era stato obliterato e poteva essere opportuno accentuare l'elemento dell'*animus* o della *mens*. Semmai, l'insieme della proposizione e il rigoroso significato tecnico mantenuto all'espressione *'pro derelicto habere'* potrebbe testimoniare la genuinità del passo. Giustamente nota il Riccobono: «il testo poi risulta meravigliosamente architettonico; le parole, *'non hanc mentem habent'* accentuano l'opposizione all'opinione comune ai tempi di Giuliano, che insegnava dovesse sempre ritenersi quell'atto come fatto *'animo derelinquentis'*. Quest'ultima stava a base della decisione contraria contenuta nel testo di Minicio, la quale venne eliminata dai compilatori»⁴³.

Il passo di Giavoleno (D. 45.3.36), in cui si legge *'voluntate domini derelictus'* e che sopra abbiamo avuto occasione di citare ad altro proposito, è uno di quelli che hanno dato luogo ai più vari dubbi. Su di esso dovremo tornare. Qui è da mettere in rilievo che le parole suddette sono in esso mantenute dal Berger⁴⁴, ma sono cancellate dal Beseler⁴⁵, che del testo propone una completa rifazione, che esamineremo a suo tempo. E, in verità, la proposta di cancellarle può giustificarsi solo se si ritiene non genuina anche la proposizione *'nec potest continentur'*. Se quelle parole dovessero mantenersi, esse avrebbero una particolare importanza, data l'antichità del passo.

Infine, per quanto riguarda la costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano del 290 (C.I. 7.32.4), in cui si ha un *'derelinquendi adfectione'*, è giusta l'osservazione del Bonfante che si tratta di un testo che non va fuori dal linguaggio classico e dal diritto classico⁴⁶; comunque, l'opinione del Berger⁴⁷ che non si potrebbe giurare sulla classicità di tale espressione, che potrebbe essere interpolata, rimane senza giustificazione concreta.

Tutto sommato e con le debite riserve, ci sembra di dover concludere che l'esame dei passi suddetti, nonostante le incertezze cui essi danno luogo, fornisce argomenti sufficienti per far ritenere che l'*animus derelinquendi* non solo non era ignoto ai classici, ma era stato da questi rilevato e analizzato. Naturalmente, noi dobbiamo qui prescindere da ogni indizio che si potrebbe esser tentati di

³⁸) *Derelictio*, cit., p. 70.

³⁹) *In tema di derelizione*, cit., p. 174 nt. 7.

⁴⁰) *Derelictio*, cit., p. 71.

⁴¹) *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 210; *contra*, MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 71.

⁴²) *In tema di derelizione*, cit., p. 174.

⁴³) S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano - βιβλία εἰς Julianus ad Minicium*, in «BIDR.», VII, 1895, p. 266 s.

⁴⁴) *In tema di derelizione*, cit., p. 160 s.

⁴⁵) *Miscellanea*, cit., p. 219.

⁴⁶) *La derelizione*, cit., p. 349.

⁴⁷) *In tema di derelizione*, cit., p. 153.

addurre prendendo una decisa posizione nella ormai lunga polemica che si combatte contro o pro la classicità del rilievo dell'*animus* nei vani atti giuridici. Attenendoci strettamente a ciò che riguarda la '*derelictio*', sono da farsi le seguenti osservazioni, oltre quelle già fatte sopra.

Il rilievo dell'*animus*, nei passi citati non appare in forma stereotipa, come probabilmente apparirebbe se fosse opera dei compilatori, ed è significativo in questo senso il fatto che esso è indicato con varie espressioni e anche senza ricorrere alla parola '*animus*', invece della quale si adoperano le altre '*mens*', o '*voluntas*', o '*adfectio*'.

Ad esso si accenna, non solo per definire in generale la '*derelictio*', ma per distinguerla da altre figure con cui avrebbe potuto confondersi, oppure per dimostrare in casi dubbii che ne ricorrono gli estremi: per poterlo cancellare, sarebbe necessario mutilare e ricostruire eccessivamente i passi in cui è contenuto.

Il rilievo dell'*animus* si accompagna a quello del fatto materiale dell'abbandono. Abbiamo già visto che quest'ultimo è indicato talvolta nelle fonti con la parola '*relinquere*', della cui classicità non sembra che si possa dubitare e vedremo a momenti con quali altre espressioni esso è indicato e anche analizzato. Ora ci sembra contraddittorio ammettere che sia classico il rilievo di tale elemento e bizantino quello dell'altro, e, quindi, la classicità del primo può servire per desumerne e confermare la classicità del secondo.

Del resto, appare perfettamente naturale che i classici, che avevano già assunto come esponente caratteristico della '*derelictio*' l'intenzione del derelinquente, nella frase '*pro derelicto habere*', l'abbiano poi isolato dal fatto materiale dell'abbandono, quando tale frase assume il significato diverso da quello letterale che conosciamo ed era quindi necessario insistere altrimenti sull'elemento intenzionale.

Infine, vogliamo notare che dai passi che abbiamo esaminati risulta confermato che l' '*animus derelinquendi*', indicato così o con altre parole, non si identifica con l'*animus* di abbandonare il possesso. Già, come vedremo meglio in seguito (*infra*, cap. III), le fonti, quando si riferiscono a quest'ultimo, non dicono '*derelinquere*', tranne, forse, D. 41.3.45.pr. Comunque, non parlano di '*animus derelinquendi*', espressione riservata al caso in cui si ha perdita del dominio. A torto, quindi, fra i testi, in cui si accenna a tale '*animus*', si cita generalmente Gai., *inst.* 4.153. Questi parla di '*relinquendae possessionis animo*' e noi abbiamo visto che '*relinquere*' non ha lo stesso significato di '*derelinquere*'. Il vero è che si tratta di un passo che non riguarda la derelizione e l' '*animus derelinquendi*', ma che per noi è importante perché costituisce un appoggio notevole per la tesi che sopra abbiamo avanzato (si veda *supra*, § 3, ed *infra*, § 12).

7. L'altro elemento della '*derelictio*', che si suole designare con la parola '*corpus*', è l'azione stessa in cui la '*derelictio*' si concreta. Secondo i casi e secondo gli oggetti cui si riferisce, assume forme svariate ed è indicata nelle fonti con diversa terminologia.

Può essere un'azione positiva, come il gettito di una cosa mobile, anzi siffatto '*abiicere*', evidentemente in considerazione dell' '*id quod plerumque fit*', è l'espressione adoperata nella definizione generale della '*derelictio*', contenuta in *Inst. inst.* 2.1.47. Altri esempi si hanno quando si caccia da casa lo schiavo o lo si espone privo di aiuto (C.I. 8.51.1-3), o si mette in libertà l'animale. Invece che di un'azione positiva, può anche trattarsi di un'azione negativa, di una omissione: il non raccogliere la cosa caduta; il negare gli alimenti allo schiavo (D. 41.7.8), il non custodire l'animale, il non curare la manutenzione dell'edificio, il lasciare incolto il fondo, e così via ⁴⁸.

Questo distacco materiale della cosa, questo rompere ogni relazione con essa, allora dà luogo alla '*derelictio*' quando rappresenta l'attuazione della volontà di perdere il dominio. Cronologicamente, dunque, siffatta volontà è un *prius*, ma essa non ha valore finché non si traduce nell'abbandono ef-

⁴⁸) Per questi ed altri esempi, CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 98, S. PEROZZI, *Nota e*) a CZYHLARZ, *op. cit.*, p. 94 s., e BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 343.

fettivo: la semplice sua dichiarazione, per quanto espressa e precisa, non costituisce una derelizione, e può solo servire a chiarire il carattere e lo scopo dell'abbandono quando altrimenti questo sarebbe equivoco. Quel che decide sia dell'esistenza o meno di una '*derelictio*', sia del momento dal quale questa data, è, precisamente, il compiersi del distacco di cui si è fatto parola, il '*relinquere*' che, in considerazione della volontà che lo determina, si qualifica come '*derelinquere*'.

A questo punto crediamo necessario porci una domanda: questo '*relinquere*' coincide con la cessazione, s'intende volontaria, della '*possessio corpore*'? La dottrina, come si è accennato, non solo non mette in dubbio tale coincidenza, ma l'afferma implicitamente o esplicitamente, l'analizza e ne deduce delle conseguenze praticamente importanti.

Noi, invece, riteniamo che tutto ciò sia la conseguenza di un equivoco o, almeno, di una falsa generalizzazione. E' vero che non si può '*derelinquere*' una cosa mantenendo il possesso di essa, almeno in certo senso, che a momenti vedremo; è anche vero che, comunemente, nella maggior parte dei casi, '*relinquere*' la cosa implica compiere quelle stesse azioni che di solito conducono alla perdita del suo possesso. Ma si tratta di coincidenze, più che d'altro, di fatto, che, in alcuni casi e in talune circostanze, non si verificano. Così si spiega come, mentre in taluni passi l'elemento materiale della '*derelictio*' è indicato come una '*decessio possessione*' (si veda ad esempio D. 49.2.15.35) o come un '*deserere possessionem*' (C.I. 7.32.4), altri passi non si interpretano convenientemente facendo ricorso ai concetti e ai principi del possesso.

Giova insistere alquanto su questo punto, riprendendo in esame talune questioni, che si sogliono risolvere richiamandosi a criteri diversi da quelli che ci sembrano esatti.

8. Abbiamo un momento fa affermato che la '*derelictio*' non può essere costituita dalla semplice dichiarazione dell' '*animus derelinquendi*'. Ciò – si dice ⁴⁹ – è impossibile, perché altrimenti si avrebbe una '*derelictio*' consistente solo nell'*animus*. Senonché, a chi ben consideri la questione potrebbe apparire più complessa. E si potrebbe collegare con l'altra se si possa avere perdita del possesso in seguito ad un semplice '*nolle possidere*'. Giacché, se a tale domanda si dà una risposta affermativa, si potrebbe anche dire, che, essendoci la volontà di derelinquere e la perdita del possesso, si ha una derelizione. E, infatti, a questa conclusione, in base a questo ragionamento, si è talvolta pervenuti. Così, ad esempio, il Perozzi ⁵⁰ nega che ci sia derelizione da parte di chi dichiara, da un lato, di voler derelinquere, e, dall'altro lato, continua, ciò nonostante, a tener l'oggetto, quando – ed è questo il caso normale – dimostra di avere con ciò una intenzione effettiva contraria a quella dichiarata: in questa ipotesi, non ci sarebbe né vero '*animus derelinquendi*' né perdita di possesso. Ma se, viceversa, non si fa gettito della cosa che si dice di voler derelinquere, perché non si ha momentaneamente sottomano, non si trova, per esempio, nel cassetto dove si credeva che fosse, allora ci sarebbe l'*animus*, ci sarebbe perdita del possesso e, quindi, ci sarebbe derelizione.

Naturalmente, non è questo il luogo di esaminare il problema della perdita del possesso '*animo*'.

Nella giurisprudenza classica, il venir meno dell' '*animus possidendi*' bastava, a quanto sembra, a far perdere il possesso, come pure questo si perdeva col venir meno della '*possessio corpore*'. Invece i Giustinianeî negano che il possesso si perda pel venire meno della detenzione, cioè della '*possessio corpore*', quando non cessa pure, spontaneamente o coercitivamente, l' '*animus possidendi*', ma anche essi affermano che basta il venir meno di tale animo ⁵¹. Giova argomentare partendo da questi principii. Se si ammette che, perdendosi il possesso per la cessazione dell' '*animus possidendi*', che è im-

⁴⁹) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 62. Conforme CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 94 nt. 39, il quale nega la perdita del possesso a causa di un semplice '*nolle possidere*'.

⁵⁰) Nota e) a CZYHLARZ, *op. cit.*, p. 96.

⁵¹) Si veda E. ALBERTARIO, *D. 41,2,8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*, in «AUMA», V, 1929, p. 213 ss. e 225 ss., *Les problèmes de la possession relatifs au servus fugitivus*, in «RHD», X, 1930, p. 16 e 19 (estr.), e *Il possesso romano*, in «Rivista di diritto privato», II, 1932, p. 30 (estr.). Sull'argomento si vedano inoltre, fra i molti, P. BONFANTE, *Nota a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1862-1870, trad. it. – *Diritto delle Pandette* (curr. C. FADDA, P.E. BENSA) –, Torino, 1902-1914, V, p. 564 ss., e gli autori ivi citati.

plicita nell' *'animus derelinquendi'*, ha luogo una *'derelictio'*, allora si deve necessariamente ammettere che questa si effettui anche con una semplice dichiarazione di volontà. Ma ciò è evidentemente contrario a quanto sugli estremi di essa dicono le fonti, come già si è visto. Se, viceversa, si afferma che *'derelictio'*, nel caso prospettato, non c'è, allora se ne deve trarre la conseguenza logica che la *'derelictio'* non può dirsi costituita dai due elementi che di solito si indicano: l' *'animus derelinquendi'* e la perdita del possesso. Questo elemento deve essere una qualsiasi azione materiale, un contegno positivo o negativo, che crei una situazione obbiettiva, dalla quale risulti che una cosa è realmente sottratta ai poteri del derelinquente come proprietario di essa. Questa situazione non risulta finché egli conserva il possesso della cosa stessa, ma può anche non risultare quando si è perduto il possesso *'animo'*: e allora occorre qualche cosa di più o di diverso, come si voleva dimostrare. Né – si noti bene – può dirsi che l'elemento della *'derelictio'*, del quale è parola, consiste della perdita del possesso *'animo et corpore'*, perché, come vedremo a momenti, ciò non potrebbe ammettersi in un'altra ipotesi che esamineremo adesso: quella, cioè, in cui si derelinque una cosa di cui già prima non si aveva più il possesso.

E, in genere, i concetti che siamo venuti accennando risulteranno dall'esame di questa seconda ipotesi meglio che dall'esame di quella finora contemplata di perdita del possesso per cessazione dell' *'animus possidendi'* compenetrata nell' *'animus derelinquendi'*, la quale è difficile ad essere praticamente configurata ⁵².

9. Se il proprietario che non possiede più la cosa possa derelinquerla, è pure vivamente controverso. Si tratterebbe di un altro caso di *'derelictio solo animo'*, anzi, secondo alcuni, che ritengono non ammissibile il primo, del solo caso cui si dovrebbe riservare tale denominazione ⁵³. Esso differirebbe da quello che nel paragrafo precedente si è preso in considerazione, per negarlo, in questo: che la perdita del possesso non avverrebbe per effetto dell' *'animus derelinquendi'*, ma sarebbe avvenuta prima, e ciò che è più grave, potrebbe non essere derivata da un'azione del derelinquente, e quindi, essere rispetto a lui involontaria.

A tale questione si riannodano diversi casi. Il primo è quello dell'albero caduto sulla via pubblica, di cui parla (Ulp. 68 *ad ed.*) D. 43.8.2.40:

Si ex fundo tuo arbor in viam publicam sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri Labeo scribit: si tamen, inquit, actor sua impensa arborem tollere paratus fuerit, recte tecum actum interdicto de via publica reficienda. Sed si pro derelicto non habeas, recte tecum agi hoc interdicto.

Il passo è per noi importante, in quanto afferma che è possibile la derelizione dell'albero del quale, essendosi questo staccato dal fondo del proprietario e trovandosi sulla via, non si avrebbe più il possesso. A ciò potrebbe, invero, obbiettarsi che il proprietario, fino al momento della *'derelictio'*, avesse ritenuto *'solo animo'* il possesso dell'albero. Senonché questo non potrebbe essere stato il pensiero di Labeone, se si accoglie l'opinione che solo i giustinianeî avrebbero esteso il valore della massima *'animo retinetur possessio'* al di là del caso dei *'saltus hiberni et aestivi'*, per il quale l'aveva formulato la giurisprudenza classica ⁵⁴. E alla stessa conclusione si deve pervenire anche se si accoglie l'opinione più temperata che ritiene già dominante al tempo di Gaio (*inst.* 4.153) quella estensione: è sembrato, infatti, inverosimile che essa fosse già ammessa da Labeone, specie in un caso come il presente in cui non c'era alcun impedimento all'esercizio del possesso ⁵⁵. Da ciò si è concluso a favore

⁵² «Scolastica», la qualifica CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 94; «teorica e quasi chimica» il BONFANTE, *Nota*, cit., p. 564.

⁵³ Così il MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 62, seguendo L. LANCKORONSKI, *Beiträge zur Lehre von Dereliction und Okkupation*, Leipzig, 1907, p. 3.

⁵⁴ ALBERTARIO, *D. 41,2,8 e la perdita del possesso*, cit., p. 227 ss.

⁵⁵ MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 64.

dell'ammissibilità della *'derelictio solo animo'*, nei casi in cui c'è una preesistente perdita del possesso ⁵⁶.

Prima di esprimere la nostra opinione, sarà bene esaminare gli altri casi, che la dottrina suole citare a questo proposito. Uno di essi riguarda il *'iactus mercium'*. Anche su questa figura noi dovremo in seguito tornare. Per ora è da ricordare che, mentre Giavoleno ⁵⁷, Giuliano ⁵⁸, Gaio ⁵⁹ e Paolo ⁶⁰ non vedono in tale *'iactus'* alcuna derelizione, Ulpiano, in un passo sospetto, al quale abbiamo accennato ad altro proposito, avrebbe manifestato un'opinione diversa. Egli, cioè avrebbe distinto (D. 47.2.43.11) l'ipotesi che *'quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, cum sciat periturus'* e l'ipotesi che *'non hoc animo, sed hoc, ut, si saluum fuerit, haberet'*. Abbiamo anche fatto cenno alle congetture di interpolazioni avanzate dal Berger e dell'opinione del Meyer-Collings che ritiene genuino il passo, tranne forse le parole *'quod plerumque est'*. Comunque, la teoria prevalente, se non del tutto pacifica, presso i classici (si veda *infra*, § 37) era che la *'res levandae navis gratia iactata'* non fosse derelitta. Ma poteva essere derelitta in seguito? Si è pensato all'ipotesi che la merce fosse salvata e le spese del salvataggio superassero il valore di essa eventualmente diminuito dai danni prodotti dal mare. E si è pensato che la possibilità della derelizione dovesse senz'altro ammettersi ⁶¹. La prova di questa affermazione si è desunta da (Iav. 11 *ex Cassio*) D. 41.1.58:

Quaecumque res ex mari extracta est, non ante eius incipit esse qui extraxit, quam dominus eam pro derelicto habere coepit.

Qui, si è detto, si tratta di una derelizione che ha luogo dopo la perdita del possesso: *'incipit'* e rispettivamente *'coepit'* dimostrano che il proprietario, non originariamente, col *iactus*, ma più tardi, dopo l'estrazione, ha derelitto la cosa. E il passo non è sospetto di interpolazione. Soltanto potrebbe ricomparire l'obiezione, già affacciata per il caso dell'albero caduto sulla via pubblica, precedentemente esaminato, che il iattante abbia conservato il possesso *'solo animo'*: ma ciò, anche nel caso di cui è parola, come nell'altro, sarebbe da escludere, per ragioni analoghe a quelle accennate ⁶².

Un terzo caso concerne la cosa rubata al derelinquente, ed è contemplato in (Ulp. 42 *ad Sab.*) D. 47.2.46.pr.:

sed et si pro derelicto sit postea a domino habita, furti nihilo minus agi poterit.

Qui, si dice, si tratta di una derelizione che avviene dopo la perpetrazione del furto e quindi dopo la perdita del possesso: la possibilità di una *'derelictio solo animo'* è ammessa *expressis verbis* ⁶³.

Da alcuni autori si cita un quarto caso di *'derelictio solo animo'*: quello del servo manomesso dal proprietario che non ne avrebbe il possesso, trattandosi di un servo sottoposto all'usufrutto di un terzo. Così in Ulp., *l.s. reg.*, 1.19:

Servus, in quo alterius est ususfructus, alterius proprietatis, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est.

⁵⁶) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 63 ss.

⁵⁷) Si vedano (7 *ex Cassio*) D. 41.2.21.1-2 e (11 *ex Cassio*) D. 41.1.58.

⁵⁸) (Iul. 2 *ad Min.*) D. 41.7.7 e D. 14.2.8, riuniti da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, c. 486, nel frammento giuliano n. 857.

⁵⁹) (Gai. 2 *rer. cott.* = *inst.* 2.48) D. 41.1.9.8.

⁶⁰) (Paul. 34 *ad ed.*) D. 14.2.2.8.

⁶¹) Cfr. G. TIDOW, *Dereliction und Verzichtungsvertrag bei dinglichen Rechten*, Göttingen, 1895, p. 15, e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 70 ss.

⁶²) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 71 ss., essendo, secondo lui, insussistenti gli argomenti in contrario che potrebbero desumersi da D. 14.2.8 e da Gai., *inst.* 2.48: a prescindere da altre considerazioni, questi passi contemplerebbero casi dissimili da quello del *iactus*, che implica interruzione per un tempo indeterminato di ogni relazione con la cosa e anche ignoranza del luogo ove essa si trovi.

⁶³) Cfr. L. MEISSELS, *Zur Lehre vom Verzicht*, in «Grünhut's Zeitschrift», XVIII, 1891, p. 683, e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 72 ss.

A noi, invece, non sembra fondata l'opinione ⁶⁴ che vede in questo caso una 'derelictio'. Le fonti non usano affatto questa parola, ma parlano di 'manumissio': che qui la manumissione producesse l'effetto, non di rendere libero il servo, ma di renderlo senza padrone, non autorizza a considerarla come una 'derelictio', giacché la qualità di 'res sine domino' può derivare da cause diverse dalla 'derelictio'.

10. Nonostante i testi accennati, che si adducono a favore della cd. 'derelictio solo animo', l'ammissibilità di questa viene da una parte della dottrina negata ⁶⁵. I testi suddetti o non vengono allora menzionati, oppure si crede che contemplino casi speciali, da non prendersi ulteriormente in considerazione ⁶⁶. In generale, poi, si dice che le fonti, quando parlano di 'derelictio', parlano sempre di un abbandono del possesso, se pure non adoperano, come *Iust. inst.* 2.1.47, la parola 'abdicere' o altra simile. Al che si risponde ⁶⁷ che è vero che di regola chi derelinque è il possessore e il possessore 'corpore', ma ciò non esclude che in altri casi speciali possa derelinquere chi non possiede affatto o possiede 'solo animo'. Si dice ancora che il proprietario che non possiede la cosa non può attuare la derelizione ⁶⁸ o che l' 'animus derelinquendi' dev'essere logicamente anteriore nel tempo all'azione-corpore ⁶⁹: al che si obietta che ciò è vero quando la perdita del possesso è volontaria o, meglio, non necessitata, ma non nel caso di perdita involontaria ⁷⁰.

Inoltre, sul terreno esegetico, si disputa sul valore che avrebbe, anche per tale questione, il famoso (Ulp. 76 *ad ed.*) D. 41.2.17.1:

Differentia inter dominium et possessionem haec est, quoa dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. si quis igitur ea mente possessionem tradidit ut postea ei restitueretur, desinit possidere.

Sono note le gravi incertezze e le varie interpretazioni cui ha dato luogo questo passo.

Anzitutto, è dubbio se esso interessi la 'derelictio' ⁷¹ o non contempli, invece, la 'traditio', come da alcuni si crede ⁷²; in quest'ultima ipotesi, potremmo qui prescindere dal prenderlo in esame. Ma anche ove si accolga la prima opinione, non è con ciò detto che esso abbia connessione con il problema di cui è parola ⁷³. Ciò dipende anche dal modo con cui si crede di poter ricostruire il testo originario, che comunemente si ritiene sia stato largamente interpolato. Secondo alcuni, infatti, tutta l'antitesi ('differentia ... possidere') sarebbe costruzione bizantina ⁷⁴, mentre altri propenderebbe a cancellare le parole 'differentia ... vult' e corrispondentemente 'autem' ⁷⁵. Il passo, con questa cancel-

⁶⁴ Si vedano PEROZZI, *Nota e*) a CZYHLARZ, *op. cit.*, p. 95 s., e MEISSELS, *Zur Lehre vom Verzicht*, cit., p. 683.

⁶⁵ Cfr. CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 94 nt. 39, J. FINK, *Die rechtliche Natur der Aufgabe des Eigentums nach heutigem bürgerlichem Recht*, Freiburg i.B., 1903, p. 33 ss., H. DERNBURG, P. SOKOLOWSKI, *System des römischen Rechts*, Berlin, 1911, p. 186 nt. 2, e LANCKORONSKI, *Beiträge*, cit., p. 36.

⁶⁶ Così LANCKORONSKI, *op. cit.*, p. 42, per D. 41.1.50.

⁶⁷ MEISSELS, *Zur Lehre vom Verzicht*, cit., p. 683 s.

⁶⁸ CZYHLARZ, *loc. ult. cit.*

⁶⁹ Cfr. FINK, *op. cit.*, p. 32, e LANCKORONSKI, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁰ MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 73.

⁷¹ Così credono BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 356, e *Nota* a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette V*, cit., p. 565 (però in forma dubitativa), DERNBURG, SOKOLOWSKI, *op. cit.*, p. 186 nt. 2, A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* ², I, Erlangen, 1879, p. 645, MEISSELS, *Zur Lehre vom Verzicht*, cit., p. 684, e MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 44.

⁷² Cfr. CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 94 nt. 39, O. LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in «Jahrbücher für Dogmatik», XIX, 1881, p. 171 ss., PEROZZI, *Nota e*), cit., p. 96, e G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, ora in *Scritti*, III, cit., p. 111, che riferisce il passo all'ipotesi di un costituito possessorio.

⁷³ Lo nega MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁴ Cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 146, e P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, p. 250, che ritiene ciò «probabile». *Contra*, ROTONDI, *op. ult. cit.*, p. 111.

⁷⁵ MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 45, secondo il quale le parole cancellate non potrebbero riferirsi alla 'traditio', ma nemmeno, nel diritto giustiniano, alla 'derelictio', perché con questa la proprietà si perdeva subito; ma allora

latura e messo in correlazione con quanto precede o si crede che precedesse, significherebbe: se in una *'traditio'* non ha luogo un acquisto della proprietà, non per ciò il tradente perde la proprietà per *'derelictio'*, pure avendo cessato di possedere, e ciò perché egli voleva certo perdere la proprietà, ma solo per lo scopo di trasferirla. In altri termini, il passo si occuperebbe di *'derelictio'*, ma per negare che di essa ricorresse la figura. Se poi il passo si considera, almeno nella sua parte sostanziale concernente l'antitesi fra proprietà e possesso, come genuino, esso è, dopo tutto, suscettibile di una interpretazione molto piana. A ragione, il Bonfante lo considera insieme ad altri come uno dei testi, «che forse a torto hanno già dato tanto travaglio nella scienza» e che «ridotti alla specie concreta perdono ogni importanza decisiva»⁷⁶. Infatti, è vero che la nuda volontà, sia pure chiaramente manifestata, non basta a far perdere la proprietà e, in genere, un diritto, ma basta a spogliare del possesso, in quanto questo è *'res facti'*⁷⁷. L'accenno alla insufficienza della semplice volontà per la perdita della proprietà può riferirsi alle regole civili, alla causa lecita, ai divieti legali, ai modi e alle forme: ciascuna di queste ipotesi ha trovato i suoi sostenitori⁷⁸ e non sembra possibile una concreta precisazione. Per ciò che ci riguarda, è soltanto da notare che l'ipotesi che Ulpiano pensasse al concetto cd. proculeiano (D. 41.7.2.1) per cui la *'derelictio'* avrebbe fatto perdere immediatamente il possesso, ma non la proprietà, finché altri non si fosse impossessato della cosa, è una congettura che il Bonfante ha avanzato in forma molto dubitativa⁷⁹ e sulla quale non si può costruire.

In sostanza, o il passo di cui è parola non riguarda il nostro problema o, se lo riguarda, esso implica che non può darsi una *'derelictio solo animo'*, scompagnata da un'azione materiale in cui questo animo si concreti, ma non precisa in che cosa possa o debba consistere tale azione.

11. Possiamo, dopo ciò, concludere brevemente. Che le fonti, nei passi sopra esaminati, ammettano la possibilità di una *'derelictio'* da parte di chi non ha più il possesso della cosa, sembra che risulti in modo abbastanza preciso e sicuro. E sembra che non si tratti di casi eccezionali, ma che ciò sia la conseguenza di un principio generale e dello stesso concetto di *'derelictio'*. Ma, poiché risulta pure in modo ugualmente preciso che a costituire la *'derelictio'* non basta il solo animo, ma occorre qualche cosa d'altro, l'unica conseguenza logica da ciò desumibile è che questo qualche cosa d'altro può essere, ma non deve necessariamente essere l'abbandono del possesso, almeno nei casi in cui questo non si ha più. Del resto, non è da dimenticarsi che la *'derelictio'* è, per definizione, un'azione materiale (positiva o negativa) volontaria. Se il cd. *'corpus'* di essa si fa consistere nel fatto oggettivo della cessazione del possesso, che può esser venuto meno anche per il fatto di altri, *invito domino*, allora si altera lo stesso concetto della *'derelictio'* e si confonde la figura di questa con altre assolutamente diverse: per esempio, con qualche forma di rinuncia alla proprietà (si veda *infra*, § 40). Se così è, si può porre un dilemma: o il proprietario che non ha il possesso non può derelinquere, come del resto si è da alcuni logicamente ritenuto, o può derelinquere, come affermano le fonti, ma, in tale ipotesi, è necessario che compia un'azione e tenga comunque un contegno che non è precisamente quello di chi ha il possesso e lo abbandona. Deve trattarsi di un altro *'relinquere'*. Quale in concreto questo possa essere è inutile precisare. Nel caso, per esempio, dell'albero caduto sulla via pubblica, può consistere nella stessa prolungata inerzia del proprietario che non lo toglie dalla via e non lo riporta nel proprio fondo, pure avendolo a sua disposizione. Negli altri casi, sopra accennati, di cose gettate in mare e poi estratte da questo, o di furto, si può pensare ad un numero indefinito di azioni o comportamenti dai quali, secondo le circostanze, potrebbe risultare la volontà di non riavere le cose medesime.

Gli stessi principi sono da applicarsi nell'ipotesi anch'essa sopra accennata, che si derelinqua,

perché i compilatori le avrebbero aggiunto? Più logicamente ROTONDI, *Possessio*, cit., p. 111, dalle considerazioni che l'antitesi non è molto consona ai principii del diritto giustiniano aveva argomentato a favore della genuinità di essa.

⁷⁶ In Nota a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., V, p. 564.

⁷⁷ BONFANTE, *Nota*, cit., p. 565.

⁷⁸ Si vedano le citazioni in ROTONDI, *Possessio*, cit., p. 111, e in BONFANTE, *Nota*, cit., p. 565.

⁷⁹ «Non è escluso nemmeno che ...» (*loc. ult. cit.*).

pur non essendo nella materiale possibilità di far gettito della cosa, che, per esempio, non si trova. Perché si abbia allora una derelizione, è necessario che si compia qualche altra azione da cui in fatto risulti l'attuazione della volontà di derelinquere.

Così, in ordine al problema se sia ammissibile una '*derelictio solo animo*', si viene ad una soluzione unitaria, negandola in ogni caso, ma affermando che si ha un'effettiva derelizione, col concorso di entrambi gli elementi di cui essa deve constare, anche quando l' '*animus*' si attui diversamente che con la conseguente e volontaria cessazione del possesso.

Né si obietti che, dopo tutto, è proprio questa cessazione del possesso, più che la perdita del dominio, ciò che vuole il derelinquente. Questa affermazione si è fatta, sia pure di passaggio, a proposito di una ben diversa questione del tutto generale: quella concernente il rapporto fra l'intenzione delle parti e gli effetti degli atti giuridici.

Il Lenel⁸⁰, nel sostenere la tesi che tali effetti sono dati dalla legge, nel senso che le parti di solito mirano, non ad essi, ma a scopi economici e sociali, ha citato la derelizione: con essa, secondo lui, il derelinquente vuole non rinunciare alla proprietà, ma liberarsi dalla cosa. L'osservazione è stata poi ripetuta da altri. Così, il Czyhlarz⁸¹ ha rilevato che «nella vita ordinaria la coscienza di abbandonare un diritto non viene nell'atto della derelizione in prima linea, essendo l'*animus* diretto semplicemente a *reiiicere* la cosa»: tuttavia egli tempera questo rilievo, aggiungendo che «non pertanto la rinuncia al diritto è sempre implicita nell'*animus derelinquendi*, perché chi si disfa assolutamente di una cosa, vuole anche con ciò rinunciare a qualsiasi diritto vi abbia sopra». Il Ferrini⁸² fa l'ipotesi di un Tizio che, per capriccio passeggero, non vuole più un oggetto e lo butta dalla finestra: in tal caso, secondo lui, non ci sarebbe la volontà di perdere il dominio e, a prova di ciò, osserva che se Tizio, un minuto dopo, si pente, scende nella strada e raccoglie la cosa, non saprà di aver perduto prima il dominio, di averlo poi recuperato mediante l'occupazione, che il suo diritto ha subito un'interruzione.

Tutto ciò, fino a certo punto e in linea generale, può anche essere esatto, e non è qui il caso di esaminare direttamente un problema così ampio. Vogliamo soltanto mettere in rilievo che, quando si è in presenza di una vera e propria derelizione, il derelinquente non vorrà semplicemente perdere il suo diritto, ma vorrà anche questo; se non lo vuole, è da dubitare che egli compia un atto che possa qualificarsi con quella figura giuridica. Comunque, dato in ipotesi che egli non abbia intenzione e coscienza di giungere a tale effetto, ciò non vuol dire che abbia, invece, la volontà di perdere il possesso e che a tale perdita miri il suo atto. Si dovrà piuttosto dire che il derelinquente compie un'azione o tiene un contegno che implica un completo e definitivo disinteresse della cosa e che a tale fatto il diritto attribuisce l'effetto della perdita del dominio, di ogni altro diverso diritto, del possesso, quando questo si ha, etc. Il che, se mai, conformerebbe la tesi che la perdita del possesso, considerata in sé e per sé, non è elemento essenziale e necessario della '*derelictio*', che è costituita da un fatto più ampio: può esserne un effetto, un indizio, un modo di manifestarsi e attuarsi.

Capitolo III OGGETTI DELLA «DERELICTIO»

12. La posizione che, nel precedente capitolo, abbiamo presa in ordine al problema dei rapporti fra '*derelictio*' e '*possessio*', ha importanza, non solo per ciò che concerne i due momenti che nella '*derelictio*' si sogliono distinguere, l' '*animus*' e il '*corpus*', e che vanno intesi nel senso che abbiamo cercato

⁸⁰) *Parteabsicht*, cit., p. 71 ss. Si veda *contra* S. PEROZZI, *Della tradizione. Suo concetto e sua natura giuridica*, in «AUPE.», II.1, 1886, p. 196 ss. e 200 ss., e in *Nota d)* a CZYHLARZ, *op. cit.*, p. 91.

⁸¹) *De aquirendo rerum dominio*, cit., p. 104 nt. 63 e p. 128 s. nt. 91.

⁸²) *Intenzione delle parti ed effetto dei negozi giuridici*, ora in *Opere*, Milano, 1929, III, p. 351.

di precisare, ma anche, anzi soprattutto, per ciò che riguarda i suoi possibili oggetti.

Questi sono, come abbiamo già notato, le *res*. Infatti è questa la parola che le fonti adoperano quando accennano in termini generali all'oggetto della *'derelictio'*. Naturalmente in molti casi la *res* è specificata: si tratta di *merces*, o di un *servus*, o di un *fundus*, o di un *aedificium*, o di una *insula*, o di *ruder*, o di un *arbor*, o di un *opus*, etc. Derelinquere una cosa significa abbandonarla definitivamente e, per dir così, a tutti gli effetti: quindi, non solo per ciò che concerne il possesso. L'opinione che limita a questo l'oggetto della *'derelictio'* prende in considerazione solo il cd. *'corpus'* di essa e, per giunta, non tenendo conto che, se tale *'corpus'* può nei casi più comuni coincidere con l'abbandono del possesso, ciò non si verifica in altri casi, come in quelli in cui derelinque il proprietario che non ha più il possesso della cosa. Perché ci sia una *'derelictio'*, è necessario l'animo di perdere ogni signoria sulla cosa, e, quindi, anche la signoria più alta, più culminante e più comprensiva, che su di essa può aversi, cioè il dominio. Ma se ciò è vero, non si deve neppure esagerare, fino al punto di ritenere, come frequentemente avviene, che oggetto immediato della *'derelictio'* sia il diritto di proprietà. Questa opinione, che abbiamo vista espressamente formulata da parecchi scrittori (Leist, Gimmerthaal, Berger, etc.) e che, più spesso, affiora in svariate occasioni, è da respingere come quella che, invece della proprietà, prende di mira il possesso. Secondo noi, dal complesso dei testi e dalla terminologia di essi risulta che la *'derelictio'* ha per oggetto la cosa considerata sotto tutti gli aspetti, così di fatto come di diritto, per cui essa ha relazione col derelinquente. Ciò spiega come il diritto di proprietà, pur non costituendone, in senso proprio, l'oggetto, sia «coinvolto» nella derelizione. E questa – si noti bene – lo coinvolge, non perché la perdita della proprietà sia un effetto che la legge le attribuisce, nonostante che si tratti di un atto diretto ad altro fine, ma perché a questo fine essa intende e non può non intendere, oltre che agli altri minori e, in certo senso, subordinati. Anche se si parte dal concetto che di solito il derelinquente non pensa alla perdita della proprietà in sé e per sé, ma solo agli effetti pratici ed economici derivanti dal fatto che egli si libera dalla cosa, non è da dimenticare che tali effetti pratici sono precisamente quelli che, in linguaggio giuridico, significano perdita del dominio.

A maggiore conferma della tesi che la *'derelictio'* non è completamente ed esattamente configurata se viene messa in relazione solo col possesso, gioverà aggiungere qualche altra osservazione a quelle fatte adesso e nel precedente capitolo.

E', a tale proposito, da ricordare che le fonti, quando vogliono accennare all'abbandono del possesso, non usano mai l'espressione *'pro derelicto habere'* e nemmeno le parole *'derelinquere rem'*. Esse dicono invece *'nolle possidere'*, *'amittere animo possessionem'*, *'possessioni renunciare'*, *'possessionem deserere'*, etc. L'espressione che più si avvicina a quella usata per la derelizione è *'relinquere possessionem'*, che, come si è notato, ricorre in Gaio (*inst.* 4.153), in D. 19.2.15.35 e in C.I. 3.38.8: ma noi sappiamo che *'relinquere'* non è sinonimo di *'derelinquere'* e, del resto, ad esso si è aggiunto il complemento oggetto, *'possessionem'*. Che poi tale complemento oggetto, nella terminologia romana, non potrebbe essere sostituito con l'altro *'rem'*, è dimostrato chiaramente da un passo di Giuliano (44 *dig.*, D. 41.2.38.1), in cui si parla invero di *'traditio'*, non di *'derelictio'*, ma dove, comunque, si contrappone *'possessionem tradere'* a *'rem tradere'*⁸³. E, come si è già detto, in D. 39.2.15.35, la divergenza fra l'opinione di Labeone e quella di Cassio sembra imperniata sul fatto che il primo faceva l'ipotesi di un *'possessionem relinquere'* e il secondo di una vera derelizione dell'edificio (*'aedificia derelinqueret'*).

Inoltre, ci sembra importante notare che, se la *'derelictio'* fosse stata considerata come un caso di perdita del possesso, di essa la compilazione giustiniana avrebbe dovuto trattare nel titolo *'De adquirenda vel amittenda possessione'* (D. 41.2): invece, in tale titolo della *'derelictio'* non si fa neppure parola, se non incidentalmente (D. 41.2.21) e non certo per riavvicinarla alla perdita del possesso.

Se, dunque, la derelizione è un atto con cui si dispone, non del possesso, ma della cosa in sé e per sé, è chiaro che autorizzato a derelinquere non può essere che il *dominus*. Resta così risolta, anche da questo punto di vista, tale questione cui abbiamo accennato ad altro proposito (*supra*, § 4, in

⁸³) *'Hoc amplius existimandum, est possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit'*.

fine). Che se le fonti parlano di ‘*derelictio*’ compiuta *a non domino*, si tratta di casi in cui si ha un atto illegittimo, da cui non possono quindi scaturire gli effetti che derivano da una regolare derelizione, sebbene ne possano derivare altri, come quello di costituire un possesso che con l’usucapione potrà trasformarsi in dominio.

13. Potrebbe, a questo punto, sorgere il problema se tutte le *res* – s’intende quelle di cui qualcuno ha il dominio – possono formare oggetto di derelizione o se da questa regola si debbano eccettuare alcune categorie. Senonché, è da osservare che – pure essendo sostenute varie teorie, secondo le quali, rispetto alla ‘*derelictio*’, si sarebbero comportate diversamente, nel diritto classico, le *res Mancipi* di fronte alle *res nec Mancipi*, e, nel diritto giustiniano, gli immobili di fronte ai mobili –, ciò nondimeno la questione se tali specie di cose fossero suscettibili di derelizione non viene neppure posta, tranne che da qualche autore, che del resto la risolve affermativamente⁸⁴. E, invero, sembra che le fonti non diano su questo punto adito a dubbi. Le differenze accennate riguarderebbero o gli effetti della ‘*derelictio*’ oppure la impossibilità che di alcune categorie di cose derelitte si acquisti la proprietà immediatamente con l’occupazione. Di esse, quindi, sarà meglio far parola in seguito, in altra sede, sebbene le questioni che si fanno in ordine ad esse debbano, secondo noi, essere impostate tenendo conto, per l’appunto, della netta affermazione che anche della cose suddette era consentita una derelizione vera e propria e, quindi, con gli effetti che a tale atto sono essenziali. Giacché ammettere la derelizione, ma negando tali effetti o facendoli dipendere da fatti ad essa estranei, significa dopo tutto negare la derelizione stessa.

Comunque, a prescindere dai passi, che potrebbero ritenersi alterati, i quali, parlando in generale della ‘*derelictio*’, non accennano ad alcuna distinzione fra le varie categorie di cose, si potrebbero citare, per quanto riguarda la possibilità che, anche nel diritto classico, fossero derelitte *res Mancipi*, parecchi testi che concernono gli schiavi. In particolare, sono da menzionarsi: (Iav. 14 *ep.*) D. 45.3.36, (Ulp. 37 *ad ed.*) D. 9.4.38.1, (Paul. 18 *resp.*) D. 41.7.8, (Marc. 1 *iud. publ.*) D. 48.1.9 e (Mod. 6 *reg.*) D. 40.8.2. Sono passi che possono dar luogo ed effettivamente hanno dato luogo a sospetti circa la loro genuinità e a dubbi circa la loro interpretazione, ma solo per ciò che concerne altre questioni, di cui dovremo parlare appresso. Da essi, ad ogni modo, si può sicuramente desumere che fosse allora consentita la derelizione degli schiavi. Questa possibilità è un presupposto da cui essi partono anche quando, nel caso concreto, decidono che non ci fosse stata una derelizione. E che di vera e propria derelizione nei passi medesimi si tratti, e non di altro genere di abbandono, è confermato dall’espressione tecnica da essi costantemente adoperata ‘*pro derelicto habere*’. E a noi qui non interessa indagare se in epoche più lontane, per le quali non abbiamo sicure testimonianze, vigesse un diverso principio giuridico.

Importanti sono altresì i testi che trattano della derelizione di fondi. Anche per tale derelizione non giova e non sarebbe possibile risalire troppo indietro. Dal rilievo esattissimo che, quando le fonti parlano in termini generali della derelizione, adoperano, di solito, espressioni che non potrebbero riferirsi che ai mobili (per esempio, ‘*abdicere*’ o altra parola simile), non è certo da desumersi che la derelizione degli immobili avesse un carattere eccezionale e fosse stata consentita in tempi più recenti: essa era soltanto meno frequente in linea di fatto e perciò anche quando si parlava in genere di cose derelitte si dimenticava di usare termini che si adattassero pure ad essa. E’ poi completamente arbitraria, per ciò che concerne il diritto giustiniano, la congettura del Berger⁸⁵, che in *Iust. inst.* 2.1.47 (egli ritiene che questo passo non derivi da Gaio, ma sia di fattura compilatoria) si adoperasse la parola ‘*abiecerit*’ che si conviene solo ai mobili, per restringere il concetto di derelizione: la restrizione, che lo stesso Berger ammette che fosse ignota al diritto classico, avrebbe avuto riguardo alla legislazione postclassica che, per ragioni fiscali, aggravò le condizioni per l’abbandono dei fondi

⁸⁴) RICCI, *La derelizione*, cit., p. 333 ss. Si veda anche W.W. BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge, 1925, p. 138.

⁸⁵) *In tema di derelizione*, cit., p. 144.

da parte dei proprietari.

E' notevole che la derelizione dei fondi appaia già ammessa ai tempi di Labeone. Ciò ci viene riferito da Ulpiano in due passi molto importanti. In uno (D. 8.5.6.2), a proposito della questione fra *Servius* e *Gallus* se si potesse imporre una '*servitus oneris ferendi*' con l'obbligo per il proprietario del fondo servente di '*reficere parietem*', si dice: '*Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit*'.

Nel secondo (D. 3.5.9.1), si tratta della questione se il proprietario che ha derelitto un'*insula* sia tenuto al risarcimento delle spese verso il *negotiorum gestor*. Proculo, '*secundum Labeonis sententiam*', decide che il gestore '*oneravit dominum ... cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere*'. Che nell'uno e nell'altro testo si parli di vera '*derelictio*', nonostante che si ricorra al verbo '*derelinquere*', che potrebbe avere anche un significato non tecnico, non è da mettersi in dubbio. Infatti, i brani che ci interessano e nei quali è adoperata tale parola non sono stati coinvolti nei sospetti di interpolazioni avanzati per altri punti degli stessi testi⁸⁶.

Si potrebbero pure a questo proposito ricordare i passi in cui si parla della '*derelictio*' dei fondi in rapporto al *damnum infectum* (D. 39.2). Sul rilievo di essi per altre questioni, qui non importa per ora soffermarsi. Soltanto, abbiamo voluto richiamarli, perché è stato talvolta accennato, sia pure di passaggio e non in modo deciso, al dubbio se, nei casi in essi prospettati, si tratti propriamente più di una '*noxae deditio*' che di una '*derelictio*'⁸⁷. Sembra però che il dubbio non abbia ragione di porsi: basti ricordare il principio affermato in D. 3.5.9.1, testè citato, per cui '*et damni infecti nomine*' è lecito '*rem derelinquere*', se è vero che, come abbiamo detto, qui '*derelinquere*' è adoperato in senso tecnico. Del resto, non mancano dei passi in cui il '*derelinquere damni infecti nomine*' è indicato con l'espressione '*pro derelicto habere*'⁸⁸. E possiamo prescindere dall'esaminare che fondamento abbia l'asserita relazione fra questi casi di '*derelictio*' e la '*noxae deditio*' (si veda *infra*, cap. V)⁸⁹.

Infine è da notare che resta estranea al punto di cui qui ci occupiamo, concernente la suscettibilità di certe categorie di cose di essere derelitte, la questione se siano da considerarsi derelitti i cd. '*agri deserti*'. Se si accoglie l'opinione negativa, è da tener presente che essa si fonda non sulla impossibilità che per tali *agri* avesse luogo una '*derelictio*', ma sul motivo che si tratta di una legislazione specialissima che doveva applicarsi anche fuori dei casi di derelizione (cfr. *infra*, § 39).

14. Dal principio che la '*derelictio*' ha e deve avere per oggetto una '*res*', è da trarsi la conseguenza che non è possibile la derelizione parziale di una cosa. Si riferisce a questo punto un celebre passo, ossia (Mod. 6 *diff.*) D. 41.7.3:

An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

⁸⁶ Il primo dei passi citati è ritenuto largamente interpolato da BESELER, *Miscellanea*, cit., p. 231, ma l'ultima proposizione è ritenuta genuina da lui e dallo stesso BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 137, nonostante le sue prevenzioni contro il '*derelinquere*'. Questi poi, per quanto riguarda il secondo passo, dopo avere avanzato il sospetto che si debba cancellare il brano '*quasi ... vel quam*', dichiara di non osare ciò e finisce con l'ammettere la classicità di tale brano (*op. cit.*, p. 137).

⁸⁷ Così MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 85. Conforme l'opinione di BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 365 («E' la posizione del proprietario nell'*actio noxalis*») e di E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1917, p. 574 nt. 11 («Il y a ici une sorte d'abandon noxal»).

⁸⁸ Si vedano per esempio D. 39.2.6, D. 39.2.7.2 e D. 39.2.15.21. Contro i dubbi del BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 137, sulla genuinità di questi due ultimi passi, si vedano BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 364, e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 85.

⁸⁹ Il riavvicinamento, dato che nei casi suddetti si tratta di derelizione, potrebbe escludersi anche sulla base di testi che, parlando di '*noxae deditio*', adoperano la parola '*relinquere*', che come sappiamo, non indica la '*derelictio*' (si vedano per esempio D. 13.7.31.pr., D. 21.1.58.pr., D. 30.110 e D. 47.2.62.1).

In tale passo si nega senza esitazione che l'unico proprietario della cosa possa derelinquere una parte e trattenere l'altra. E' qui da avvertire che, contrariamente a quanto pare che altri ritenga ⁹⁰, la 'pars' che il proprietario non può abbandonare non è una parte materiale, ma una quota, una *pars pro indiviso*: un terzo, due terzi della cosa. La derelizione di una parte materiale (un braccio di una statua, un pezzo di un fondo) non potrebbe in linea di fatto aver luogo se non distaccando prima, in un modo o nell'altro, tale parte dal tutto e, quando tale distacco è avvenuto, non si ha più una cosa sola, ma se ne hanno due, delle quali è naturalmente possibile dereliquerne una. Ciò posto, è da domandarsi per quale principio il proprietario solitario non può derelinquere una quota della sua cosa. Forse perché non è concepibile che una cosa sia per una quota di qualcuno e per il resto *nullius*, oppure, perché mancherebbe il *corpus* della derelizione? Giustamente si è osservato che la risposta a tali domande sta in qualche connessione con la soluzione da darsi all'altro caso contemplato dal passo di Modestino, quello cioè che concerne l'abbandono della propria quota, non più da parte del proprietario solitario, ma da parte del condomino ⁹¹.

Senonché quale sia questa soluzione è molto dubbio. Che fra i due casi ci debba essere una differenza, parrebbe indicato dalla particella avversativa 'atquin'. E' stato però congetturato che essa sia dovuta ai compilatori ⁹²: questi avrebbero ammesso con i classici che il proprietario solitario non possa derelinquere una quota, ma, a differenza dei classici, avrebbero ammesso la derelizione di una quota del condomino. Ugualmente si è ritenuto che sia insitica, per interpolazione o glossema, la frase, che il Segrè ha definito «alquanto sibillina e inelegante», 'ut hoc sit in parte quod in toto' ⁹³. E, infine, il Riccobono e il Bonfante, quasi contemporaneamente, affermavano che il passo, così come ci è stato trasmesso, è da ritenersi incompleto. Però, il Riccobono lo ha completato con una aggiunta che ammette l'accrescimento della quota rinunciata dal condomino all'altro condomino, ma, appunto in considerazione di tale accrescimento, nega che si abbia una vera e propria derelizione, aggiunta che suonerebbe così: 'verius est partem pro derelicto haberi non posse, nam socius rei communis, si alter partem suam reliquerit, totius rei solus dominus efficitur' ⁹⁴. Il Bonfante completa il passo in modo da pervenire ugualmente al risultato di ammettere il *ius adcrendi*, senza però negare che ci siano gli estremi della derelizione. Secondo lui, il passo doveva proseguire così: 'si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, eaque adcrendit socio' ⁹⁵.

Sembra a noi, anzitutto, che, ammesso o in base ai completamenti suddetti o in base ad una interpretazione del frammento nella sua forma attuale ⁹⁶, il diritto di accrescimento, viene a mancare uno degli effetti comuni della 'derelictio', che, qualunque essi siano, non implicano certo l'accrescimento medesimo. Vero è che, come è stato rilevato ⁹⁷, si avrebbe il lato negativo della derelizione, cioè la perdita da parte del derelinquente di ciò che viene derelitto: 'eius esse desinit', dice Modestino. Ma, se pure questo effetto negativo è il solo essenziale, la cosa abbandonata ha di solito una sorte ben diversa da quella che avrebbe nel caso di cui è parola: donde una anomalia, che, se non è decisiva, ci sembra molto sintomatica. Questa considerazione ci fa propendere a favore della esclusione della figura della 'derelictio'.

Tale esclusione, inoltre, ci sembra validamente confermata dal fatto che, per indicare l'atto del condomino, si usa la parola 'relinquere' e non l'altra 'derelinquere': sul valore di questo argomento ba-

⁹⁰ MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 113, e, sembra nel medesimo senso, G. WOLFF, *Über Dereliction im Recht und Besitz*, Göttingen, 1888, p. 30.

⁹¹ G. SEGRÉ, *La comunione e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, p. 74.

⁹² Così BESELER, *Beiträge*, IV, cit., p. 188, ma solo per motivi formali, e SEGRÉ, *op. cit.*, p. 75, per i motivi accennati nel testo.

⁹³ Cfr. P. BONFANTE, *Il ius adcrendi nel condominio*, ora in *Scritti*, cit., III, p. 446, SEGRÉ, *op. cit.*, p. 75, e MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 112 s.

⁹⁴ RICCOBONO, *Communio e comunione*, cit., p. 53.

⁹⁵ BONFANTE, *Il ius adcrendi*, cit., p. 446.

⁹⁶ Si veda, per ultimo, in questo senso F. EISELE, *Exegetica*, in «ZSS.», XXXV, 1914, p. 7 ss.

⁹⁷ BONFANTE, *Il ius adcrendi*, cit., p. 441 ss., il quale però sembra che accenni ad un'opinione diversa, escludente cioè la derelizione, in altro scritto: *La derelizione*, cit., p. 344 s.

sti richiamarci a quanto abbiamo già osservato in proposito (*supra*, § 3), giovandoci per l'appunto anche del testo in esame.

Se così è, possiamo anche fare a meno di decidere se sia da ritenersi insiticia la frase '*ut hoc sit in parte quod in toto*', la cui eliminazione non nuoce alla nostra tesi e il cui mantenimento, se si interpreta in un certo senso, neppure ad essa nuoce.

Come è noto, infatti, alcuni intendono quelle parole come se dicessero che la cosa intera, quando una quota cessa di appartenere al condomino che vi ha rinunciato, viene ad appartenere al domino dell'altra quota: esse quindi riguarderebbero il diritto di accrescimento, che a noi interessa solo indirettamente. Vero è che, secondo altri, le parole stesse, se non ci si allontana dall'interpretazione letterale, vorrebbero dire che, poiché la quota abbandonata dal proprietario '*eius esse desinit*', la posizione giuridica della parte sarebbe come quella della cosa intera. Con ciò – si è detto ⁹⁸ – si verrebbe ad ammettere la derelizione, mentre, per i motivi accennati, il giureconsulto sarebbe stato di diversa opinione e per ciò avrebbe adoperato la parola '*relinquere*'. Ma, a dir la verità, non ci sembra necessario credere che Modestino, se la frase è sua e si deve interpretare come adesso si è accennato, abbia voluto parificare interamente l'abbandono della cosa intera e quello della quota; si tenga presente che le parole di cui si discute seguono immediatamente le altre: '*eius esse desinit*', e quindi è ragionevole supporre che i due atti si siano voluti parificare per quanto riguarda questo loro effetto, che realmente è ad essi comune, pur distinguendoli in quanto l'uno è un vero '*derelinquere*', l'altro un '*relinquere*'.

Nemmeno ci interessa stabilire se si deve cancellare o meno l' '*atquin*'. Il senso avversativo di tale parola può ben riferirsi al contrapposto fra il proprietario solitario che non può derelinquere una quota e il condomino, che, sebbene non possa nemmeno lui derelinquere la sua quota nel senso proprio della parola, può almeno perderla con il suo '*relinquere*'. Oppure, se si accetta il completamento proposto dal Riccobono, il contrapposto potrebbe essere istituito fra il proprietario solitario che, se si ammettesse la derelizione, verrebbe a trovarsi proprietario parziale di una cosa, di cui l'altra parte non sarebbe di nessuno, e il condomino che, per effetto dell'abbandono dell'altro condomino, viene a trovarsi proprietario della cosa intera.

Comunque, dall'insieme delle considerazioni che siamo venuti esponendo, sembra che si possa concludere con sufficiente sicurezza che Modestino negasse la ammissibilità di una derelizione così della parte di una cosa spettante ad un solo proprietario, come della parte spettante ad un condomino, sebbene quest'ultimo potesse con atto unilaterale di disposizione ('*relinquere*') rinunciare ad essa.

Avrebbero i compilatori adottato un'opinione diversa? Francamente non ci sembra che ciò risulti, nemmeno tenendo conto della soppressione dell'ultima parte del passo, che, secondo il Riccobono e il Bonfante, i compilatori avrebbero operata. Infatti, il significato che il passo sembra che abbia nella compilazione giustiniana è il seguente: si suole domandare se può derelinquersi parte di una cosa. Invero se di una cosa comune il condomino rinuncia alla sua quota, questa cessa di appartenergli come se rinuncia al tutto. Ma il proprietario della cosa intera non può trattenerne una parte e derelinquere un'altra parte. Dall'insieme si ricava l'impressione che la questione direttamente esaminata in questo frammento (ciò che '*quaeri solet*') fosse se il proprietario solitario potesse derelinquere in parte. Il richiamo alla rinuncia, al '*relinquere*' del condomino per ciò che riguarda la sua quota, sembra che sia del tutto incidentale, come di un argomento che non si crede possa addursi a sostegno dell'opinione contraria, cioè dell'opinione che il proprietario solitario possa *derelinquere* ⁹⁹. Se poi la questione che si soleva porre avesse ricevuto da altri giureconsulti una soluzione diversa da

⁹⁸) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 133. Che poi le parole suddette si debbano ritenere interpolate, per il motivo da questo autore accennato, che ai tempi di Modestino non si sarebbe potuto dire in generale, per tutte le cose, senza escludere le *res Mancipi*, '*eius desinit*', è un'affermazione sul cui valore non è questo il luogo di pronunciarsi: si veda *infra*.

⁹⁹) Il BONFANTE, *Il ius adrecedendi*, cit., p. 443, inclina invece all'opinione che la questione impostata da Modestino si riferisce ugualmente così alla derelizione della quota di un condominio, come alla derelizione del proprietario solitario, sebbene osservi che la prima non dovesse essere mai stata oggetto di vera discussione: egli crede che la derelizione fosse senz'altro ammessa, mentre a noi sembra vero il contrario.

quella accolta da Modestino e dai compilatori, non si può stabilire, ma forse si trattava di una questione meramente teorica, come teorica era l'opera di Modestino da cui il frammento è tolto, e, quindi, può darsi che della questione si facesse parola, non perché ci fossero dispareri, ma per mettere in rilievo i principi.

In conclusione, veri e sostanziali motivi per ritenere che il passo abbia subito rimaneggiamenti da parte dei compilatori non si possono addurre. Le sue oscurità è probabile derivino dal fatto che esso è rimasto isolato da ciò che lo precedeva o lo seguiva: donde i tentativi di completarlo. Che poi questi tentativi siano ben diretti quando si propongono di far risaltare l'ammissibilità dell' *'ius adcre-scendi'*, è un'altra questione che, esorbitando dal nostro tema, non possiamo qui prendere in esame. Soltanto, ci sia lecito osservare di sfuggita che, se è vero che il punto di cui si occupava Modestino era quello concernente la questione se l'unico domino di una cosa potesse dereliquerla in parte, è da dubitare che la sede più propria per parlare del diritto di accrescimento del condomino, fosse proprio questa.

Stabilito che non è possibile una vera *'derelictio'* di una parte della cosa, sia che essa appartenga ad una sola persona, sia che si trovi in condominio, sembra più logico dare di tale impossibilità un'unica spiegazione, anziché invocare due principi diversi. La spiegazione, infatti, che non è concepibile una proprietà per una quota senza che vi sia un proprietario per l'altra, varrebbe naturalmente per il primo caso, ma non per il secondo, se per questo la derelizione dovesse produrre l'effetto, non di rendere *nullius* la quota abbandonata, ma di accrescerla al *'socius'*. Invece, appare più semplice e, ad ogni modo, meno controvertibile, rilevare che in entrambi i casi suddetti non si può far luogo ad una derelizione perché manca il *'corpus'* suscettibile di essa. E con ciò si spiega pure perché, pur non essendo ammissibile la *'derelictio'*, si affermi che il condomino possa rinunciare (*'re-linquare'*) alla sua quota, qualunque sia l'effetto che a tale atto si creda di dovere attribuire. Del resto, non vogliamo escludere che Modestino riponesse la differenza fra il *'derelinquere'* e il *'relinquere'* in altri punti: per esempio, nell'effetto che avrebbe il primo di rendere *nullius* ciò che viene derelitto, effetto che non si avrebbe nel secondo, se si dà luogo all' *'ius adcre-scendi'*. Se così fosse, questo *'ius'* sarebbe implicitamente attestato da tale passo.

Comunque, e a prescindere da ciò, la questione relativa alla derelizione di parte o quota di una cosa, prospettata dal punto di vista cui si è per ultimo accennato, fa capo ad una questione più ampia, che dovremo affrontare: se, cioè, si possano derelinquere soltanto *'res corporales'* o anche diritti.

15. E' questa una questione che è bene esaminare partendo non da principi astratti, sia pure desunti da quanto ci sembra che risulti provato dalle indagini precedenti, ma dai testi, sebbene essi siano scarsi e dubbi.

In sostanza, a prescindere da (Gai. 23 *ad ed. prov.*) D. 29.2.57.pr., in cui si dice *'derelinquere hereditatem'*, e da (Ulp. 5 *opin.*) D. 48.23.2, in cui si dice *'derelinquere bona'*, dei quali frammenti ci sembra più esatto occuparci più tardi, non riferendosi essi esclusivamente a diritti, sono da prendersi qui in considerazione due soli passi, che concernono entrambi il diritto di usufrutto.

Il primo è di Ulpiano, ossia (51 *ad ed.*) D. 7.1.64:

Cum fructuarius paratus est usum fructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus et usufructuario hoc onus incumbit. Sed et post acceptum contra eum iudicium parato fructuario derelinquere usum fructum dicendum est absolvi eum debere a iudice.

Il secondo è di Pomponio e, nella compilazione, è posto con un *'sed'* in immediata continuazione del primo. Si tratta di (5 *ex Plaut.*) D. 7.1.65.pr.

Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere.

In sostanza, in questi passi si dice che, in alcuni casi, non importa quali, l'usufruttuario viene, a differenza che in altri, liberato dall'obbligo di riparare la casa se è disposto a *'derelinquere'* l'usufrutto. Che qui non si tratti di una vera e propria derelizione ci sembra evidente.

Anzitutto, nel diritto classico, l'usufruttuario non poteva, come è noto, disporre del suo usufrutto se non per mezzo di una *'in iure cessio'* al proprietario: la *'in iure cessio'* di esso ad un estraneo o non aveva alcun effetto (Gai., *inst.* 2.30) o determinava l'estinzione dell'usufrutto (Pomp., D. 23.3.66), e quindi la liberazione della proprietà. Una semplice convenzione (e quindi tanto meno una rinuncia unilaterale o una *'derelictio'*) non bastava ad estinguerlo. E ciò anche se si ammette che, dopo l'introduzione delle eccezioni, operata sotto la procedura formulare, all'usufruttuario che aveva consentito una cessione e, ciò nonostante, intentava l'azione confessoria, potesse opporsi un'eccezione di dolo (D. 44.4.4.12)¹⁰⁰. I passi sopra riferiti di Ulpiano e di Pomponio non dovevano, per conseguenza, parlare dell'usufruttuario *'paratus usumfructum derelinquere'* ma dell'usufruttuario disposto alla *'in iure cessio domino proprietatis'*. Si comprende come i compilatori, avendo abolito la *'in iure cessio'*, non potevano conservare espressioni che accennassero ad essa e le hanno sostituite con quella che adesso leggiamo. E si noti bene che tale sostituzione è stata operata in entrambi i frammenti con espressione unica (*'paratus usufructum derelinquere'*), che, se pure fosse stato possibile usare nei testi originari, difficilmente sarebbe per mera coincidenza ricorsa così nell'uno come nell'altro. A prescindere, dunque, dai rimaneggiamenti che, per il frammento di Ulpiano, hanno già notato il Lenel¹⁰¹, il Gradenwitz¹⁰² e il Beseler¹⁰³ e che non interessano la nostra questione, ci sembra che quello cui abbiamo accennato sia indiscutibile.

Chiarita così l'origine compilatoria delle parole *'usumfructum derelinquere'*, non appare più dubbio, come è apparso finora¹⁰⁴, il motivo per cui si è ricorso ad esse. Non giova risalire alle affinità che l'usufrutto presenta con la proprietà, né al rilievo che esso non era nel diritto classico considerato come servitù, donde la frequenza di inesattezze terminologiche¹⁰⁵. Basta ricordare la predilezione, sopra notata, dei compilatori per la parola *'derelinquere'* e il numero grandissimo di casi in cui essi l'adoperavano in senso non tecnico. Del resto, che nei passi citati non si parli di una vera e propria derelizione, risulta anche, crediamo in modo evidente, dal rilievo che non ci sarebbe stato alcun motivo per riferire il principio di cui essi trattano, la liberazione dell'usufruttuario dall'obbligo di restaurare la casa, solo all'ipotesi che egli perda l'usufrutto per *'derelictio'* e non per espressa rinuncia. Anzi, l'espressione *'paratus derelinquere'* implica precisamente una dichiarazione in questo senso e non può significare un fatto che, come la derelizione, non ha alcun valore finché non è compiuta materialmente¹⁰⁶. Se poi tale rinuncia, perché produca il suo effetto, abbia bisogno dell'accettazione da parte del proprietario o meno, è questione che qui non ci interessa, ma è probabile che si sia usata la parola *'derelinquere'* anche per accennare ad un atto del tutto unilaterale¹⁰⁷.

A tutte queste considerazioni se ne possono aggiungere, a conferma, delle altre. In un frammento, compreso nello stesso titolo (D. 7.1) in cui si trovano quelli di Ulpiano e Pomponio, e precisamente in (Paul. 9 *ad Plaut.*) D. 7.1.48, si contempla pure un caso in cui l'usufruttuario è esonerato dall'obbligo di riparare, *'si paratus sit recedere ab usu fructu'*. Il fatto che qui si usi una espressione di-

¹⁰⁰) Si veda P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, p. 403 s.

¹⁰¹) *Palingenesia*, II, cit., c. 739, *sub* Ulpiano, n. 1250.

¹⁰²) *Interpolationen in den Pandecten*, Berlin, 1887, p. 232.

¹⁰³) *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 126.

¹⁰⁴) Per ultimo, al MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 110.

¹⁰⁵) A tale spiegazione accenna MEYER-COLLINGS, *loc. ult. cit.*

¹⁰⁶) Si confrontino, del resto, i passi citati con (Paul. 9 *ad Plaut.*) D. 7.1.48 dove invece è adoperata l'espressione *'recedere ab usu fructu'*: *'sed si paratus sit recedere ab usu fructu fructuarius, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur'*.

¹⁰⁷) Così giustamente MEISSELS, *Zur Lehre vom Verzicht*, cit., p. 696, FADDA, BENSA, *Nota a WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, cit., IV, p. 338, etc. L. BACHER, *Zur Revision des Verzichts begriffs*, in «Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und heutigen Privatrechts», V, 1861, p. 245, partendo dal concetto della derelizione, aveva sostenuto che l'usufrutto derelitto rimanesse *nullius* («herrenlos») fino all'accettazione del proprietario!

versa dal *'derelinquere'* per esprimere lo stesso concetto, è significativo, sia che essa si debba al giurista classico, sia che si debba invece ai compilatori, il che qui non importa indagare. In altro passo (anch'esso di Paolo: 22 *ad ed.*, D. 9.4.17.1), sempre per accennare ad una rinuncia, si dice *'usu fructu cedere'*. E, in (Ulp. 69 *ad ed.*) D. 43.16.3.14, si parla dell'usufruttuario che si è allontanato dal fondo *'non usus fructus deserendi causa'*, cioè si contempla un caso in cui si sarebbe dovuto dire *'derelinquendi'* o *'pro derelicto habendi'*, se l'usufrutto fosse suscettibile di vera derelizione.

Date queste conclusioni, sembra inutile indagare, come fa altri¹⁰⁸, quali relazioni si possano scorgere fra la *'derelictio'* e la *'in iure cessio'*, allo scopo di spiegare l'uso delle parole *'usum fructum derelinquere'*. Esse hanno l'origine che si è sopra indicata e non possono servire né a fare scorgere nella *'in iure cessio'* dell'usufrutto elementi, sia pure analogici, di *'derelictio'*, né a far configurare come *'derelictio'* ogni altra forma di rinuncia ad esso.

Tantomeno, da queste innocenti parole si può trarre alcun argomento per affermare, come ha affermato il Cuq¹⁰⁹, che fossero passibili di derelizione, non solo l'usufrutto, ma, in genere, le servitù.

Nelle fonti non si rinviene quindi alcun elemento che appoggi l'opinione che fosse riferibile ai diritti reali, di qualsiasi natura, il concetto di *'derelictio'*.

Lo stesso, a *fortiori*, può dirsi per i diritti non reali la cui perdita volontaria non viene mai configurata sotto il profilo della derelizione. Non si derelinquono i diritti obbligatori, che pure sono, in genere, suscettibili di rinuncia; e nemmeno i diritti cd. personalissimi e quelli di famiglia.

E, a proposito di questi ultimi, può essere non del tutto superfluo rilevare che, mentre l'esposizione degli schiavi e dei nati da schiavi era vera e propria *'derelictio'*, tale non si considerava l'esposizione dei nati liberi, nonostante che chi li raccoglieva potesse trattarli come schiavi ed acquistarne la proprietà. La spiegazione di ciò è da ricercarsi nel rilievo che tale esposizione era manifestazione, non del diritto di proprietà, ma della patria potestà, e questa era perduta da chi esponeva il bambino, ma non veniva acquistata da chi lo raccoglieva¹¹⁰.

Come alla *'derelictio'* si è accostata, secondo quanto sopra si è detto, la *'in iure cessio'* dell'usufrutto, così un analogo riavvicinamento si è fatto per la *'in iure cessio cessionariae tutelae'*¹¹¹. Anche qui si ha un atto che ha lo scopo di liberarsi da un diritto e la forma della *'in iure cessio'* è adottata perché è l'unica che permette di raggiungere indirettamente quello scopo, facendo ritornare la tutela al tutore originario. Senonché, per quanto nella *'in iure cessio'* si voglia separare l'atto di volontà diretto al rifiuto del diritto dal momento che riguarda le sorti di questo¹¹², noi non sapremmo vedere in tale atto, considerato in sé, e tanto meno nell'intera *'in iure cessio'*, una figura che si avvicini alla *'derelictio'* vera e propria.

16. Se la derelizione non può avere per oggetto i diritti, neppure si hanno gli estremi di essa in certi atti – per cui, a prima vista, potrebbe ritenersi altrimenti – che si riferiscono a complessi di cose e di diritti, come i *'bona'* e l'*'hereditas'*. Si veda (Ulp. 5 *opin.*) D. 48.23.2:

Si deportatus restitutus dignitatem quidem indulgentia principis recipiavit, in sua autem omnia bona non est restitutus, nec a creditoribus neo publico nomine conveniri potest, sed cum ei facultas oblata esset a principe bona quoque sua recipendi, maluerit ea derelinquere, actionibus exuere se, quibus ante sententiam subiectus fuerat, non poterit.

E' stato da altri¹¹³ osservato che qui non può trattarsi di *'derelictio'* in senso tecnico. E ciò perché il *'derelinquere'* non avrebbe influenza sull'ulteriore sorte dei beni, che rimarrebbero in proprietà di co-

¹⁰⁸) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 45 ss. e 109 s.

¹⁰⁹) *Manuel*, cit., p. 347.

¹¹⁰) Si vedano G. HUMBERT, *'Expositio'*, in C. DAREMBERG, E. SAGLIO, «Dictionnaire des antiquités grecques et romaines», Paris, 1877-1919, II.1, p. 939, e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 111.

¹¹¹) MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 45 ss.

¹¹²) Si veda in particolare E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in «ZSS.», XXVII, 1906, p. 318.

¹¹³) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 53.

lui al quale erano stati a suo tempo assegnati in base al giudizio contro il deportato. Si tratterebbe invece di una rinuncia e neppure di una rinuncia ad un diritto, giacché la *'facultas oblata'* dimostra che si è in presenza di un semplice atto di grazia. Ci sembra che la conclusione di tale ragionamento sia da approvarsi, ma, più che per altro, per il motivo che manca un oggetto suscettibile di derelizione. E questo oggetto manca, sia che il passo si intenda nel senso che il *'deportatus restitutus'* rifiuti il diritto o la facoltà *'bona recipiendi'*, sia che si intenda nel senso che egli rifiuti direttamente tali beni (*'ea'*). Nella prima ipotesi, si avrebbe la derelizione di un diritto, contrariamente ai principii sopra dimostrati; nella seconda ipotesi, la derelizione cadrebbe o potrebbe cadere, oltre che su cose, anche su diritti, a meno che, nel caso concreto, non si trattasse di un patrimonio composto esclusivamente di *res corporales*. Senonché anche allora queste verrebbero in considerazione non singolarmente e in quanto tali, ma come elementi di una unità astratta.

E' poi da ricordarsi che in un passo di Gaio (28 *ad ed. prov.*, D. 29.2.57.pr.) si parla di *'heredes necessari'*, i quali *'velint derelinquere hereditatem'*, nel senso che intendono fare uso della facoltà *'abstinendi se ab hereditate'*. E in un frammento di Papiniano (20 *quaest.*, D. 36.2.57.3) si dice *'partem hereditatis derelinquere'*. Per quanto riguarda il lato sostanziale, potremmo qui ripetere le osservazioni fatte un momento fa per escludere la derelizione nei casi in cui si ha un rifiuto di un complesso di *'bona'*. Per il lato formale, è stato opportunamente osservato dal Berger¹¹⁴, in ordine al passo di Gaio, che questi, in un passo corrispondente delle sue *institutiones* (2.163) a proposito dell' *'ius abstinendi'*, dice, non *'derelinquere'*, ma *'relinquere hereditatem'*. Senza volere da ciò argomentare, come fa il Berger, contro la genuinità del frammento inserito nel Digesto, sembra che il rilievo accennato basti per togliere alla parola *'derelinquere'* che in esso ricorre il significato tecnico. E lo stesso è a dirsi per il passo di Papiniano, dove, a prescindere dai sospetti di manipolazioni avanzati dal Beseler¹¹⁵ e dallo stesso Berger¹¹⁶, l'uso di *'derelinquere'* è alternato capricciosamente con quello di *'relinquere'*.

In sostanza, in tutti questi passi si hanno altri esempi di testi, in cui, sia ciò dovuto ai giuristi classici o ai compilatori, si parla di *'derelinquere'*, nonostante che indubbiamente manchino gli estremi della *'derelictio'*.

17. La conclusione di quanto siamo venuti dicendo permette di accertare elementi essenziali e importantissimi della figura della *'derelictio'*, i quali, oltre che in sé e per sé, potranno essere molto utilmente utilizzati anche per le indagini che seguiranno.

La facoltà di derelinquere è, senza dubbio, intimamente connessa col diritto di proprietà. Diremmo che essa è manifestazione di tale diritto, se non ci ricordassimo delle sottili questioni che, sulle tracce del Thon, fanno molti giuristi quando si domandano se la potestà di alienare un diritto è compresa nel diritto stesso. Comunque, ove manchi un diritto di proprietà, ivi manca il diritto o la potestà giuridica di derelinquere. Non è vera derelizione quella del possesso, perché il semplice possessore si trova in uno stato o rapporto di fatto, che consente l'esercizio di facoltà di fatto, analoghe a quelle giuridiche, ma che non sono e non possono essere che pallidi simulacri di queste. Invece, la derelizione, in senso tecnico, può essere stata, in tempi più antichi, una facoltà di fatto essa stessa, ma almeno fino dai tempi di Labeone, come si argomenta dai passi che abbiamo citato, e probabilmente molto prima, aveva acquistato il carattere di una potestà giuridica. Non è neppure vera derelizione il rifiuto o l'abbandono, comunque avvenga, di diritti reali minori di quello di proprietà. Ciò che si derelinque è, come abbiamo visto, non un diritto, nemmeno il diritto di proprietà, ma la cosa in sé e per sé. E di questa è naturale che solo il proprietario possa disporre. Il rifiuto o l'abbandono di diritti reali o non reali, può aver luogo come manifestazione di facoltà o potestà giuridiche, a differenza degli atti corrispondenti che concernono il possesso, ma, poiché non hanno per oggetto la cosa, non sono derelizione. Non vogliamo negare in modo assoluto che, da un punto di vista teori-

¹¹⁴) In tema di derelizione, cit., p. 131 s.

¹¹⁵) *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 24, e III, cit., p. 63.

¹¹⁶) In tema di derelizione, cit., p. 132.

co e puramente astratto, non si sarebbero potuto far rientrare nella figura di questa, e, infatti, i giuristi moderni non sempre curano di distinguerli. Ma è certo che i romani si astennero da tale generalizzazione del concetto di derelizione, anche quando usavano una terminologia per cui si direbbero avviati, specie nella tarda epoca, verso di essa. Così il concetto di questo istituto rimase alquanto materializzato e come imprigionato in un involucro, per dir così, corporale. Ma, appunto per questo, i suoi contorni restarono indicati da linee più semplici e, quindi, più precise.

Capitolo IV

EFFICACIA ED EFFETTI DELLA «DERELICTIO»

18. Ci sembra opportuno premettere alle ricerche che formeranno oggetto del presente capitolo una avvertenza, che conferma quella già fatta in principio del lavoro (cfr. *supra*, § 1). Noi sappiamo e non vogliamo contestare che i problemi che esse involgono stanno in immediato e inscindibile rapporto con quelli relativi alla natura della *'derelictio'* e, in modo particolare, con il problema se questa si debba considerare come il primo momento di un atto più comprensivo, che, ricollegando l'abbandono della cosa con la sua eventuale occupazione da parte di altri, sarebbe da configurarsi come una *'traditio'* o un negozio analogo alla *'traditio'*. Ma, poichè, anche dai fautori di tale veduta, si ammette che le fonti non danno in proposito sicure e dirette testimonianze, ci sembra che, per ora e provvisoriamente, non si debba assumere come punto di partenza, non diciamo l'accoglimento o la reiezione di siffatte teoriche, ma nemmeno la maggiore o minore probabilità che esse hanno di venire accolte o respinte. Piuttosto appare consigliabile il procedimento inverso: accertare ciò che le fonti ci dicono sulla efficacia e sugli effetti della *'derelictio'*, per potere poi argomentare induttivamente da tali risultati circa la figura generale da attribuirsi ad essa. E si intende che ciò non impedirà, anzi agevolerà, che, in un secondo momento, si ritorni su questi singoli risultati, per vedere se essi restano confermati o meno, deduttivamente, da quello più ampio e comprensivo, che questa volta potrà, sia pure in ipotesi, accettarsi come punto di partenza.

Del resto, ci consiglia di adottare questo piano di indagini anche la considerazione che molti punti concernenti l'efficacia e certi effetti della *'derelictio'* pare che possano determinarsi completamente senza riferimento ai problemi accennati, pur potendosi poi tenere utilmente presenti per la risoluzione di essi.

19. A) Dal principio che la *'derelictio'* importa l'abbandono della cosa a tutti gli effetti, discende che il derelinquente non la considera più sua e che essa cessa di appartenergli, estinguendosi così il diritto di proprietà a lui spettante. Il più importante e comprensivo effetto della *'derelictio'* è, dunque, precisamente questa perdita della proprietà da parte del derelinquente. Le fonti accennano esplicitamente e ripetutamente a ciò. Fra i passi che esprimono più direttamente o chiaramente tale concetto, sono da menzionarsi *Iust. inst.* 2.1.47:

Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.

e (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 41.7.1:

Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

Senonché, di fronte a questi passi, che affermano la perdita immediata e senza eccezioni della pro-

prietà, ce ne sono altri, che accennano ad una diversità di opinioni in proposito, che sarebbe esistita fra i giuristi classici. Essi sono (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.7.2.pr.-1:

Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus acquirere. Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit: Iulianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte.

e (Ulp. 41 *ad Sab.*) D. 47.2.43.5:

... quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.

Da questi passi, in quanto si mantiene ferma la loro attuale lezione, si desumerebbe che l'opinione, accolta poi nella compilazione giustiniana, secondo la quale la derelizione produrrebbe l'immediata perdita della proprietà, sarebbe stata rappresentata da Sabino, Cassio e Giuliano (oltre che dagli autori dei passi medesimi: Paolo e Ulpiano), mentre Proculo avrebbe sostenuto che la cosa derelitta non cessa di appartenere al derelinquente, finché altri non ne prende possesso. Dalla notizia che queste diverse opinioni erano rispettivamente difese da Proculo e Sabino, si è, forse infondatamente, arguito che si trattasse di una controversia fra le scuole denominate dall'uno e dall'altro di questi giureconsulti.

Viceversa, poiché, come vedremo, è sembrato difficile ammettere che la concezione cd. sabina-na fosse riferita da coloro stessi che la sostenevano a tutte le specie di cose, si è avanzata l'ipotesi che, nel diritto classico, si distinguesse, anche in ordine a ciò, fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. La controversia di cui si è fatta parola, sebbene ciò non dicano le fonti, sarebbe stata limitata alle *res nec Mancipi*, mentre per le *res Mancipi* sarebbe stato pacifico che il derelinquente non ne perdeva subito la proprietà.

In sostanza, adesso noi troviamo sostenute, per quanto concerne il diritto classico, tre teorie:

- 1) la derelizione produceva la perdita immediata della proprietà da parte del derelinquente, qualunque fosse la cosa derelitta ¹¹⁷;
- 2) la derelizione non produceva, in accoglimento della opinione cd. proculeiana, la perdita della proprietà, finché altri non prendesse possesso della cosa derelitta, qualunque questa fosse; e per le *res Mancipi* occorre, per di più, l'usucapione dell'occupante;
- 3) la derelizione delle *res nec Mancipi* determinava la perdita immediata della loro proprietà, anche se non venivano occupate e, comunque, prima di tale occupazione; invece, il derelinquente conservava la proprietà delle *res Mancipi* derelitte, anche oltre l'eventuale occupazione, finché, non essendo questa idonea a farne acquistare il dominio, l'occupante non le avesse usucapite.

¹¹⁷) E' questa la teoria tradizionale. Contro di essa si erano già manifestati limitatamente alle *res Mancipi*, M.S. MAYER, *Ueber das «duplex dominium» der römischen Rechts*, in «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft», VIII, 1835, p. 49 ss., LEIST, *Die bonorum possessio*, I, cit., p. 273 ss., e K. SELL, *Römische Lehre der dinglichen Rechte oder Sachen-Rechte*, I, Bonn, 1832, p. 183. Un ampio svolgimento della loro tesi e un'estensione di essa, nel senso accennato nel testo, anche alle *res nec Mancipi* si deve a P. BONFANTE, i cui studi in proposito (dal 1894) sono stati ripubblicati nel II volume dei suoi *Scritti giuridici vari*, cit., p. 327 ss., 342 ss. e riassunti nel *Corso*, II.2, cit., p. 251, oltre che nelle *Istituzioni di diritto romano* ⁸, Milano, 1925, § 89. In Italia, il punto di vista del Bonfante è stato, in generale, accolto da C. FERRINI, *Manuale di Pandette* ², Milano, 1904, p. 414 nt. 4, E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Firenze, 1921, p. 196 e 232, ROTONDI, *La «derelictio servi»*, cit., p. 26, e P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, p. 160. In senso più o meno conforme, si vedano anche BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, cit., p. 188, BESELER, *Miscellanea*, cit., p. 218, F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, p. 64, e GIRARD, *Manuel*, cit., p. 341. Però da molti si tende a limitare tali vedute alle *res Mancipi*: così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* ², Napoli, 1927, p. 172 s., CUQ, *Manuel*, cit., p. 291, H. SIBER, *Römisches Recht*, II, Berlin, 1928, p. 93, e soprattutto MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., *passim*. Invece, la tesi tradizionale è sempre seguita e riaffermata, oltre che da scrittori che si occuparono dell'argomento prima del Bonfante (Stintzing, Fitting, Czyhlarz, Ricci, Appleton), anche da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig, 1901, p. 414, A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, III.2, Leipzig, 1908, p. 250, BERGER, *In tema di derelizione*, cit., *passim*, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* ², I, Roma, 1928, p. 681 e 715, e BIONDI, *Corso di istituzioni*, I, cit., p. 245.

Questi, in brevissima sintesi, i risultati ultimi, cui sono rispettivamente pervenute le teorie accennate, di cui la prima e la seconda sono diametralmente opposte, mentre la terza si può dire intermedia.

20. Come si è visto, le fonti, nel loro stato attuale, appoggerebbero senz'altro la prima teoria. Per trarne argomenti a favore della seconda o della terza, è occorsa una critica, che occorre esaminare quanto, anzitutto, dal lato esegetico, sia fondata.

Lasciamo per il momento da parte il passo citato delle Istituzioni (2.1.47), che, per il fatto stesso di trovarsi nelle Istituzioni, potrebbe rappresentare soltanto il punto di vista giustiniano. L'opinione dominante ritiene che esso sia stato tolto da Gaio, e, più precisamente, dalle *res cottidianae* di questo giureconsulto, come il § 46, che lo precede, e il § 48, che lo segue, dei quali il testo gaiano ci è stato tramandato in D. 41.1.9. Da un lato però, non sono mancati coloro che ritengono l'intero paragrafo opera dei compilatori¹¹⁸ e anche taluni di coloro che fondamentalmente lo attribuiscono a Gaio, affermano che esso sia stato alterato, interpolandovi precisamente l'ultima proposizione (*ideoque statim dominus esse desinit*) e sopprimendo nella prima proposizione le parole *'nec mancipi'*, giacché tale proposizione originaria avrebbe suonato così: *'... si nec mancipi rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici'*. In altri termini, il passo di Gaio si sarebbe riferito solo alle *res nec mancipi* e, quindi, non avrebbe contenuto l'affermazione finale che il derelinquente perde subito la proprietà di ogni cosa (anche *mancipi*) da lui derelitta¹¹⁹. Delle questioni circa la genuinità dell'intero paragrafo preferiamo occuparci in seguito: esse, infatti, sono state sollevate principalmente a proposito del problema dei rapporti fra la *'derelictio'* e la *'traditio'*, nonché il *'iactus missilium'*, che abbiamo riservato ad altro capitolo. Qui vogliamo soltanto notare che all'ammissione di tali rifacimenti parziali il passo, considerato in sé e per sé, non offre nessun appiglio né formale né sostanziale¹²⁰: essi si dovrebbero ammettere solo se a questa conclusione costringessero argomenti tratti *aliunde*. E, quindi, il passo in esame non si può invocare a sostegno di una tesi diversa da quello che in esso appare accolta.

Lo stesso, secondo noi, è a dirsi di D. 41.7.1, sopra riferito. Anche per esso si è affermato che il giurista (Ulpiano) abbia riferito il suo discorso solo alla *res nec mancipi* e che questa limitazione sia comparsa nel testo attuale¹²¹. Ma o di tale affermazione non si dà alcuna spiegazione o, sempre per ciò che riguarda la critica intrinseca del passo, si dice che altrimenti l'ultima proposizione non avrebbe senso, giacché nel diritto classico la proprietà sulle *res mancipi* non si acquistava senza *in iure cessio* o *mancipatio*¹²². Senonché, mentre ciò è esatto per gli acquisti che noi diremmo derivativi, non risulta per il modo di acquisto che è l'occupazione. E, quindi, il rilievo accennato non ha valore se non si ritiene come già dimostrato che la *'derelictio'* seguita dalla occupazione desse luogo ad una *'traditio'*, cioè ad un modo di acquisto derivativo: il che potrebbe essere una petizione di principio. Del resto, è da ricordare che l'ultima proposizione è sembrata sospetta, perché mancherebbe, dopo le parole *'isdem modis'*, l'aggiunta sostanziale *'in contrarium actis'*¹²³ e, per conseguenza, da essa non sarebbe da desumersi alcun argomento decisivo. Inoltre, contro la limitazione del discorso di Ulpiano alle *res nec mancipi* si è osservato che è poco probabile che essa si contenesse nel passo in questione, se è vero che questo, secondo il Lenel, apparteneva a quella parte del commentario dell'editto che trattava *'Ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur'* e riguardava specialmente le parole: *'si cuius quid de bonis non utendo deminutum esse dicetur'*¹²⁴. Comunque, anche a prescindere da ciò, se non è a ritenersi provato che Ulpiano si riferisse in genere a tutte le cose, tanto meno è da ri-

¹¹⁸) Cfr. F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremden Gelde*, Leipzig, 1916, p. 66, e BERGER, *op. cit.*, p. 140 ss.

¹¹⁹) Così MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 14 s.

¹²⁰) S'intende che qui prescindiamo dagli argomenti addotti, specialmente dal Berger, contro la genuinità dell'intero passo e che si riferiscono anche alle parti di esso accennate nel testo.

¹²¹) Cfr. BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 339, e MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 35.

¹²²) MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 35.

¹²³) Cfr. BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 164 e nt. 2.

¹²⁴) Cfr. BERGER, *op. cit.*, p. 164.

tenersi provato il contrario. Se poi questa limitazione sia da desumersi da D. 47.2.43.5, dello stesso Ulpiano, che ivi avrebbe presa posizione in tale senso, vedremo a momenti.

I testi finora esaminati non offrono neppure alcun appiglio all'ipotesi che da essi si debba cancellare la parola '*statim*', che indica il momento in cui avviene la perdita della proprietà.

21. Gli emendamenti, che non si lasciano indurre da elementi intrinseci degli stessi testi, potrebbero però essere suggeriti dalla critica di altri testi particolari, che nell'esame di tali questioni si sogliono invocare.

Il principale fra essi è il celebre (Pomp. 32 *ad Sab.*) D. 41.7.5:

Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucaptum constat nec obstat, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emerim, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est.

§ 1. Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti cum quis aes sparserit aut aves amiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea, quae, cum quis pro derelicto habeat, simul intellegitur voluisse alicuius fieri.

E' opinione concorde che in questo passo sia intervenuta la mano dei compilatori, ma non si è mai riusciti a precisare in che senso e con quale scopo. Noi, come diremo, riteniamo che il principio di esso sia genuino.

E' stato, anzitutto, rilevata una discordanza che esisterebbe fra il *principium* e il § 1: in questo la cosa derelitta entra immediatamente in proprietà dell'occupante, mentre nel *principium* si dice espressamente che la cosa non è nei suoi beni. La contraddizione – si dice ¹²⁵ – scomparirebbe ammettendo che Pomponio distinguesse fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*: nel principio, invece dell' '*id quod*' dei compilatori, si doveva originariamente leggere '*res Mancipi*' e nel § 1 '*res nec Mancipi*'. E' però evidente che, per dare a tale opinione un fondamento positivo, bisognerebbe prima dimostrare che per il diritto classico non potrebbe valere quello stesso modo con cui si deve eliminare la contraddizione suddetta per quanto riguarda il diritto giustiniano. Per questo, la contraddizione si elimina certamente solo se si intende che nel principio si tratti di una cosa derelitta da un non proprietario, nel § 1 di cosa derelitta dal *dominus*. Crediamo che si debba preferire, finché ciò non si dimostri impossibile, una spiegazione unica per il diritto classico e per il diritto giustiniano, anziché due spiegazioni completamente diverse. Vediamo, dunque, se ci sono ragioni che a ciò si oppongano. Non sembra molto rilevante il dire, come è ripetutamente accaduto ¹²⁶ che, se la causa del mancato acquisto immediato del possessore fosse stato il fatto che non il proprietario aveva derelitto la cosa, Pomponio avrebbe nel principio aggiunto un '*non a domino*', che i compilatori non avrebbero avuto ragione di cancellare. Noi non sappiamo in che connessione il passo stesse nel testo originario, e può darsi che tale connessione rendesse superflua quell'aggiunta, come era superflua nella compilazione giustiniana, data la collocazione del frammento nel titolo '*pro derelicto*'. E comunque, non è da escludersi che, appunto perché superflue, i compilatori avessero cancellato le parole che Pomponio può avere scritte ¹²⁷.

Neppure è appoggiata da una ragione plausibile l'affermazione ¹²⁸ che, se Pomponio avesse parlato di un derelinquente non proprietario, egli si sarebbe altresì riferito, non ad un '*in bonis habere*', ma ad una '*bonae fidei possessio*'. La distinzione – si dice – fra questi due concetti, che più tardi scompare, si trova ancora in Gaio ¹²⁹ ed è poco probabile che non sia stata più fatta dal contempo-

¹²⁵ Si vedano nel risultato LEIST, *Die bonorum possessio*, cit., p. 273 ss., BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 335 ss., e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 27 ss.

¹²⁶ Cfr. BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 336, e MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 22 s.

¹²⁷ Si veda SIBER, *Römisches Recht*, II, cit., p. 90.

¹²⁸ MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 23.

¹²⁹ *Inst.* 2.41: '*Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis*'

aneo Pomponio. Senonché questa osservazione sarebbe calzante se Pomponio ci dicesse che la cosa si trovava *'in bonis'* dell'occupante: egli, invece, lo nega, con la frase *'nec obstare quod in bonis tuis non fuerit'*. E' appunto la circostanza che la cosa non si trova *'in bonis'* dell'occupante che fa escludere in modo assoluto l'ipotesi che il testo si riferisse ad una derelizione da parte del proprietario di una *res Mancipi*: un classico non avrebbe allora scritto la frase *'nec obstare ... non fuerit'*, giacché, applicando alla *'derelictio'* il principio che valeva per la *'traditio'* e attribuendo all'occupante la qualità di accipiente *'quasi ex donatione'*, egli avrebbe dovuto almeno riconoscere che questi ha la cosa *'in bonis'*, come in genere avviene per ogni *traditio* di *res Mancipi*. Per evitare tale obiezione, taluno dei sostenitori¹³⁰ della tesi che combattiamo ha dovuto ricorrere all'espedito di dichiarare interpolato l'inciso *'nec obstare ... non fuerit'*, dove, per dire genericamente che la cosa non era nel patrimonio dell'occupante, si sarebbero usate le parole *'in bonis'* in senso non tecnico¹³¹. Però ci si dimentica di accennare alle ragioni che avrebbero indotto i compilatori a fare quell'aggiunta. Prima si era detto che il venditore *'id quo pro derelicto habitum possidebas'*, cioè che egli non era proprietario: che bisogno, quindi, c'era di ripeterlo nuovamente? E poi il presupposto dell'usucapione da parte del compratore non è appunto il fatto che chi aliena non è proprietario? Occorreva dirlo una terza volta?

La verità è che, a prescindere dal desiderio di riferire il testo all'abbandono di una *res Mancipi*, ha tratto anche in inganno il paragone cui è ricorso Pomponio, perché si è voluto prendere troppo alla lettera. Si è voluto, cioè – e si è anche creduto di riuscire allo scopo con la ricostruzione suesposta¹³² – che identica fosse la posizione della moglie e del derelinquente (entrambi proprietari), identica quella del marito e dell'occupante (entrambi alienanti non proprietari), identica, infine, quella dei due compratori (entrambi usucapienti, nonostante la conoscenza della mancanza della proprietà nell'alienante). Così, per volere attribuire troppo rigore logico a Pomponio, ce ne abbiamo rimesso un po' del nostro, oscurando ciò che il paragone voleva porre in rilievo e perdendo di vista il punto per il quale doveva propriamente valere il riavvicinamento fatto dal giurista.

Del resto, non sembra che nemmeno con ciò si sia riusciti a far coincidere i due casi posti a confronto. Concediamo pure che il derelinquente fosse proprietario, ed esaminiamo la posizione dell'occupante di fronte a quella del marito. In ambedue i casi posti a parallelo si ha, è vero, un venditore non proprietario; ma, nel primo caso, questi ha almeno un possesso *ad usucapionem*, che lo porterebbe entro un certo tempo alla proprietà, mentre, nel secondo caso, il marito donatario non ha nessun titolo per usucapire e non potrà quindi diventare mai proprietario. Vero è che, secondo alcuni¹³³, l'occupante venditore non sarebbe consapevole della derelizione e quindi non potrebbe nemmeno lui usucapire; invece chi acquista dall'occupante saprebbe della derelizione e quindi potrebbe usucapire, come chi acquista dal coniuge donatario. Ma ci sia permesso rilevare che, quando si usa l'espressione *'si id quod pro derelicto habitum possidebas'* in un titolo del Digesto che parla dell'*usucapio pro derelicto*, il negare che essa alluda ad una *condicio usucapiendi* ci sembra alquanto eccessivo.

La pretesa identità in ogni singolo punto va, quindi, lasciata da parte, come già osservava il Perozzi¹³⁴, se si vuole evitare di cadere in affermazioni arbitrarie.

Per non lasciarci forviare da tesi preconcepite, dimentichiamo per un momento che ci troviamo di fronte ad una persona la quale ha occupato una *res derelicta* e, per una ragione qualsiasi (o perché

ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit donec tu eam possidendo usucapias ...; 43: *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus, eum qui traderet dominum esse*.

¹³⁰) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 24 ss. Anche SIBER, *Römisches Recht*, II, cit., p. 89 e 90, cancella l'inciso.

¹³¹) Anche il PEROZZI, *Nota o)* a CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 156, nega che la frase *'nec ostare ... fuerit'* sia adoperata in senso tecnico. Essa significherebbe: «non osta che una cosa derelitta non si possa dire cosa dell'occupante; questi ne è benissimo proprietario, ma è proprietario della cosa di un altro». Si veda più oltre la spiegazione del testo data dal Perozzi.

¹³²) Si vedano LEIST, *Die bonorum possessio*, cit., I, p. 273 ss., BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 336 ss., e CORSO, II.2, cit., p. 195 ss., DUMONT, *Les donations*, cit., p. 64 nt. 1, e MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 24.

¹³³) Cfr. LEIST, *op. cit.*, p. 273 ss., RICCI, *La derelizione*, cit., p. 371, e BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 337 nt. 1.

¹³⁴) *Nota o)*, cit., p. 154.

si tratta di una *res mancipi* o perché il derelinquente non era proprietario), non ne è diventata proprietaria. Consideriamo soltanto la posizione di un possessore il quale, non importa in base a quale *'iusta causa'*, è in grado di usucapire; e consideriamo anche che egli, prima che sia decorso tutto il tempo necessario per l'acquisto della proprietà, venda la cosa ad un terzo. A questo punto possono prospettarsi due ipotesi: o questo terzo ignora che il venditore non è proprietario, oppure è a conoscenza che egli è soltanto possessore.

Nel primo caso, è ovvio che il compratore di buona fede di una *res aliena* acquista il possesso *ad usucapionem* e, per di più, se il possesso del venditore ha i requisiti di legge per condurre alla prescrizione acquisitiva, egli può computare a proprio vantaggio il tempo durante il quale il suo autore ha posseduto. Stando così le cose non sorge nessuna questione.

Ma Pomponio fa la seconda ipotesi; egli presuppone, cioè, che il compratore sia *'sciens'* della reale condizione della cosa. Allora ci imbattiamo in (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.4.2.17:

Si eam rem, quam pro tempore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu.

Il passo prospetta un caso analogo al nostro: anche qui si ha un possessore *ad usucapionem* che vende a chi sa *'rem alienam esse'*. Senonché, qui Paolo ritiene che la *'scientia'* ponga in mala fede il compratore e nega che questi possa usucapire. Uguale soluzione dovrebbe avere il caso prospettato da Pomponio, né si può ricorrere, come del resto non ha ricorso Paolo, al principio *'mala fides superveniens non nocet'*, invocando l'istituto dell'*'accessio possessionis'*: non si può cioè affermare che il tempo per l'usucapione abbia cominciato a decorrere dal momento in cui si è iniziato il possesso del proprio autore, possesso che era di buona fede. E' noto, infatti, che *'ne vitiosae quidem possessioni ulla potest accedere, sed nec vitiosa ei quae vitiosa non est'* ¹³⁵.

Ma è proprio questa la soluzione cui Pomponio non vuole arrivare: il giurista vuole, invece, affermare che il compratore ha tutti i requisiti per un possesso *ad usucapionem* e, quindi, anche la *bona fides*. Ed è per l'appunto per dimostrare l'esistenza di quest'ultima che egli fa il noto paragone. Egli, in sostanza, ci dice che, come può considerarsi onesto il comportamento di colui che compra dal marito donatario, perché la vendita si suppone fatta *'quasi volente et concedente domino'* ¹³⁶, così anche il compratore di una *res aliena* nel nostro caso particolare è in buona fede, in quanto ha la coscienza di non far torto a nessuno. L'uno e l'altro acquistano un possesso di buona fede e possono usucapire ¹³⁷.

Questo e non altro è il significato del testo, il quale, a parer nostro ¹³⁸, contiene una soluzione elegantissima e fa una geniale applicazione del concetto di *bona fides*.

Quanto poi alla *'derelictio'*, per tornare al punto di partenza, il testo ci dice soltanto che c'è una persona la quale possiede *'pro derelicto'*, senza precisare chi abbia compiuto la *'derelictio'* e quale cosa sia stata abbandonata. Né a Pomponio interessava stabilire questi precedenti, perché la questione fatta nel testo riguarda soltanto la posizione del terzo acquirente e il suo rapporto con l'alienante non proprietario (occupante-coniuge donatario). Per il diritto giustiniano è universalmente riconosciuto che il possesso si riferisce ad una cosa derelitta *'a non domino'* e i tentativi ¹³⁹ per dargli una diversa spiega-

¹³⁵) D. 41.2.13.13.

¹³⁶) A torto E.H. SELIGSOHN, *Iusta possessio*, Freiburg, 1927, p. 39, ritiene che il consenso del coniuge donante sia una strana finzione introdotta dai compilatori.

¹³⁷) Si vedano C. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, I, Paris, 1889, p. 65 s., e A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit* ², II.1, Halle, 1895, p. 504.

¹³⁸) Modifico così quanto in ordine a ciò avevo sostenuto nel mio precedente lavoro, *L'occupazione*, cit., p. 32 ss.

¹³⁹) Non ci sembra convincente nemmeno l'interpretazione del frammento proposta dal RICCI, *La derelizione*, cit., p. 371. Egli ritiene che la cosa sia stata effettivamente derelitta *a domino*: ignorando però l'occupante questa circostanza, egli non ne è potuto diventare proprietario, conformemente a D. 41.7.2: *'Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere'*. Questo lo stato delle cose da parte del venditore. Quanto al compratore, egli – sempre secondo il Ricci – sa che la cosa è derelitta, e crede che l'occupante ne sia divenuto proprietario; comprandola egli non diventa subito *dominus*, perché il venditore non lo era, ma acquista solo il possesso *ad usucapionem*. Il testo, quindi, si riferirebbe ad un caso di *usucapio pro emptore*, esistendo tutte le condizioni che danno vita a questo titolo, e sarebbe fuori posto. Senonché questa congettura presuppone che per l'acquisto immediato delle *res derelictae* fosse ri-

zione relativamente al diritto classico si debbono ritenere falliti ¹⁴⁰: secondo noi, il passo di Pomponio, per quanto riguarda il suo principio, è passato inalterato nella compilazione giustinianea; e, per quanto riguarda il § 1, sarà bene rinviare ogni esame ad altro proposito (si veda *infra*, cap. V).

22. Un altro passo che si è creduto di poter utilizzare come il precedente, è (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.7.2:

Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere. Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit: Iulianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte.

Si è sostenuto che anche questo passo originariamente si riferisse alla *res Mancipi* e che i compilatori abbiano sostituito ‘*adquirere*’ ad ‘*usucapere*’, indotti a ciò dall’espressa dichiarazione che la cosa è stata derelitta *a domino*. Così pure, essi nel § 1 avrebbero modificata in un semplice ‘*nisi ab alio possessa fuerit*’ l’espressione genuina ‘*nisi ab alio possessa et usucapta*’ – oppure: *per annum vel biennium possessa fuerit*’ ¹⁴¹. Interpolate dovrebbero essere infine anche le parole ‘*et recte*’ ¹⁴².

Delle ragioni che suggerirebbero tale ricostruzione non si può dar peso, secondo noi, a quella che il libro LIV del commentario di Paolo all’editto trattava dell’usucapione e che quindi il frammento citato stesse in relazione con questa e, più precisamente, con l’*usucapio pro derelicto*: noi ignoriamo la connessione del passo con ciò che lo precedeva o lo seguiva. Inoltre, in riguardo al primo ‘*possessa*’, si è affermato che un giurista classico non avrebbe usato tale parola nel senso di ‘*adprehensa*’ o ‘*occupata*’. Senonché, allora, anche il secondo ‘*possessa*’ dovrebbe ritenersi sospetto: ci sembra infatti evidente che l’opinione di Giuliano quale risulta dal passo aveva riguardo al momento della presa di possesso e, quindi, anche questa volta, ‘*possessa*’ è adoperata nel senso di ‘*occupata*’.

A prescindere, dunque, da tali argomenti, quella che è veramente importante è l’indagine sostanziale circa il contenuto del passo, cioè circa la diversità delle opinioni attribuite rispettivamente ai due giureconsulti.

In che cosa questa diversità consistesse, è, come è noto, vivamente controverso. Si è, anzitutto, osservato che, se il passo non si ricostruisce nel modo suddetto, la controversia, che comunemente si dice esistesse fra Sabiniani e Proculiani, appare oziosa e non si capisce il senso e il valore dell’opinione dei Proculiani. Invece, ammessa la necessità dell’usucapione per l’acquisto, i Proculiani avrebbero sostenuto che nel frattempo proprietario era il derelinquente; i Sabiniani e Giuliano, al contrario, che la cosa cessasse immediatamente di appartenere al derelinquente, pur non negando che fosse necessaria l’usucapione per l’acquisto ¹⁴³. Al che si può obiettare che allora non si

chiesto (come ritengono anche altri: Leist, Bonfante, Dumont) il requisito della ‘*scientia*’, il che, come vedremo, non è. Del resto, anche con questa interpretazione non vengono eliminate le contraddizioni già note.

E’ pure da ricordare la congettura del PEROZZI, *Nota o*), cit., p. 154 ss., secondo il quale l’occupazione e qualsiasi disposizione della cosa di un altro, anche derelitta, anche diventata *nullius*, non era per i romani giustificabile se non avendo riguardo alla volontà del derelinquente. L’occupare una cosa abbandonata, in sé e per sé, sarebbe atto illecito, perché importa sempre disposizione di cosa altrui: questo atto diventerebbe lecito solo perché si presume che il derelinquente abbia voluto che la cosa entri nella disposizione di un altro. Ciò posto, anche il vendere una cosa occupata perché derelitta, sarebbe giustificato da questa volontà. Dunque, chi compra una cosa che sa derelitta, «poiché sa di comprare una cosa, che sarebbe di un altro e che solo *volente et concedente domino* divenne del debitore sarebbe in mala fede»: ma diverrebbe in buona fede «appunto perché sa che, come l’occupazione, anche la vendita si considera fatta quasi *volente et concedente domino*, cioè concedendo il derelinquente». Con tale congettura, si spiegherebbe l’analogia col successivo caso di compera di cosa donata dalla moglie al marito. Vedremo appresso (*infra*, §§ 34, 35 e 36), quale fondamento di vero abbiano tali osservazioni.

¹⁴⁰) Fra coloro che ritengono che il passo si riferisca ad una ‘*derelictio*’ da parte di un non proprietario, si veda no CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 157, BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 168, SIBER, *Römisches Recht*, II, cit., p. 89-90, ed E.-H. KADEN, *rec. a DUMONT, Les donations entre époux*, cit., in «ZSS.», I, 1930, p. 617 nt. 5.

¹⁴¹) BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 339 s., e CORSO, II.2, cit., p. 276 nt. 2. La sua opinione è adesso seguita da MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 31 s.

¹⁴²) Cfr. PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit., p. 66 nt. 5, e MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴³) Così BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 340, che però nel CORSO, II.2, cit., p. 276, non scrive più che i Sabiniani

comprenderebbe come mai, secondo tale opinione, fosse necessaria tale usucapione, cioè l'usucapione di una *res nullius* ¹⁴⁴.

Strettamente collegata alla interpretazione di cui adesso si è fatto parola è quella di recente proposta dal Meyer-Collings ¹⁴⁵. Il passo si riferirebbe solo alle *res Mancipi* e la controversia ivi accennata sarebbe stata limitata solo a tale categoria di cose. Per le *res nec Mancipi* i giuristi classici sarebbero stati d'accordo nel ritenere che il derelinquente perde subito la proprietà di esse e che tale proprietà si acquista subito dall'occupante. Invece, per le *res Mancipi*, questo principio sarebbe stato sostenuto da Sabino e Cassio, nonché in seguito da Giuliano, mentre Proculo, i suoi seguaci e gli altri Sabiniani avrebbero affermato che la '*derelictio*' di tali cose non ne fa perdere la proprietà, ma solo il possesso, che, poi, acquistato dall'occupante, è con l'usucapione, suscettibile di trasformarsi in dominio, facendo da questo momento cessare la proprietà del derelinquente.

Naturalmente si è subito previsto che a tale interpretazione si sarebbe opposto (Ulp. 41 *ad Sab.*) D. 47.2.43.4 e 5:

Qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cuius sit ignoret.

Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero: nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.

Da questo frammento, infatti, risulta in modo incontrovertibile che Ulpiano in esso si occupava di una *res nec Mancipi*: ai suoi tempi *res Mancipi* suscettibili di furto potevano essere solo '*servi et quadrupedes, quae dorso colloque domantur*' e, d'altra parte, se di questi si fosse parlato, non si sarebbe adoperata la parola '*iacens*', che allude a cose inanimate. Ciò nonostante, il giurista ricorda che Sabino e Cassio pensavano che il derelinquente perde subito la proprietà della cosa che derelinque, il che vuol dire che tale opinione era da essi formulata per le *res nec Mancipi* o, meglio, anche per esse e non soltanto per le *res Mancipi*. Inoltre risulta dal passo che pure Ulpiano accoglieva tale opinione.

Per evitare tutte queste obiezioni, è sembrato che si potessero senz'altro dichiarare insitiche le parole '*in proposito ... derelinquimus*' ¹⁴⁶. Senonché, per giustificare siffatta ipotesi non si è addotto alcun argomento positivo, anzi si è confessato che non sarebbe ragione sufficiente neppure l'uso della parola '*quippe*', che il Beseler ¹⁴⁷ ed altri ritengono quasi sempre sospetta, mentre tale non può considerarsi in sostanza, l'ipotesi della interpolazione parte dal presupposto, che invece dovrebbe servire a confermare, che la disputa fra i giuristi classici riguardasse solo le *res Mancipi* e che il punto di vista che il derelinquente una *res Mancipi* perdesse subito la proprietà fosse rappresentato soltanto da Giuliano, che al più avrebbe raccolto un'antica ed isolata opinione di Sabino e Cassio. Perché poi i compilatori avrebbero sentito il bisogno di fare quell'aggiunta al passo di Ulpiano, non si dice.

La verità è che non c'è nessuna ragione plausibile per negar fede alle notizie che ci sono state tramandate circa la controversia, fra Proculiani e Sabiniani nel passo citato di Paolo (D. 46.7.2) e in quello ora esaminato di Ulpiano, e tanto meno è lecito attribuire le notizie medesime ad erronee informazioni dei compilatori. Il che non toglie che esse debbano venire convenientemente interpretate, in modo da poter precisare il punto su cui la controversia effettivamente cadeva. Ma che essa riguardasse tutte le cose, *Mancipi* e *nec Mancipi*, ci sembra che non possa esser messo in dubbio.

niani richiedessero l'usucapione.

¹⁴⁴) Accoglie adesso questa mia osservazione già fatta nello scritto *L'occupazione*, cit., p. 39, il MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 40 nt. 1.

¹⁴⁵) *Op. cit.*, p. 8 ss. e 30 ss.

¹⁴⁶) MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 32 s.

¹⁴⁷) *Beiträge*, IV, cit., p. 208 ss. *Contra*, B. KÜBLER, *Atquin. Kritische Studien zur Interpolationenforschung*, in «ZSS», XLII, 1921, p. 542 nt. 1, ed E. KALINKA, *Digestenkritik und Philologie. Philologische Anmerkungen zu Beselers Methode*, in

23. Continuiamo, ad ogni modo, prima di concludere su questo punto, nell'esegesi dei testi che sono da considerare a tale scopo. Finora sono stati esaminati quei passi, che, nel loro stato attuale, non implicano alcun riferimento esclusivo alle *res Mancipi* e per i quali si è cercato di dimostrare che anche originariamente non si limitassero alla considerazione di tale categoria di cose. Questa dimostrazione è validamente sorretta dall'esistenza di un certo numero di testi, che esplicitamente parlano di *res Mancipi*, affermando per esse la immediata perdita della proprietà da parte del derelinquente, come per le *res nec Mancipi*. Ciò nonostante anche per tali testi non sono mancati tentativi più o meno ingegnosi per volgerli a diverso senso e utilizzarli a sostegno della tesi opposta.

E' da richiamarsi, in primo luogo, un passo importantissimo, anche per la sua antichità, che tratta della derelizione del *servus*. Esso è (Iav. 14 *ep.*) D. 45.3.36:

Quod servus stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat, nullius est momenti, quia qui pro derelicto rem habet, omnimodo a se reiecit nec potest eius operibus uti, quem eo iure ad se pertinere noluisset, quod si ab alio adprehensus est, stipulatione ei adquirere poterit: nam et haec genere quodam donatio est. inter hereditarium enim servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis iure retinetur, nec potest relictus videri qui universo hereditatis iure continetur, alter voluntate domini derelictus non potest videri ad usum eius pertinere, a quo relictus est.

Il senso del testo nel complesso è chiaro. Colui che abbandona uno schiavo perde ogni diritto su di esso, perché '*qui pro derelicto rem habet, omnimodo a se reiecit nec potest eius operibus uti, quem eo iure ad se pertinere noluisset*'; questi diventa, per conseguenza, suscettibile di occupazione e chi lo occupa ne diventa proprietario: ciò è tanto vero che gli acquisti del servo vanno a suo vantaggio.

Tuttavia, non si può non convenire nella comune osservazione che si tratta di un passo in più punti sospetto. Specialmente incomprensibile appare la frase '*nam et haec genere quodam donatio est*', sia perché non si vede la base del riavvicinamento della derelizione alla donazione, sia per la forma, nonché per il '*nam*' che non si sa a che cosa si debba riferire. Neppure si sa che senso abbia '*eo iure*', che non resta chiarito se col Mommsen si cancella '*eo*'. Inoltre, è apparsa strana, ma sembra infondata, la contrapposizione fra lo schiavo derelitto e il '*servus hereditarius*'. Si aggiunga a tutto ciò la mescolanza, precedentemente notata (*supra*, § 3), fra le espressioni '*relictus*' e '*derelictus*'¹⁴⁸. Da ciò tutta una serie di proposte per la ricostruzione del testo, fra cui merita di essere ricordata quella del Beseler¹⁴⁹, che così crede di restituire il frammento:

Quod *servus* stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat <domino debetur> [-], quod si ab alio adprehensus est, [-] ei adquirere poterit [-]. inter hereditarium enim servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis iure retinetur, [-], alter [-] non potest videri <in bonis eius esse> [-], a quo <de>relictus est.

Non è necessario prendere qui in esame i dettagli di tale ricostruzione e, in genere, quei punti di essa che non influiscono sulla nostra questione. Così non ci interessa se si debba cancellare '*stipulatione*': il che può apparire giustificato perché lo schiavo può concludere anche altri negozi, ma può anche sembrare arbitrario, perché questa parola sta in corrispondenza con lo '*stipulatus est*' che rimane. Possiamo non opporci alla cancellazione della frase '*nam et haec genere quodam donatio est*', che veramente è sospetta; nonché alla cancellazione più dubbia di '*nec potest ... continetur*' e di '*alter voluntate domini derelictus*'. Su due punti però dobbiamo esprimere il nostro dissenso. Il Beseler, in principio, sostituisce un '*domini debetur*' al '*nullius est momenti*' e a tutta la spiegazione che segue: '*quia ... noluisset*'. Ciò francamente ci sembra del tutto ingiustificato, tanto più che la soluzione che ne risulta, secondo la quale il servo derelitto continuerebbe ad acquistare per il *dominus*, nonostante che egli non sareb-

«ZSS.», XLVII, 1927, p. 331.

¹⁴⁸) Per queste e altre osservazioni, si vedano BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 330, BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 160 ss., BESELER, *Miscellanea*, cit., p. 219, e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 27 ss.

¹⁴⁹) *Loc. ult. cit.*

be più *in bonis* di lui, come ammette il Beseler nella ricostruzione che propone dell'ultima parte del passo, darebbe luogo a forti dubbi¹⁵⁰. In correlazione, non possiamo consentire nella sostituzione, in fine del frammento, delle parole '*in bonis eius esse*' alle altre '*ad usum eius pertinere*'. Tale sostituzione non è accolta neppure dal Meyer-Collings, sebbene per una ragione che non sottoscriviamo, che, cioè, lo schiavo derelitto, sino all'occupazione, si troverebbe *in bonis* del derelinquente. Anche se la frase '*ad usum eius pertinere*' sembra sospetta, la sostituzione proposta non è la più felice. Si aggiunga che, se si accetta la ricostruzione del Beseler, resta annullato o, almeno, sminuito il paragone fra il *servus hereditarius* e il *servus derelictus*, che giustamente, nonostante l'amputazione di qualche frase, egli mantiene. Da questo paragone il Bonfante aveva creduto di potere argomentare che il servo derelitto è sì un '*servus sine domino*', una '*res nullius*', ma una '*res nullius*' analoga alla *res hereditariae*, che quindi non si acquista con l'occupazione. Così, però, il paragone avrebbe avuto lo scopo di identificare le due specie di servi, mentre il passo dice che fra l'uno e l'altro c'è moltissima differenza: '*plurimum interest*'. Questa differenza consiste precisamente in ciò che il servo abbandonato cessa completamente di appartenere al derelinquente ed è suscettibile quindi di occupazione, tanto vero che lo stesso frammento fa questa ipotesi ('*si ab alio adprehensus est*'), traendone le giuste conseguenze, mentre ciò non avviene pel *servus hereditarius*, che, invece, '*hereditatis iure continetur*', o '*retinetur*', come corregge il Beseler.

Ad ogni modo e concludendo, il passo di Giavoleno, sia pure emendato, si può annoverare fra quelli da cui risulta che la derelizione anche di *res Mancipi* produceva subito la perdita della proprietà del derelinquente, senza che l'occupante dovesse prima usucapirlo.

In ciò esso concorda, come vedremo, con (Paul. 18 *resp.*) D. 41.7.8:

Sempronius Thetidi status quaestionem facere temptabat, quasi de serva sua nata sit. qui iam testato conventus a Procula nutrice Thetidis in solvendis alimentis respondit non se habere, unde alimenta eiusdem exolvat, sed debere eam patri suo restituere Lucio Titio: idque ex illa in testationem redeisset, ut postea nullam quaestionem pateretur ab eodem Sempronio. Lucius Titius Seiae Proculae solutis alimentis puellam vindicta manumisit: quaero, an possit rescindi libertas Thetidis. Paulus respondit, quoniam dominus ancillae, ex qua Thetis nata est, Thetidem pro derelicto habuisse videtur, potuisse eam a Lucio Titio ad libertatem perducere.

Sempronio, non volendo prestare gli alimenti a Tetide, figlia di una schiava, la derelinge. Il padre di lei, Lucio Tizio, in seguito a ciò, presta gli alimenti e poi la manomette. Sorge, allora, una questione, perché Sempronio sostiene che la manumissione è invalida: ma Paolo risponde che Lucio Tizio aveva facoltà di manomettere Tetide. Si viene dunque a riconoscere piena efficacia all'occupazione di Tetide – schiava e quindi *res Mancipi* – operata da Lucio Tizio: e l'occupazione ha operato subito, senza che ci sia stato bisogno di ricorrere all'usucapione; la quale, del resto, non poteva essere intervenuta per il fatto che la manumissione, riconosciuta valida, risulta fatta subito dopo l'atto di acquisto: '*solutis alimentis puellam vindicta manumisit*'.

Così questo frammento, interpretato nel modo più semplice e piano, costituisce una prova che sembra decisiva contro la pretesa necessità dell'usucapione per l'acquisto delle *res Mancipi* derelitte e la correlativa perdita della proprietà del derelinquente¹⁵¹.

In contrario, è stato osservato che il frammento non dice che la schiava manomessa acquistasse la cittadinanza romana, che la manumissione con effetto di far conseguire la latinità può essere compiuta anche da chi ha *in bonis* la cosa, e che, comunque, non sono da invocarsi per la questione di cui è parola le decisioni influenzate dal *favor libertatis*¹⁵². A ciò si può rispondere che, così, vengono presupposti come motivi della decisione elementi fondamentali che da essa non risultano, men-

¹⁵⁰) Si vedano F. AFFOLTER, *Die Persönlichkeit des herrenlosen Sklaven*, Leipzig, 1913, p. 72, e L. BEAUCHET, '*Servi*', in DAREMBERG, SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, cit., IV.2, p. 1266.

¹⁵¹) Si vedano CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 121, A. FITTING, *Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung*, in *Archiv für civilistische Praxis*, LII, 1869, p. 26, e BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 167.

¹⁵²) BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 365 nt. 1.

tre per la loro importanza, dovrebbero ben risultare se effettivamente il giureconsulto si fosse fondato su di essi: l'acquisto, non della cittadinanza, ma della semplice latinità, il *favor libertatis*.

Meno arbitraria, ma ugualmente inammissibile è l'osservazione¹⁵³ che dal semplice ablativo assoluto (*solutis alimentis ...*) non risulta che la manumissione abbia avuto luogo subito dopo il pagamento degli alimenti e, quindi, la occupazione, mancando l'aggiunta di uno *'statim'* o di un *'continuo'*. Senonché è da replicare che, se fosse occorsa l'usucapione, il giurista non avrebbe mancato di porre in rilievo che a favore della validità della manumissione esisteva questo elemento decisivo, che certo non avrebbe sottinteso.

24. Ai passi finora esaminati se ne possono aggiungere altri, che parlano ugualmente della derelizione di *res mancipi* e, in particolare, di schiavi, precisando che essa produce immediata perdita della proprietà.

Così esplicitamente (Ulp. 37 *ad ed.*) D. 9.4.38.1:

Julianus autem libro vicensimo secundo digestorum scribit, si servum pro derelicto habeam, qui tibi furtum fecerat, liberari me, quia statim meus esse desinit, ne eius nomine, qui sine domino sit, furti sit actio.

Dovremo in seguito brevemente ritornare su questo frammento, che, insieme a D. 9.4.37, si occupa della responsabilità del padrone per il furto commesso dallo schiavo, quando cambia la proprietà su di esso. Per ora, ci interessa soltanto la menzione dell'opinione che Ulpiano attribuisce a Giuliano circa l'estinzione immediata del diritto di proprietà del derelinquente.

Il Beseler, che aveva già dichiarato falsificato tale passo¹⁵⁴, l'ha poi ricostruito nel seguente modo¹⁵⁵:

Julianus [-] libro vicensimo secundo digestorum scribit, si servum pro derelicto habeam, qui tibi furtum fecerat, <non> liberari me, quia <.....> [statim ... *fin.*].

Tale ricostruzione del passo si riconnette all'altra, proposta dallo stesso Beseler, di D. 45.3.36, di cui sopra abbiamo cercato di dimostrare l'infondatezza, almeno per ciò che concerne la parte sostanziale di essa. Comunque, è stato giustamente notato che l'opinione che Ulpiano riferisce a Giuliano corrisponde esattamente a quella che il giurista professava anche secondo Paolo D. (41.7.2.1) e che, per conseguenza, non c'è alcun motivo per ritenerla falsificata. Senonché, si dice esattamente dal Meyer-Collings¹⁵⁶ che doveva trattarsi di un'opinione personale di Giuliano, che Ulpiano non avrebbe seguita. In conseguenza D. 9.4.38.1 sarebbe genuino, ma o sarebbe stato posto capricciosamente dai compilatori nel testo di Ulpiano, oppure essi avrebbero cancellato la critica che Ulpiano avrebbe fatta dell'opinione di Giuliano. Per noi che abbiamo criticato sopra (§ 22: si veda anche *infra*, § 26) la veduta del Meyer-Collings circa tale opinione di Giuliano, che era poi quella cosiddetta sabiniana, in contrapposto alla Proculiana, sarebbe superfluo indugiare a dimostrare l'infondatezza della applicazione che egli fa di questa sua veduta alla critica del passo in esame. Questo in conseguenza, contrariamente alla tesi del Beseler, è da ritenersi perfettamente genuino, e, contrariamente alla tesi del Meyer-Collings, ha importanza generale in quanto afferma un'opinione che non era esclusiva di Giuliano e, certo, era condivisa anche da Ulpiano.

Altro passo da prendere in considerazione è (Marcian. 1 *de iud. publ.*) D. 48.1.9:

Sciendum est, si in capitali causa suum servum reum crimine factum quis non defenderit, non eum pro derelicto haberi, et ideo, si absolutus fuerit, non liberum fieri, sed manere domini.

¹⁵³) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 34.

¹⁵⁴) *Miscellanea*, cit., p. 219.

¹⁵⁵) *Romanistische Studien*, in «ZSS.», XLVI, 1926, p. 119.

¹⁵⁶) *Op. cit.*, p. 33.

Marciano nega che nel caso da lui prospettato ci fosse derelizione e, quindi, afferma che il servo rimane del padrone: nel caso contrario, cioè se ci fossero stati gli estremi della derelizione, il servo avrebbe cessato di appartenere al derelittante. L'ultima parte del passo è sembrata, però, sospettata¹⁵⁷. Si è notato che, per il diritto classico, lo schiavo derelitto non avrebbe acquistato la libertà, come invece in essa si dice. E, inoltre, si è ricordato che le parole '*et ideo*' sono di regola segno di interpolazione. In conseguenza, si è ritenuta insitica la proposizione da '*et ideo*' sino alla fine. E' da notare che fra i passi contenenti un '*et ideo*' ritenuti interpolati dal Beseler, che ad essi ha dedicato un'apposita ricerca, non è stato annoverato il passo di cui è parola¹⁵⁸ e che esso non è sembrato sospetto nemmeno al Bonfante¹⁵⁹. Se perciò si prescinde dall' '*et ideo*', ci potrebbe esser motivo per cancellare le parole '*non liberum fieri, sed*', ma non le altre '*manere domini*'. Del resto, il concetto espresso da queste ultime parole, se si dovessero cancellare insieme alle precedenti, rimarrebbe implicito nel tenore del passo.

Notevole è pure (Mod. 6 *reg.*) D. 40.8.2:

Servo, quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex edicto divi Claudii competit libertas.

Qui si tratta, senza dubbio, di una norma ispirata dal '*favor libertatis*', ma l'eccezionalità di essa sta nell'aver derogato alla regola, come più tardi si fece per altri casi, che lo schiavo derelitto diventa *sine domino*¹⁶⁰, e quindi, non alla regola che, comunque, il derelittante perde subito la proprietà di esso.

25. A conferma di tale regola sono stati inoltre invocati alcuni passi meno espliciti. Così (Gai. 26 *ad ed. prov.*) D. 42.8.5:

In fraudem facere videtur et si rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat.

Ragionevolmente il Berger¹⁶¹ ha osservato che Gaio non avrebbe potuto scrivere le ultime parole se avesse pensato soltanto alla possibilità dell'usucapione. Né è da presumere che originariamente il testo si riferisse esclusivamente alle *res nec mancipi*, perché Gaio enuncia una regola generale ed è probabile che non avrebbe menzionata la derelizione se, in rapporto ad essa, la regola avesse dovuto subire quella limitazione. Pur trovando giusta questa osservazione, si è obiettato che il passo si adatta anche alle *res mancipi*, perché il '*faciat*' non dice che qualcuno è diventato proprietario, ma che «fa sua» la cosa, il che fa, per le *res nec mancipi* con la sola occupazione, per le *res mancipi* con l'occupazione seguita dalla usucapione¹⁶². Il ragionamento è evidentemente troppo forzato. Anzitutto è da rilevare che Gaio prendeva in considerazione gli atti in frode dei creditori, fatti da qualcuno '*ut desinat habere quod habet*': il frammento in questione è da mettersi in correlazione con quanto è detto D. 42.8.3.2, dove si leggono tali parole, nonostante che esse siano di altro giurista. Se il derelittante non avesse perduta la cosa derelitta, non si sarebbe dunque fatta menzione di lui. Ma, anche a prescindere da ciò, l'espressione '*rem suam facere*', se non si vuole sottilizzare, non si può riferire ad una cosa che per diventare '*sua*' aspetta ancora di essere usucapita.

Un altro passo da prendersi in considerazione dal medesimo punto di vista è (Venul. 17 *stip.*) D. 21.2.76:

¹⁵⁷) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 103 s.

¹⁵⁸) *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 456 ss.

¹⁵⁹) *La derelizione*, cit., p. 329.

¹⁶⁰) Si veda ROTONDI, *La «derelictio servi»*, cit., p. 24 ss.

¹⁶¹) *In tema di derelizione*, cit., p. 166.

¹⁶²) MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 36.

Si alienam rem mihi tradideris et eadem pro derelicto habuero, amitti, auctoritatem, id est actionem pro evictione, placet.

Le parole '*id est actionem pro evictione*' sono da ritenersi per concorde opinione¹⁶³ insitiche. Tolte esse, resta oscura la parola '*auctoritatem*', che ha fatto credere che originariamente il passo non parlasse di *traditio*, ma di *mancipatio* e fosse quindi così formulato:

Si alienam rem mihi mancipaveris et eadem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem placet.

Comunque, da esso risulta che la '*derelictio*' determina la perdita dell'*auctoritas* e ciò si è messo in relazione col suo effetto di far perdere la proprietà¹⁶⁴. In contrario, altri¹⁶⁵ ritiene che il passo non offre alcun appoggio a tale opinione. Anche se, al tempo di Venuleio, la derelizione delle *res Mancipi* non faceva cessare la proprietà del derelinquente su di esse, sarebbe sempre rimasto fermo il risultato che verso quest'ultimo non risponde più colui da cui egli aveva avuto la cosa. Il derelinquente, infatti, avrebbe, comunque, perduto il possesso e quindi non si sarebbe potuto esperire contro di lui una *rei vindictio*, giacché questa, nel diritto romano, spetta al proprietario non possessore contro il non proprietario possessore. E, se così è, viene a mancare il fondamento di un'azione che poi il derelinquente potrebbe sperimentare contro colui dal quale gli era provenuta la cosa. Non è questo il luogo di indugiarsi ad esaminare se il passo, oltre questa interpretazione, ne ammetta altre. Ma possiamo anche riconoscere che, probabilmente, esso è estraneo alla questione di cui è parola e non può essere quindi utilizzato, almeno direttamente e con un certo grado di probabilità, a favore dell'una o dell'altra soluzione.

26. Il risultato dell'esame che abbiamo fin qui compiuto è, dunque, che tutti i testi, nessuno escluso, testimoniano, in modo che a noi sembra sicuro, che effetto della '*derelictio*' fosse sempre, anche nel diritto classico, la perdita immediata della proprietà del derelinquente, così per le *res Mancipi* come, *a fortiori*, per le *res nec Mancipi*. Questo risultato resterà meglio confermato da quanto diremo in ordine agli altri effetti della derelizione.

Prima, però, di esaminare tali altri effetti, sarà bene cercare di chiarire, per quanto è possibile, il contenuto e la portata della controversia fra i giuristi romani, a cui abbiamo già fatto cenno.

Che l'una delle due opposte opinioni rimonti a Proculo, l'altra a Sabino, risulta in modo abbastanza sicuro dalle fonti, che ciò affermano nei passi citati. Non risulta viceversa che la controversia dividesse le due scuole: infatti, mentre si dice che l'opinione di Sabino era seguita da Cassio e Giuliano, nulla si dice circa i giuristi che possono aver seguito Proculo. Da coloro i quali hanno ritenuto che la teoria proculeiana fosse quella prevalsa nel diritto classico, si è potuto anche ritenere che la teoria contraria rappresentasse un punto di vista personale di Sabino, di Cassio e di Giuliano, mentre gli altri Sabiniani, nonché i Proculeiani, avrebbero seguito Proculo. Naturalmente, in ciò non può convenirsi, se è vero, come abbiamo cercato di dimostrare, che anche il diritto classico abbia adottato il punto di vista che suole attribuirsi a Sabino: caso mai, dovrebbe rovesciarsi l'affermazione accennata, nel senso che carattere personale avrebbe avuto l'opinione di Proculo. Secondo coloro poi che hanno creduto che l'ordinamento anteriore a Giustiniano contrapponesse alla derelizione delle *res nec Mancipi*, il cui effetto sarebbe stato la perdita immediata della proprietà, la derelizione delle *res Mancipi* che non avrebbe avuto tale effetto, la controversia avrebbe avuto un contenuto molto diverso da quello che attestano le fonti. Essa, anzitutto, avrebbe riguardato non tutte le

¹⁶³) Cfr. LENEL, *Palinnesia*, cit., II, c. 1223 nt. 3, P.F. GIRARD, *La Nouvelle L. de Léon le Sage et l'insinuation des donations*, ora in *Mélanges de droit romain*, II, Paris, 1912, p. 262, BECHMANN, *Der Kauf*, III.2, cit., p. 36 e 50, e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 36 s.

¹⁶⁴) BECHMANN, *Der Kauf*, III.2, cit., p. 59.

¹⁶⁵) MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 37 ss.

cose, ma solo le *res Mancipi* e, inoltre, poiché si sostiene che il derelinquente una *res Mancipi* perdeva il dominio di essa solo dopo che l'occupante l'avesse usucapita, sarebbe falsa l'affermazione dei testi che ci dicono che i giuristi erano discordi sul punto se il derelinquente perdesse il *dominium* subito o dopo l'occupazione, non dopo l'usucapione. L'arbitrarietà di siffatta interpretazione, che pure è logica, dato il presupposto da cui muove, è, secondo noi, uno dei non trascurabili argomenti che si possono addurre contro lo stesso punto di partenza.

D'altra parte, è da rilevare che, se le fonti tramandateci non possono essere accusate di così grave e fondamentale inesattezza, è ciò nondimeno probabile che esse ci abbiano dato notizie alquanto incomplete. La questione doveva riguardare la perdita della proprietà del derelinquente, come risulta da quanto i testi dicono esplicitamente; doveva riguardare tutte le cose, *Mancipi* o *nec Mancipi*, come abbiamo tentato di dimostrare; ma tuttavia doveva essere limitata a qualche particolare questione attinente a tale perdita. Se così non fosse stato, se cioè la controversia avesse avuto un'importanza e una portata generale, di essa sarebbero rimaste nelle fonti tracce più ampie, nel senso che si sarebbero trovate di fronte due concezioni del tutto opposte circa lo stesso concetto di derelizione e queste concezioni avrebbero dovuto poi ripercuotersi su molti punti dell'istituto, dividendo le opinioni dei vari giureconsulti che di questo ebbero l'occasione di trattare. Invece, a prescindere dall'osservazione che le fonti, come si è detto, mettono in contrasto solo Proculo da un lato, Sabino, Cassio, Giuliano dall'altro, noi non troviamo che la controversia abbia avuto, per dir così, altro seguito e altre conseguenze. Tutto ciò si spiega molto bene se si ammette che si trattava di una questione particolare.

Ora, ci sembra probabile che tale questione dovesse stare in relazione con l'eventuale riacquisto della cosa già derelitta da parte dello stesso derelinquente. Proculo può aver sostenuto che il derelinquente che riprende la cosa abbandonata non acquista un nuovo dominio, ma continua quello che aveva prima, e, a questo proposito, può aver detto che la derelizione non ha l'effetto di far perdere definitivamente la proprietà finché un altro non ha occupato la cosa; Sabino, Cassio e Giuliano, al contrario, possono aver sostenuto che il derelinquente perde definitivamente e irrevocabilmente la proprietà subito, non dopo l'altrui occupazione, in modo che se il derelinquente riprende la cosa, s'intende prima che sia stata acquistata da altri, il suo atto è da considerarsi come una occupazione, cioè come un nuovo acquisto. In altri termini, è possibile che la controversia concernesse il valore di una '*derelictio*' seguita da una '*adprehensio*' da parte del derelinquente, se questa '*derelictio*' in tale circostanza si dovesse ritenere come non avvenuta: a siffatta questione Proculo avrebbe risposto affermativamente, cioè che il derelinquente, prima dell'occupazione altrui, continuava a considerarsi come proprietario e poteva riprendere la cosa in forza di questo suo diritto di proprietà; mentre l'altra opinione sosteneva il contrario. Questione, dunque, particolare, che può avere interessato solo alcuni giuristi e che può non avere avuto eco in altri punti.

Ci sembra che questa nostra interpretazione trovi appoggio in osservazioni fatte da altri. Già il Karlowa¹⁶⁶ aveva riannodato l'opinione proculeiana al principio per cui la rinuncia unilaterale ad un diritto non è vincolante per rinunciante se non quando è accettata da colui o da coloro a cui vantaggio è fatta: la derelizione sarebbe un atto unilaterale che, però, per la sua efficacia avrebbe bisogno di un corrispondente atto di altri, cioè dell'occupazione. Questo concetto è stato poi ripreso e sviluppato dal Perozzi¹⁶⁷. Egli giustamente respinge l'opinione che Proculo pensasse ad una figura di tradizione alla quale dovesse riavvicinarsi la '*derelictio*'; concepisce questa come atto unilaterale; ma a questo proposito nota che alla teoria proculeiana non doveva essere estraneo il pensiero che il diritto di proprietà potesse ancora riprendere finché si protrae la derelizione – concepita questa, non come atto momentaneo, ma come stato continuativo, che cessa solo quando la cosa è occupata. Secondo il Perozzi, sarebbe un errore attribuire alle vedute proculeiane e a quelle sabiniane una precisione ed una chiarezza, che esse non ebbero: la loro base dovrebbe cercarsi parte in idee e impres-

¹⁶⁶) *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., p. 414.

¹⁶⁷) In *Nota k*) a CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 114 ss.

sioni volgari, parte in considerazioni di opportunità, parte nel bisogno di giustificare l'acquisto della proprietà dell'occupante. Fra queste impressioni e considerazioni, avrebbe avuto importanza anche quella che dinanzi agli occhi della gente l'atto di chi recupera la cosa gettata è diverso dall'atto di chi prende la cosa gettata da un altro: il primo riprende il «suo», e ristabilisce uno stato di cose anteriore, il secondo prende la cosa «di un altro» e fa un nuovo acquisto.

Le conseguenze che da tutto ciò sono a trarsi circa i rapporti fra '*derelictio*' e '*traditio*' saranno sviluppate nel capitolo seguente. Qui importa solo riaffermare che non si può neppur dire, a stretto rigore, che fra la veduta proculeiana e quella sabiniana ci fosse una completa divergenza circa il momento della perdita del dominio del derelinquente, momento che, di regola, secondo l'una e l'altra concezione, doveva probabilmente coincidere con quello in cui l'atto della derelizione era compiuto. Solo limitatamente a qualche effetto tale momento si dubitava che potesse protrarsi sino all'occupazione e ciò doveva riferirsi al caso in cui il derelinquente revocava, per dir così, la sua derelizione. Per il resto, la cosa abbandonata doveva ritenersi '*nullius*' e, quindi, a disposizione del primo occupante fin dal compimento della '*derelictio*'. E' possibile che, nel delineare l'istituto, Proculo desse maggiore importanza a quella eventualità, Sabino, Cassio e Giuliano alla condizione in cui la cosa derelitta viene a trovarsi *statim*.

27. B) Strettamente collegato, infatti, alla perdita della proprietà da parte del derelinquente è l'altro effetto della derelizione, per cui la cosa abbandonata diventa *res sine domino* o *nullius*. Che questa sia la regola, che vale per ogni categoria di cose, *mancipi* o *nec mancipi*, secondo noi, non è dubbio, e tale regola è confermata dalle eccezioni che ad esso sono talvolta fatte come quelle, sopra ricordate, della tarda epoca, che sanciscono il riconoscimento della libertà agli schiavi derelitti. Da queste eccezioni, nonché dal diritto singolare concernente il regime degli '*agri deserti*', se pure per essi è esatto parlare di derelizione, qui occorre prescindere.

Un corollario che deriva dalla qualità di *res nullius* della cosa derelitta è che non si dà furto di essa, anche quando chi se l'appropri ignora il fatto della derelizione e ha quindi l'*animus furandi*. Su D. 47.2.43.4 e 5, che ciò afferma, abbiamo fatto sopra (§ 22) parola. Invece, si ha furto quando la derelizione ha luogo dopo la perpetrazione di esso; anche su questo punto possiamo rinviare a quanto abbiamo già detto, a proposito di D. 47.2.46.pr. che abbiamo avuto occasione di esaminare per ciò che concerne la possibilità della cd. derelizione '*solo animo*' (*supra*, § 9).

Ma, a delineare la condizione di *res nullius* assunta dalla cosa derelitta, meglio che sui principi che riguardano la teoria del furto, giova insistere su quelli relativi all'occupazione, cui essa, come tale, è soggetta.

Senonché, ciò è stato, come è noto, negato, con argomenti che ora riguardano tutte le cose, ora soltanto le *res mancipi*.

Dei primi si è avuta già occasione di far cenno, quando si è cercato di chiarire perché nei luoghi delle fonti che parlano in modo specifico dell'occupazione, non si menzionano fra le cose soggette a tal genere di acquisto le cose derelitte. Su questo punto rimandiamo senz'altro alle osservazioni sopra fatte (§ 2). Così pure, non vogliamo per ora far capo agli argomenti che sono stati addotti, muovendo dall'affermazione del carattere di atto traslativo che si attribuisce alla '*derelictio*': conformemente ai criteri che abbiamo finora seguiti, rinviando per questo punto a ciò che diremo nel capitolo seguente. Qui vogliamo soltanto ricordare che in passi che sono stati già da noi citati le fonti parlano espressamente della suscettibilità delle cose derelitte di essere occupate, e, in tal modo immediatamente acquistate. Abbiamo visto che i passi, ai quali alludiamo, non distinguono e non distinguevano nella loro formulazione originaria fra *res mancipi* e *res nec mancipi* e che quelli fra essi che accennano ad un acquisto dell'occupante che deve essere ancora completato dall'usucapione, presuppongono una derelizione fatta '*a non domino*', che, per tale motivo, non ha determinato la perdita della proprietà.

In conseguenza, gli argomenti, che abbiamo cercato di combattere, non bastano per farci rite-

nere che la cd. occupazione delle cose derelitte non si possa considerare come tale e che essa sarebbe più esattamente designata col nome di *'adprehensio'*¹⁶⁸. A nostro avviso, da un lato questo nome non le si conviene, perché, nel linguaggio delle fonti, esso allude piuttosto ad un acquisto di possesso, che ad un acquisto di proprietà, e, dall'altro lato, si tratta nel caso di un acquisto, che ha tutti gli estremi della occupazione e che così viene designato dalle fonti, con una terminologia che bisogna mantenere, non per semplice ragione di opportunità, ma perché è tecnicamente esatta.

Ma, a prescindere dagli argomenti accennati, altri se ne sono addotti in contrario, dei quali converrà fare un rapido esame, avvertendo che qui noi non vogliamo trattare dell'occupazione delle cose derelitte, in sé e per sé, ma solo in quanto riguarda il nostro tema, cioè la derelizione.

28. Qualche testo sembra esigere per l'acquisto delle cose derelitte la *'scientia'*, cioè la consapevolezza che la cosa è abbandonata. Ora – si dice – non vi sarebbe nessuna ragione di fare di tale *'scientia'* un requisito dell'acquisto, se la *'res derelicta'* fosse veramente una *res nullius*.

Senonché l'opinione sostenuta da non pochi autori che l'occupante dovesse avere tale conoscenza¹⁶⁹, a noi non sembra fondata¹⁷⁰. All'infuori di uno, i testi delle Pandette in cui appare richiesta la *'scientia'* concernono l'usucapione *'pro derelicto'*. Così D. 41.7.4 (*'Id quo quis pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus'*) e D. 41.7.5 (*'Si id quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse ...'*). Ed è ben naturale che la *'scientia'* venisse richiesta nell'usucapio *'pro derelicto'*, perché l'occupante potesse dirsi in buona fede.

C'è però (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.7.2.pr.:

Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere.

Qui il requisito della *'scientia'* si direbbe richiesto anche nell'ipotesi di acquisto immediato della proprietà. Ma così non è.

Giustamente il Perozzi ha osservato che le discussioni fatte su questo testo derivano dall'averlo tradotto «possiamo acquistare una cosa derelitta dal proprietario, se sappiamo che essa è tale»; se invece lo traduciamo: «se sappiamo che una cosa fu derelitta dal proprietario, possiamo acquistarla», il *'si sciamus'* non indica più un requisito necessario all'acquisto: esso ha carattere temporale, non condizionale. Del resto, può anche darsi che le parole *'si sciamus'* siano state aggiunte dai compilatori¹⁷¹, a ciò trascinati più o meno inavvertitamente dal fatto che di un tale requisito essi dovevano tener conto nell'*usucapio pro derelicto*, della quale trattavano nel medesimo titolo. A tutto ciò si aggiunga che nessun altro testo che tratta della occupazione delle cose derelitte accenna alla *'scientia'* dell'occupante (*Inst. inst.* 2.1.47 e D. 41.7.1, che pure è stato collocato nello stesso titolo *'pro derelicto'*). E prescindiamo per brevità da quei testi da cui si può desumere che colui che occupa una cosa effettivamente derelitta dal proprietario, ma che egli non crede che sia tale, non commette furto e acquista la proprietà di essa.

29. Un altro argomento che si è addotto per sostenere che le *res nullius* non sono oggetto di vera occupazione riguarda la persistenza su di esse di *iura in re*, che l'occupante si ritiene giustamente che debba subire, mentre ciò sarebbe contrario alla natura di acquisto originario¹⁷².

¹⁶⁸) Come è noto, il nome di *'adprehensio'* si dovrebbe, per le cose derelitte, sostituire a quello di occupazione, secondo il BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 355 ss., e CORSO, II.2, cit., p. 192 ss., e adesso anche secondo MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 39, che però si attiene al nome di occupazione per ragioni di opportunità.

¹⁶⁹) Cfr. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, cit., p. 169, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., p. 415 s., GIMMERTHAAL, *Von Finden verloren*, cit., p. 539, e BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 357, e CORSO, II.2, cit., p. 251.

¹⁷⁰) Si vedano CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 158, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I.2, § 184, nt. 1, PEROZZI, *Nota p*) a CZYHLARZ, *op. cit.*, p. 161, e adesso anche MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 76.

¹⁷¹) Si veda O. GRADENWITZ, *Ulpian L. 39 § 7-10 D. 30*, in «ZSS.», XXVI, 1926, p. 482 nt. 1.

¹⁷²) Cfr. BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 358, e CORSO, II.2, cit., p. 193.

Naturalmente questa opinione si fonda sul presupposto che i diritti reali non possano perdurare su *res nullius*.

E' noto come su questo punto si sia molto discusso, con particolare riferimento alla possibilità o meno del persistere delle servitù sopra i fondi *nullius*, e si siano avanzate le più varie opinioni. Chi, dichiarando un non senso un diritto di servitù su un fondo che non è di proprietà di alcuno, ha escluso che ciò possa avvenire ¹⁷³. Altri, mentre hanno ritenuto che le servitù potessero persistere sui fondi che, pure essendo divenuti *nullius*, non cessano di essere serventi, hanno invece negato che una servitù possa continuare a sussistere per i fondi dominanti, considerando che la rinuncia alla proprietà di essi implichi anche la rinuncia alla servitù ¹⁷⁴. Altri, infine, hanno ammesso il perdurare della servitù, sia che diventasse *nullius* il fondo servente, sia che in tale condizione venisse a trovarsi il fondo dominante ¹⁷⁵.

Noi accediamo a quest'ultima opinione.

Ammettiamo, invero, che i diritti reali, e quindi anche le servitù, non possono logicamente sorgere su *res nullius*; ma ciò non impedisce che essi, una volta costituiti sopra una cosa in proprietà di qualcuno, da una parte siano da considerarsi come aventi una propria e autonoma esistenza, e, dall'altra, assumano il carattere di qualità della cosa sulla quale gravano o a favore della quale sono costituiti, in modo che nessun impedimento logico vi è che essi perdurino anche quando il diritto di proprietà sia estinto.

A conferma di ciò, è da ricordarsi che le fonti decidono che l'usufrutto perdura sullo schiavo manomesso che ne era gravato, nonostante che egli sia *sine domino* (si vedano il già citato Ulp., *l.s. reg.* 1.19 e *frag. Dosith.* 11). Cessato l'usufrutto, lo schiavo diviene libero: cosicché risulta che l'usufrutto si è svolto ed esaurito sopra una *res nullius*.

Per gli altri diritti reali le fonti mantengono il silenzio. Ma la logica vuole che ad essi debba farsi lo stesso trattamento dell'usufrutto. Del resto, un accenno nelle fonti, relativamente alle servitù prediali, si può, a parere del Fadda ¹⁷⁶, vedere in D. 8.5.6.2, che, a proposito dell'obbligo della riparazione imposto nella '*servitus oneris ferendi*', così conclude: '*hanc servitutem non hominem debere sed rem, denique licere domino rem derelinquere*'. Ora — dice il Fadda — se, in questo caso, si fosse verificato l'estinzione della servitù per la nuova condizione giuridica del fondo, se ne sarebbe fatta parola: la cosa dev'essere sembrata così lontana da ogni possibile supposizione, che se ne tacque completamente.

¹⁷³) Si vedano J.E. KUNTZE, *rec.* a R. ELVERS, *Die römische Servitutenehre*, Marburg, 1854 (*thes.*), in «Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft», II, 1855, p. 232, B. BRUGI, *Nota* in GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., VIII, p. 162, e V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti reali sulla cosa altrui in diritto romano*, in «AG.», LXXXII, 1909, p. 464 s.

¹⁷⁴) Si vedano R. ELVERS, *Die römische Servitutenehre*, Marburg, 1856, p. 298 s., G. WOLFF, *Über Dereliction*, cit., p. 11 ss., CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 131 ss., PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 775, e G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano: le servitù prediali*, Modena, 1932, p. 104 ss. e 122 ss.

¹⁷⁵) Cfr. O. SCHOENEMANN, *Die Servituten*, Leipzig, 1866, p. 16 ss., R. VON JHERING, *Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte*, in «Jahrbücher für die Dogmatik», X, 1871, p. 450 (= *Gesammelte Aufsätze*, II, Jena, 1882, p. 234, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., II.1, § 200 nt. 3 in fine, § 201 e § 215, H. DERNBURG, *Pandekten* ³, Berlin, 1884-1887, I, § 244, E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts* ², II.1, Bonn, 1853, § 159, 160.a, e 161, C. FADDA, *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius*, in «Per il XXXV anno di insegnamento di F. Serafini», Firenze, 1892, p. 65 ss., ora in *Studi e questioni di diritto*, I, Napoli, 1910, p. 211 s., ID., *Ancora le servitù sopra e a favore di fondi nullius*, in «Il Filangieri», XXI, 1896, p. 801 ss., in *Studi e questioni*, I, cit., p. 221 ss., ID., *Servitù. Lezioni*, Napoli, 1914, p. 37 ss. e 50 s., V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931, p. 25 ss., RICCI, *La derelizione*, cit., p. 359, J. CATUNEANU, *Die Rechtslage des ausgegebenen Grundstückes*, Berlin, 1912, p. 27, DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., p. 266, W.W. BUCKLAND, *The conception of servitudes in Roman law*, in «The Quarterly Review», XLIV, 1928, p. 426 ss., BIONDI, *Corso di istituzioni*, I, cit., p. 325, A. GUARNERI CITATI, *Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condizione*, in «Studi P. Bonfante», I, Roma, 1930, p. 446, e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 97 ss., che segue l'argomentazione da noi adottata nel nostro scritto *L'occupazione*, cit., p. 28 ss. Pel nostro diritto civile, si vedano R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile* ⁶, II, Messina, 1933, p. 511, e L. COVIELLO, *Le servitù prediali (parte generale)*, *Lezioni*, Napoli, 1926, p. 38 e 385 s.

¹⁷⁶) *Ancora le servitù sopra o a favore di fondi nullius*, cit., p. 722.

Relativamente all'abbandono del fondo dominante, niente è più inesatto che esso implichi anche rinuncia alla servitù. Infatti, la rinuncia alla proprietà — se pure la derelizione si vuole ridurre a tale figura, il che, come vedremo, non è ammissibile — è rinuncia ad un diritto pienamente assoluto, 'erga omnes'; la rinuncia ad una servitù, invece, è rinuncia ad un diritto che, pure essendo assoluto, si ha in prima linea verso il proprietario del fondo servente e ne restringe il dominio. Mentre, quindi, il proprietario può derelinquere il fondo nel modo che crede più opportuno, se vuoi togliere ad esso anche i vantaggi che gli sono connessi, come le servitù, deve far ciò con un atto esplicito di volontà; non solo, ma questo atto, non essendo possibile la derelizione dei diritti (si veda *supra*, § 15), deve essere rivolto al proprietario del fondo servente, cioè deve essere una vera dichiarazione, non una semplice attuazione di volontà.

La necessità, dunque, di concepire l'acquisto di *res derelictae* come acquisto derivativo, pel fatto che i diritti reali perdurano su di esse, non ci sembra logica: essa è frutto di due preconcetti. L'uno è la conseguenza della teoria che le servitù siano diritti frazionari, implicino, cioè il frazionamento del diritto di proprietà di cui alcune facoltà passerebbero ad altri, e avrebbero una vita dipendente dall'esistenza di tale diritto, perché non sarebbe possibile concepire la frazione senza l'intero. L'altro preconcetto è che non possano verificarsi fenomeni di cd. successione particolare se non vi è acquisto derivativo. Ma è noto come il primo sia un insegnamento già sorpassato, anche pel diritto moderno ¹⁷⁷, e come il secondo sia falso, dal momento che vi può essere acquisto originario anche di un diritto preesistente. In realtà, non si vede perché un acquisto originario di proprietà debba essere impedito dai diritti acquistati dai terzi sulla cosa quando essa era in mano del precedente proprietario, oppure debba pregiudicare tali diritti, se di questi è possibile ancora l'esercizio, come è possibile nel caso nostro. In altri termini, ci sembra perfettamente ammissibile che, anche in un acquisto originario, la configurazione del diritto di proprietà possa subire l'influenza della condizione giuridica in cui si trovava la cosa prima, anzi sarebbe strano se così non fosse. Se spesso questo principio non trova applicazione nell'occupazione, ciò avviene, o perché si tratta di cose che non hanno avuto un precedente proprietario, o perché ha luogo in fatto la riunione di due cose (il fondo dominante e il fondo servente) nelle mani di una stessa persona, il che estingue, per confusione, la vita dei diritti precedenti.

Del resto, il concepire la derelizione e la successiva occupazione come un atto di trasferimento analogo alla *traditio*, non rimedierebbe a niente sotto questo riguardo, perché fra la derelizione e l'occupazione intercede un certo intervallo, durante il quale, se è vero che il derelinquente perde la proprietà, la cosa è *nullius* e, ciò nonostante, i diritti su di essa perdurano. E ci sembra che sarebbe un semplice espediente immaginare che essi si estinguano per risorgere con effetto retroattivo che valga ad abolire il periodo intermedio di vacanza: comunque, ciò non implicherebbe l'esistenza di un rapporto fra derelinquente e occupante.

30. Infine, crediamo che non si possa dar troppo peso, per escludere la occupazione delle cose derelitte, all'argomento che altrimenti si darebbe luogo ad una maggiore possibilità di frodi: così, per esempio, un coniuge potrebbe eludere il divieto di donazione a favore dell'altro coniuge, abbandonando l'oggetto in condizioni tali che questi possa occuparlo; un debitore potrebbe derelinquere una cosa perché la occupi una persona, in pregiudizio dei creditori; si potrebbero evitare tutte le forme solenni richieste per l'alienazione delle *res mancipi*. Giustamente, però, è stato osservato che, per quest'ultima ipotesi, si sarebbero rese necessarie in pratica operazioni forse altrettanto penose quanto quelle della *mancipatio* ¹⁷⁸. E, dall'altro lato, gli atti compiuti in frode alla legge o in frode ai creditori, trovano bene la loro sanzione come tali, senza che siano dichiarati inammissibili, in sé e per sé, anche quando non sono compiuti per scopi illeciti. Abbiamo, del resto, in questo senso, la

¹⁷⁷ Si veda per esempio F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 362 s.

¹⁷⁸ Cfr. G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910, p. 271 nt. 2.

disposizione di (Paul. 68 *ad ed.*) D.42.8.4 e D. 42.8.5, già citati: Nel primo leggiamo:

In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet, facere, intellegendum est, id est si non utatur servitutibus;

e in (Gai. 26 *ad ed. prov.*) D. 42.8.5:

sed et si rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat.

Infine, per quanto riguarda particolarmente le *res Mancipi*, non sembra che abbia fondamento l'osservazione, adesso ripetuta ¹⁷⁹, che se di esse fosse stata lecita l'occupazione, in seguito alla derelizione, si sarebbe pervenuti ad un trasferimento di esso senza *in iure cessio* o *mancipatio*. A prescindere dal rilievo del Perozzi ¹⁸⁰ che la distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi* conta rispetto al commercio delle cose, non rispetto ai modi di acquisto originari, è anche da tener conto della conseguenza cui si dovrebbe arrivare partendo da quella osservazione: se essa fosse vera, dovrebbe ritenersi inammissibile, non solo l'occupazione, ma anche, e prima, la stessa derelizione, la cui liceità abbiamo visto che risulta in modo evidente dalle fonti, e il cui effetto era quello di far perdere immediatamente dal derelinquente la proprietà della *res Mancipi* derelitta.

31. C) Altro effetto della '*derelictio*' è la liberazione del derelinquente dalle responsabilità, dagli oneri e, in genere, dagli obblighi che presuppongono l'appartenenza della cosa al soggetto su cui gravano.

Così chi abbandona uno schiavo non risponde più dei delitti da questo commessi dopo la derelizione. Tale principio era affermato da Giuliano secondo quanto ci riferisce Ulpiano in D. 9.4.38.1. Sopra abbiamo avuto occasione (§ 24) di esaminare questo passo, che nella ricostruzione proposta dal Beseler e da noi criticata, direbbe tutto il contrario. Senonché i dubbi che esso ha sollevato nel Beseler e nel Meyer-Collings, la cui opinione abbiamo pure combattuta, sono in connessione con il punto di vista che il derelinquente non perdesse subito la proprietà della *res Mancipi* derelitta. Dimostrato che tale punto di vista non ha fondamento, vengono meno i sospetti circa la genuinità del passo e la consistenza del principio in esso affermato.

Il proprietario che abbandona il fondo, su cui grava una *servitus oneris ferendi* è, senz'altro, liberato dall'obbligo di '*reficere parietem*', giacché si ritiene '*hanc servitutem non hominem debere, sed rem*' (D. 8.5.6.2: su questo passo, cfr. *supra*, § 13). Qui non interessano, naturalmente, le questioni che si fanno in ordine a tale servitù o al passo in genere che abbiamo citato: a suo tempo, si è rilevato che la proposizione di esso in cui si afferma il principio di cui è parola è ritenuta genuina anche da chi (Beseler) ha visto in altri punti larghe interpolazioni. Vogliamo soltanto aggiungere che ci sembra di dubbia consistenza il riavvicinamento fra il principio suddetto e quello della responsabilità nossale (pagare o abbandonare), che altri ha creduto di poter fare ¹⁸¹: ma di ciò diremo più avanti.

Ancora: potrebbe essere qui ricordata la questione, esaminata in D. 3.5.9.1, sopra da noi citato, se il proprietario che ha derelitto una casa riparata da un gestore sia tenuto al risarcimento delle spese verso quest'ultimo. Senonché sembra che la soluzione di tale questione si facesse dipendere più che dal fatto della derelizione considerato in sé e per sé, dai principi propri della *negotiorum gestio*, che qui non ci interessano.

¹⁷⁹) Si veda MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 7.

¹⁸⁰) *Istituzioni*, I, cit., p. 681 nt. 3. *Contra*, si veda P. DE FRANCISCI, *Intorno all'acquisto per occupazione delle res bo-stium*, in «Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti», LXXXII, 1923, p. 3 ss.

¹⁸¹) Si veda MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 83 ss.

Capitolo V

CARATTERI DIFFERENZIALI DELLA «DERELICTIO»

32. Finora, conformemente al piano tracciato fin da principio alle nostre ricerche, la «*derelictio*» è stata esaminata in sé e per sé, isolandone, per quanto è stato possibile, i caratteri, gli elementi e i momenti da cui risulta e in cui si può scomporre, gli oggetti e i vari effetti. Tale esame deve adesso completarsi con quello delle relazioni che possono intercedere fra la «*derelictio*» e altri istituti o figure giuridiche, con cui essa ha dei tratti in comune o a cui, più o meno fondatamente, è stata riavvicinata. Il che vuol dire che della «*derelictio*» dobbiamo ora esaminare i caratteri differenziali.

E' anzitutto da ricordare che più volte ci siamo imbattuti nel problema, la cui soluzione abbiamo sempre rinviata, circa i rapporti che una parte della dottrina ha creduto di scorgere fra le «*derelictio*» e la «*traditio*». La prima, si è affermato¹⁸², non sarebbe una figura giuridica autonoma, ma, insieme all'occupazione della cosa derelitta, costituirebbe un caso della seconda, o, quanto meno, una figura analoga a quest'ultima. Questo punto di vista per dir così dommatico si è talvolta appoggiato a quello storico, nel senso che si è indicato un concreto tratto di unione fra la «*derelictio*» e la «*traditio*» e tale tratto di unione sarebbe stato dato dal «*iactus missilium*». Il principio per cui originariamente la «*traditio*» poteva aver luogo solo di fronte ad una determinata persona, sarebbe stato derogato con i premi ai delatori e con il «*iactus missilium*»: sarebbe così sorta la «*traditio ad incertam personam*». Dall'altra parte, la «*derelictio*» sarebbe stata costruita, quando essa fu riconosciuta come istituto giuridico, ad immagine del «*iactus missilium*»: questo era l'abbandono di cose offerte ad una cerchia limitata di persone non note, alla folla raccolta in un luogo; la «*derelictio*» sarebbe stata una specie di abbandono di cose offerte ad una serie più grande di «*incertae personae*», anzi all'intera umanità sconosciuta¹⁸³. In conseguenza, la «*derelictio*», come sarebbe stata concepita dai Proculeiani, avrebbe costituito un caso speciale di «*actus*», che a sua volta si sarebbe raffigurato come un caso speciale di «*traditio*»: in seguito, dalla «*derelictio*» così concepita si sarebbe sviluppata la «*derelictio*» cd. sabiniana, che, però, sino a Giustiniano, sarebbe stata anch'essa considerata come un caso di «*iactus*»¹⁸⁴. Secondo altri¹⁸⁵, invece, sarebbe stato merito dei Sabiniani l'aver distinto le due figure.

Le conseguenze e le illazioni che si traggono da questo riavvicinamento della «*derelictio*» con la «*traditio*» non sono le stesse per tutti gli autori: noi, almeno in massima parte, le conosciamo, avendone fatta parola a proposito degli effetti della derelizione e avendo già avuto occasione di pronunciarsi su di esse partendo da altri punti di vista. Comunque, sarà necessario vedere quale appoggio immediato e diretto offrano le fonti a siffatta concezione.

33. I passi da prendere in considerazione sono, anzitutto, *Iust. inst.* 2.1.47, e, in quanto stanno con esso nella relazione che adesso vedremo, i §§ 46 e 48, nonché D. 41.1.9.7-8, tratto dalle *res cottidianae* di Gaio. Sarà bene porli a confronto:

¹⁸²) La bibliografia sulla questione è la stessa indicata *supra*, nt. 117.

¹⁸³) Cfr. A. PERNICE, *Parerga*. II. *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrecht*, in «ZSS», V, 1884, p. 109.

¹⁸⁴) Si vedano R. SOHM, *Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer persona incerta*, in «Zeitschrift für geschichtliches Handels und Konkursrecht», XVII, 1872, p. 51, e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 10. Per l'opinione che attribuisce alle fonti giustiniane la distinzione fra «*derelictio*» e «*iactus missilium*», si veda A. BERGER, *Iactus*, in «PWRE.», IX.1, Stuttgart, 1914, c. 553.

¹⁸⁵) Cfr. CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 124 s., e RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, cit., p. 319, che ne segue l'opinione.

Iust. inst. 2.1

§ 46 Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce praetores vel consules, qui missilia iactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque excepturus sit, et tamen, quia volunt quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficiunt.

§ 47 Qua ratione verius esse videtur et, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.

§ 48. Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur. Hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maria effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulso vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente non intellegendis dominis cadunt.

D. 41.1.9

§ 7 Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce qui missilia iactat in vulgus, ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficit.

§ 8 Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur: hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulso vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abatulerit, furtum committit.

Come si vede, nelle Istituzioni di Giustiniano, si tratta della derelizione in un paragrafo (il 47), che si ricollega immediatamente, non solo perché lo segue, ma anche per le ragioni logiche indicate con la frase di passaggio *‘qua ratione’*, al § 46, in cui si parla del *‘iactus missilium’*, raffigurandolo – si dice da una parte della dottrina – come un caso di *‘traditio ad incertam personam’*: la *‘derelictio’* per conseguenza, sarebbe riaccostata anche a quest’ultima, il che sarebbe confermato dal § 48, che nettamente distingue e dal *‘iactus missilium’* e dalla *‘derelictio’* il *‘iactus mercium levandae navis causa’*.

L’importanza di tali passi non si limiterebbe al diritto giustiniano, anzi il loro valore per quest’ultimo sarebbe dubbio per la considerazione che in esso i pretesi rapporti fra *‘derelictio’* e *‘traditio’* sarebbero già di molto attenuati, se non scomparsi. Essi testimonierebbero il pensiero dei classici, in quanto i §§ 46 e 48 delle Istituzioni corrispondono quasi testualmente ai §§ 7 e 8 del citato frammento gaiano. Senonché, in tale frammento fra i due paragrafi suddetti, non esiste un brano del tenore del § 47 delle Istituzioni e precisamente quel brano che parla della *‘derelictio’*. Si è perciò creduto di grande interesse, ai fini della questione di cui è parola, stabilire se tale paragrafo delle Istituzioni si potesse anch’esso ritenere proveniente da Gaio: i compilatori, che l’avrebbero inserito nelle Istituzioni, l’avrebbero invece ommesso nei Digesti.

Tale provenienza del passo è stata negata per potere meglio dimostrare la mancanza di identità e di analogia fra la *‘derelictio’* e la *‘traditio’*. Così il Berger¹⁸⁶ ne ha affermata l’origine giustiniana, osservando che la frase *‘ea mente abiecerit ut nollet’* sarebbe di dubbia classicità: invece di *‘pro derelicto habetur quod dominus ea mente abiecerit ut nollet’*, il linguaggio classico esigerebbe *‘pro derelicto a domino habetur quod is ...’*. Anche il contenuto della definizione della *‘derelictio’* darebbe luogo a dubbi. L’*‘abiecerit’* restringerebbe il concetto della *‘derelictio’* alle sole cose mobili, mentre questa limitazione era ignota al diritto classico. La frase finale *‘ideoque statim dominus esse desinit’* non sarebbe una conseguenza logica

¹⁸⁶) In tema di derelizione, cit., p. 140.

delle premesse, perché dal fatto di aver gettato via una cosa con l'intenzione di non averla più, non seguirebbe che il proprietario cessi di essere tale, e, in appoggio di ciò, si cita il noto (Ulp. 76 *ad ed.*) D. 41.2.17.1 (*differentia inter dominium et possessionem*) che in verità ha tutt'altro significato (si veda *supra*, § 10). Tali osservazioni sono, però, generalmente apparse inconsistenti e infondate¹⁸⁷. E si può dire quasi unanimemente accolta l'opinione¹⁸⁸ che anche il § 47 sia derivato da Gaio.

L'argomento più forte contro tale congettura è quello che, come si è detto, manca nel Digesto il passo correlativo. D'altra parte, tale omissione non ha nulla di strano e potrebbe essere spiegata. A questo scopo, crediamo che potrebbe essere tenuta presente l'ipotesi, già avanzata e usufruita per altri fini, che i redattori delle Istituzioni avessero adoperata una stesura dell'opera gaiana più completa e comunque diversa da quella cui attingevano i compilatori dei Digesti¹⁸⁹.

Nel nostro antecedente scritto, che abbiamo già citato¹⁹⁰, ci era sembrato che da un lato fosse innegabile la provenienza del § 47 da Gaio, e, dall'altro lato, che fosse dubbia la sua collocazione nelle originarie *res cottidianae* fra quelli che adesso sono i §§ 46 e 48 delle *Institutiones* giustiniane o i §§ 7 e 8 di D. 41.1.9. Notavamo allora che il § 47 non si accorda pienamente con quanto lo precede. Nei §§ 44 e 45¹⁹¹, che corrispondono anch'essi quasi esattamente ai §§ 5 e 6 di D. 41.1.9, estratti pure dalle *res cottidianae*, si dice che basta talvolta la *'nuda voluntas domini ad rem transferendam'*, senza che occorra una *traditio* materiale della cosa, e si accennano ai casi della *'traditio brevi manu'* e della *'traditio clavium'*¹⁹². Per di più (*'hoc amplius'*), si prosegue nel § 46, c'è trasferimento di proprietà nel *'iactus missilium'*, nel quale si ha una *'domini in certam personam collocata voluntas'*, accompagnata, non da una *traditio*, ma da un *iactus* alla folla. Fino a questo punto il discorso appare pienamente logico. Altrettanto non può dirsi in riguardo al § 47, collegato col precedente con un *'qua ratione'*. Qui si dice che chi occupa una cosa abbandonata ne diviene subito proprietario, e ciò avverrebbe – si noti bene – *'qua ratione'*, cioè perché nel derelinquente c'è la volontà di trasferire. Senonché questa volontà poi non risulta, anzi si potrebbe dire esclusa dalla definizione della *'derelictio'* che segue immediatamente, a giustificazione della precedente affermazione: *'pro derelicto autem habetur, quo dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nolet, ideoque statim dominus esse desinit'*. Ciò significa che la liceità dell'acquisto dell'occupante ha per fondamento il fatto che la *res* abbandonata cessa immediatamente di appartenere al derelinquente e diventa, per ciò stesso, *res nullius*: alla presunta volontà di trasferire in colui che derelinqe, non si fa più nessun accenno. Viceversa, nel § 48, a proposito del *'iactus mercium navis levandae causa'*, si fa di nuovo ritorno alla considerazione della volontà. E la questione ivi posta viene risolta nel senso che chi si impadronisce delle cose gettate commette furto, perché *'haec dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculo maris effugiat'*. Come si vede, l'*'alia causa est'*, con cui comincia il § 48, collega perfettamente questo paragrafo al § 46, mentre mal si accorda con la fine del § 47: quest'ultimo può quindi ritenersi una interruzione del discorso, ai danni del ragionamento logico in esso contenuto.

Queste considerazioni, che già ci avevano indotto a supporre che il § 47 avesse nelle *res cottidianae* una sistemazione diversa da quella che ha nelle Istituzioni, ci sembrano anche adesso sostan-

¹⁸⁷ Si veda in particolare BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 134. Invece, esse sono state in gran parte accolte da PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit., p. 66. Il MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 15, consente col Berger solo per ciò che concerne l'ultima proposizione (*'ideoque ... desinit'*), che anch'egli vorrebbe cancellare, ritenendola un'aggiunta posteriore.

¹⁸⁸ Su di essa si veda già C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, ora in *Opere*, cit., II, p. 359 s.

¹⁸⁹ Su questa ipotesi e la sua applicazione ad altri passi, si veda V. ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle res cottidianae*, in «Studi Bonfante», I, cit., p. 459 ss., 511 ss. e 517 ss.

¹⁹⁰ L'occupazione, cit., p. 19 ss.

¹⁹¹ *Iust. inst.* 2.1.44-45: *'Interdum etiam sine traditione nuda voluntas sufficit domini ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur tuam esse, statim acquiritur tibi proprietas perinde ac si eo nomine tradita fuisset. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem'*.

¹⁹² Si veda S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in «ZSS.», XXXIII, 1912, p. 250 ss., e in «ZSS.», XXXIV, 1913, p. 159 ss.; si vedano anche A. CHECCHINI, *Trasferimento della proprietà e costituzione delle servitù nel diritto romano post-classico*, in «Atti del Reale Istituto Veneto», LXXIV, 1914-1915, e BONFANTE, *Corso*, II.2, cit., p. 162 ss.

zionalmente esatte. Anzi, l'ipotesi sopra accennata della doppia stesura di tale opera, può servire in certo senso a confermarle. Il brano che adesso costituisce il § 47 si può supporre che mancasse nella prima stesura tenuta presente dai compilatori del Digesto, e fosse invece inserito nella seconda stesura seguita dai compilatori delle Istituzioni. La nostra congettura, quindi, va modificata, non nella parte sostanziale, che riceve invece una inaspettata controprova, ma in quanto attribuiva ai compilatori giustinianeî ciò che probabilmente è opera della mano cui si deve la seconda stesura delle *res cottidianae*¹⁹³. Sarebbe di essa la frase '*qua ratione verius esse videtur*' che lega il § 47 col § 46 e, comunque, potrebbe ritenersi che il testo originario non avrebbe pensato a riaccostare la '*derelictio*' al '*iactus missilium*' e, per mezzo di esso, alla cd. '*traditio ad incertam personam*', se pure è vero (si veda appresso) che così quell' '*iactus*' è raffigurato nel § 46. Potrebbe, quindi, essere di qualche rilievo che in una prima e più genuina concezione della '*derelictio*' non si facesse menzione fra i casi in cui l'acquisto di una cosa si riannoda ad un rapporto fra l'antecedente proprietario e l'acquirente.

34. Ad ogni modo, è da stabilire in che senso, nei passi suddetti delle Istituzioni, la '*derelictio*' è messa in rapporto col '*iactus missilium*' e con la *traditio*.

Forse, non è senza importanza aver riguardo anche alla terminologia in essi adoperata. Stando alla espressione letterale, si dovrebbe dire che la figura della *traditio* ricorra così nel '*iactus*' come nella '*derelictio*'. Questi rientrano nei casi per cui nel § 44 si dice '*interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam*'. Il § 46 poi contempla un caso in cui ci si allontana ancora di più – '*hoc amplius*' – dalla *traditio* vera e propria, perché la volontà di trasferire è '*in incertam personam collocata*', e questo caso è precisamente quello del '*iactus missilium*'. E anche qui è da notare che la sua configurazione come '*traditio ad incertam personam*' non risulta dal passo, che parla solo di '*in incertam personam collocata voluntas*', appunto per negare la *traditio*. E finalmente nel § 47 si parla della '*derelictio*', dove non c'è neppure questa volontà di trasferire, ma solo quella negativa di cessare di essere proprietario. Come si vede, dai passi in esame risulta una specie di progressione, nella quale, a mano a mano che si avanza, i caratteri e gli elementi della *traditio* si attenuano o vengono meno.

A ciò è facile – diremmo troppo facile – replicare che la *traditio* di cui appare negata l'esistenza è quella che ha luogo con la consegna materiale della cosa. Ma resta sempre vero che l'autore del passo non ha pensato a raccogliere i casi suddetti sotto l'unica figura della '*traditio ficta*'.

Comunque e a prescindere da ciò, si potrebbe osservare che nei testi citati '*traditio*', '*iactus missilium*' e '*derelictio*' sono accomunati in quanto implicano veri e propri trasferimenti di proprietà, in modo che l'acquirente dovrebbe considerarsi tale a titolo derivativo, come si direbbe con la terminologia moderna. Anche nel § 46, per il '*iactus missilium*', si parla espressamente, come nei §§ 44 e 45, del *dominus* che '*transfert rei proprietatem*' e di coloro che spargono i *missilia* si dice che essi '*statim eum* (chi li raccoglie) *dominum efficiunt*'. Nel § 47, a proposito della '*derelictio*', si dice dell'occupante che '*videtur ... dominum effici*', naturalmente dal derelinquente.

A tale ragionamento si potrebbero muovere parecchie obiezioni. Anzitutto, è da ricordare che, non senza fondamento, l'espressione del § 46 '*transfert rei proprietatem*', è stata ritenuta non genuina¹⁹⁴, il che potrebbe essere indizio anche di ulteriori manipolazioni del § 46, come del § 47, difficili del resto a precisarsi. Ma, oltre a ciò, è quasi superfluo mettere ancora una volta in rilievo che ai giuristi romani rimase ignota la distinzione fra acquisti derivativi e originari, e che le espressioni,

¹⁹³ Questa ipotesi ci sembra preferibile a quella che avevamo fatto prima, anche perché il § 47 offre diversi indizi per far ritenere che esso sia stato scritto appositamente per essere collocato fra il § 46 e il § 48. Infatti, le parole che in esso si leggono ('*statim eum dominum effici*') richiamano quelli finali del § 46 ('*statim eum dominum efficiunt*'), e le altre parole dello steso § 47 ('*statim dominus esse desinit*') richiamano per antitesi quelle del § 48 ('*dominorum permanent*'). Se il passo non è opera dei giustinianeî, deve pur sempre essere stato scritto per stare in quella connessione in cui sta adesso.

¹⁹⁴ Si veda DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., p. 159: egli ha osservato che Gaio non usa mai '*proprietas*' se non per contrapporre il dominio all'usufrutto o alla *possessio*, e che nelle *institutiones* gaiane non si incontra una sola volta il concetto di '*transferre dominium*' o '*proprietatem*'.

da essi talvolta usate, che parrebbero indicare un acquisto traslativo (*'transferre dominium'*, *'dominium transit'*, etc.) in realtà, se pure sono genuine, vengono applicate anche ai cd. modi di acquisto originari¹⁹⁵. Donde la conseguenza che è poco probabile che il *'iactus'* e la *'derelictio'* siano stati accomunati con la *traditio* sulla base del carattere che anch'essi avrebbero di atti traslativi di dominio e, comunque, ciò non potrebbe avere una particolare importanza.

Il motivo di tale riavvicinamento, se non si vuole riconoscere che questo sia stato determinato dall'intenzione di mettere in rilievo più i caratteri differenziali che quelli comuni, potrebbe essere stato un altro. Senza addentrarci qui nell'esame del concetto e della natura della *traditio*, che ci porterebbe fuori del nostro tema e ci costringerebbe ad affrontare problemi sempre aperti, sono da richiamare alcune concezioni che di tale istituto sono state prospettate, per trarne però conseguenze diverse da quelle che se ne sogliono trarne. Già il Perozzi¹⁹⁶ aveva acutamente osservato una affinità fra l'occupazione e la tradizione, consistente nel fatto che in entrambe l'acquirente assoggetta a sé la cosa prendendone possesso e, quindi, questa dev'essere sua se non osta il diritto di un terzo: questo diritto manca nella prima perché si tratta di una *res nullius*, e manca nella seconda perché c'è la rinuncia del tradente. In seguito, questo sdoppiamento, per dir così, della *traditio* in due momenti, cioè nell'abbandono della cosa da parte dell'attuale proprietario e nella *manucapio* dell'acquirente, è stato da più parti messo in rilievo, ora per negare il carattere contrattuale della *traditio*, ora per negare che essa fosse un negozio traslativo della proprietà¹⁹⁷.

Se in questa concezione c'è qualche cosa di vero – e, ripetiamo, qui non è il caso di approfondire il problema – si può essere tentati di rovesciare in certo senso l'asserito rapporto fra *'derelictio'*, *'iactus missilium'* e *traditio*. La *'derelictio'* non sarebbe un caso di *traditio* (*in certam personam*), ma presenterebbe delle analogie, pur senza coincidere con esso, con uno degli elementi della *traditio*, come l'occupazione della cosa derelitta presenterebbe delle analogie, sempre senza coincidere con esso, con l'altro degli elementi della *traditio*. Il primo di questi due elementi non è vera derelizione, perché il tradente vuole spogliarsi della cosa con lo scopo di alienarla, mentre il derelinquente vuole semplicemente spogliarsi o almeno non considera come fine essenziale del suo atto l'altrui acquisto. E il secondo elemento non è vera occupazione, perché ha per oggetto, non una *res* diventata *nullius*, ma una *res* altrui, il proprietario della quale permette con la *traditio* l'acquisto. Inoltre, mentre nella *traditio* i due momenti suddetti si uniscono in un unico atto, la derelizione e l'occupazione, appunto perché non si ricollegano in uno scopo unico, restano due atti separati, di cui il primo non presuppone nemmeno il secondo, mentre il secondo presuppone il primo. Se così è, la concezione già delineata dal Rabel e poi accentuata dal Beseler, per cui la *traditio* sarebbe uguale a *'derelictio'* più occupazione, o, quanto meno, si lascerebbe spiegare con l'unione di questi due atti, oppure potrebbe da questi essere sostituita, non può essere senz'altro accettata. Essa contiene però qualche lato di verità.

Che la derelizione e l'occupazione siano due atti nel senso suddetto distinti e che non si fondano mai assieme, crediamo che possa ritenersi dimostrato da quanto sopra abbiamo messo in rilievo circa gli effetti della *'derelictio'*. Tali effetti, come si è visto, il derelinquente raggiunge indipendentemente dall'altrui occupazione e, comunque, anche prima che questa segua. Invece, l'atto del tradente e quello di colui cui la tradizione è fatta, se pure non costituiscono un contratto, il che è vivamente controverso, sono strettamente interdipendenti e l'uno non ha senso senza l'altro. La teoria che afferma l'identità o l'affinità della derelizione con la tradizione, o che considera la prima come una parte della seconda, deve logicamente sostenere che il derelinquente non raggiunge il suo scopo, cioè non perde la proprietà se non in seguito all'occupazione da parte di altri della cosa dere-

¹⁹⁵ Si vedano C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano*, in «BIDR.», V, 1903, p. 300 ss., DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., p. 83 ss., e A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis*, Berlin-Leipzig, 1930, p. 177 s.

¹⁹⁶ In Nota d) a CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 12.

¹⁹⁷ Si vedano fra gli altri, RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, cit., p. 317 ss., BESELER, *Miscellanea*, cit., p. 218, DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 139 ss. e 249 ss., F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, p. 73, e EHRHARDT, *Iusta causa traditionis*, cit., p. 146. *Contra*, LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, cit., p. 165, e SIBER *Römisches Recht*, II, cit., p. 73 nt. 2.

litta. Se l'accennata teoria si spinge sino a tale tesi, essa non trova appoggio nelle fonti, come si è cercato di dimostrare, ma si presenta logica e coerente. Senonché, a poco a poco, appunto per la necessità di non porsi in contrasto pieno con le fonti, essa ha ripiegato da tale sua posizione e con ciò, a nostro avviso, ha scosso il suo stesso fondamento.

Anzitutto, da siffatta concezione della *'derelictio'* si son dovute escludere le *res Mancipi*, in base alla considerazione che l'alienazione di esse non poteva nel diritto classico aver luogo con una semplice *traditio*. E allora si è sostenuto che, ove fossero abbandonate, il derelinquente non ne perdesse la proprietà nemmeno quando altri l'avesse occupate, giacché a tale conseguenza si sarebbe pervenuto solo con l'usucapione. Abbiamo visto che le fonti non si prestano a sostenere tale tesi e, anzi, testimoniano, se non ci inganniamo, il contrario. Comunque, qui ci preme solo di rilevare che, se essa fosse esatta, si sarebbe dovuto negare addirittura la liceità della derelizione delle *res Mancipi*, almeno ove si ammetta che la derelizione è quell'atto con cui il derelinquente si stacca dalla cosa a tutti gli effetti, fra cui il primo è quello della perdita della proprietà. Oppure, si sarebbe dovuto, sempre per tale categoria di cose, ricongiungere in un'unica figura, la derelizione, non più con l'occupazione, ma con la usucapione.

Ad ogni modo, sarebbe stato naturale attendersi che, almeno per le *res Mancipi*, il collegamento della *'derelictio'* con la *traditio* si sarebbe continuato a sorreggere con l'argomento che il derelinquente non perde il dominio della cosa se non previa l'altrui occupazione. Invece, quel riavvicinamento è stato di recente sostenuto pure da chi ha ammesso che chi derelinque una *res nec Mancipi* ne perde subito la proprietà, e ciò non solo secondo la cd. teoria sabiniana, ma anche secondo la concezione proculeiana, essendosi creduto che la divergenza fra queste due concezioni avesse per oggetto solo le *res Mancipi*. Si è così parlato di una figura di *traditio*, che continuerebbe a sussistere come tale, nonostante che fra la perdita della proprietà da parte del derelinquente e l'acquisto da parte dell'occupante ci sia una forte cesura e corra un intervallo di tempo¹⁹⁸. Ma perché questi due atti, staccati nel tempo, negli effetti e altresì per la possibilità che, compiuto l'uno, non segua l'altro, si dovrebbero poi ricongiungere dando luogo ad una ben strana *traditio*, non si dice e sarebbe certo difficile dire.

A sostegno di tale concezione si potrebbe solo invocare il riavvicinamento dei due istituti cui accennano i noti passi delle Istituzioni. Ma, dopo quanto abbiamo detto, potrebbe esser lecito anche supporre che tale riavvicinamento essi facciano, non per mettere in rilievo quel tanto di *traditio* che ci sarebbe nella *'derelictio'*, ma invece quel tanto di *'derelictio'* che, secondo le accennate teorie, ci sarebbe nella *traditio*.

E ci potrebbe essere anche un'altra spiegazione. Effettivamente, sembra che nelle fonti, così in quelle di cui è parola come in altri testi, trapeli il concetto, già rilevato dal Perozzi¹⁹⁹, che per i romani l'occupazione e qualsiasi disposizione della cosa di un altro, sia pure derelitta e diventata *nullius*, fosse giustificabile avendo riguardo alla volontà del derelinquente, cioè alla presunta volontà di questo che la cosa entri nella disposizione di un altro. Ora non è da escludere che tale concetto possa avere contribuito a fare scorgere un punto di contatto fra la *traditio*, il *'iactus missilium'* e la *'derelictio'*. Infatti, non è da dimenticare che, anche per questa, si parla della volontà, sia pure negativa, del derelinquente di non volere più la cosa; e nei paragrafi precedenti e precisamente in *Iust. inst.* 2.1.44, si era detto che la cosa si acquista, senza *traditio* da parte del proprietario, *'eo ipso, quod patitur tuam esse'*, nonostante che i casi contemplati sotto questo punto di vista fossero veri casi di alienazione (vendita, donazione). Dall'altra parte, come si vede pure da tali espressioni, il concetto di cui è parola era del tutto astratto e teorico, non aveva nessuna specifica influenza sulla struttura concreta e intrinseca degli istituti e, quindi, non se ne deve esagerare l'importanza sino al punto di ritenere che, richiamandosi ad esso, si sia inteso ridurli tutti ad un'unica figura giuridica: quella della *traditio*.

E così crediamo che, per quanto riguarda i rapporti fra la *traditio* e la *'derelictio'*, non rimanga per

¹⁹⁸) Cfr. MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 40 ss.

¹⁹⁹) Nota o) a CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 155, a proposito del passo sopra esaminato di Pomponio (D. 41.7.5) e della frase in esso contenuta *'quasi volente et concedente domino'*.

nulla attenuata la distinzione dei due istituti che risulta anche da un passo dello stesso Gaio (*inst.* 2.66), in cui l'occupazione, sebbene non si parli espressamente dell'occupazione delle cose derelitte, è contrapposta alla *traditio*: '*nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent*'.

35. Riesce, dopo quanto si è detto, alquanto più facile determinare, per quel che ci interessa, la natura del '*iactus missilium*'. E' noto che le opinioni sono in proposito divise: una parte della dottrina crede che nelle fonti esso sia considerato come una '*derelictio*', mentre un'altra parte lo inquadra nella figura della *traditio*, e non mancano coloro che sostengono che esso, secondo i casi, assume i caratteri ora dell'una ora dell'altra, se pure i giuristi romani erano d'accordo (e di ciò si dubita) sulla sua natura ²⁰⁰.

Noi dobbiamo qui limitarci a poche osservazioni.

Da un lato, parrebbe che i passi, sopra esaminati, delle *institutiones* di Giustiniano e delle *res cottidianae* di Gaio mettano in rilievo la volontà di colui che compie il *iactus* di trasferire la proprietà della cosa: '*et tamen quia vult quod quisque exceperit eius esse, statim, eum dominum efficit*'. Da questo punto di vista, egli compirebbe una *traditio*, sia pure '*ad incertam personam*'. Senonché, noi già abbiamo visto che importanza abbia nelle fonti in rilievo di tale volontà e come essa non basti, per quanto riguarda la '*derelictio*' a far rientrare questa nella *traditio*: vero è, però, che per la '*derelictio*' a quella volontà non si accenna in termini così espliciti come per il *iactus*. Dall'altro lato, non è senza peso che questo è effettivamente un istituto che presenta diversi aspetti, per dir così intermedi ²⁰¹. Può, per esempio verificarsi l'ipotesi che la cosa venga raccolta da nessuno e rimanga sulla pubblica via. Il '*iactans*' potrebbe allora certamente riprenderla, ma ciò non vuol dire che si trova nella posizione del tradente, cui la volontà non si realizzi per un qualsiasi motivo, giacché, come si è visto, anche il derelinquente può riprendere la cosa derelitta finché non è occupata da altri, e, quindi, in ciò non si può vedere alcun carattere differenziale delle due figure. Comunque, se non riprende la cosa o perché non vuole o perché non si è nemmeno accorto che essa è rimasta non raccolta, si deve presumere che egli l'abbia abbandonata. In altri termini, se in un primo momento nel *iactus* si può vedere una *traditio*, o, meglio, una volontà di *tradere*, in un secondo momento esso si rivela come una '*derelictio*': e, si noti bene, questi due momenti non subentrano l'uno all'altro in ordine cronologico, ma si trovano entrambi riuniti nell'atto del *iactus* sin da principio e si svolgono secondo le circostanze, senza l'intervento di ulteriori manifestazioni di volontà.

Ora, dai passi, che esaminiamo, non sembra che risulti, almeno in modo chiaro, che di questi due momenti del *iactus*, che lo riavvicinano l'uno alla *traditio*, l'altro alla '*derelictio*', si sia data la prevalenza al primo. Anzi, qualche indizio farebbe ritenere il contrario. Si ricordi che *Iust. inst.* 2.1.46, in

²⁰⁰) Ritengono che il '*iactus missilium*' sia una derelizione J.E. KUNTZE, *Die Lehre von Inhaberpapieren*, Leipzig, 1857, p. 348, e PEROZZI, *Nota k*) a CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 144 ss., mentre in *Tradizione*, cit., p. 109, aveva sostenuto l'opinione contraria. Parlano di derelizione modificata G.A. VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, I, Erlangen, 1852, p. 206 ss., e PERNICE, *Parerga*, II, cit., p. 108 ss. Vedono nel *iactus* una *traditio*, fra i molti altri, R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁴, II.2, Leipzig, 1880, p. 376 nt. 518 e p. 379 nt. 521, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., I.2, § 172, A. EXNER, *Die Lehre von Rechtsvererb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht*, Wien, 1867, p. 12 ss., CZYHLARZ, *op. cit.*, p. 110 ss., FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit., p. 396, BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 173, W. GRACK, *Die Lehre von der Traditio ad incertam personam im justinianischen und heutigen bürgerlichen Recht in vergleichender Darstellung*, Königsberg, 1929, p. 32, MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 11 ss., E. BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione. Contributo alla teoria della delegazione a dare*, in «BIDR.», XLI, 1933, p. 154, etc. Alcuni di questi (Jhering; Czyhlarz ed altri, come per esempio RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, cit., p. 319) affermano una divergenza di opinioni fra i giuristi classici. Il RICCI, *La derelizione*, cit., p. 326, crede che bisogna volta per volta vedere se esiste solo la volontà di abbandonare la cosa, o anche quella di farla acquistare da altri. Analoga è l'opinione di J. ROBY, *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, I, Cambridge, 1902, p. 417.

²⁰¹) Si vedano le acute osservazioni e gli ampi sviluppi in proposito dello SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, II, cit., p. 304 ss.

cui si parla del *iactus* è collegato col § 47, in cui si parla della '*derelictio*', mediante un '*qua ratione*': dunque, la '*ratio*' che imprime il carattere al *iactus*, qualunque essa sia, è la stessa che caratterizza la '*derelictio*' e, poiché questa, come si è visto, non è considerata come *traditio*, è logico che allo stesso risultato si pervenga per il *iactus*. Certo, chi getta una cosa alla folla ha in vista l'eventuale impossessamento di questa da parte di qualcuno, ma, poiché egli intende disfarsene, anche se nessuno la raccoglie, tale intenzione ultima è quella che decide della natura del *iactus*. Comunque, se l'interpretazione dei passi suddetti rimane dubbia, si può, per chiarirla, ricorrere al noto passo di Pomponio, riportato in D. 41.7.5, di cui sopra abbiamo avuto occasione di esaminare il principio, nel quale, come si è visto, si parla di '*derelictio*' e di '*usucapio pro derelicto*'. Il § 1 di tale frammento prosegue così:

Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti cum quis aes sparserit aut aves amiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea, quae, cum quis pro derelicto habeat, simul intellegitur voluisse alicuius fieri.

Che il principio del frammento sia genuino, abbiamo cercato di dimostrare a suo luogo (*supra*, § 21), contrariamente alla comune opinione. Più discutibile è il § 1 di cui conviene occuparci adesso. La prima frase '*id quod quis pro derelicto habuerit continuo meum fit*' può sembrare singolarmente sincopata: bisognava dire che ciò che altri abbandona può diventar mio, oppure che diventa mio se me ne impossesso. Ciò che vien dopo dovrebbe essere argomentazione per giustificare la massima già enunciata: manca, però, un '*nam*' o un '*enim*'. Ancora: dopo i due esempi dell' '*aes*' e delle '*aves*', si ha un '*eas*', che non quadra ad ambedue i casi. Infine, si potrebbe ritenere che il periodo non è completo: al '*quamvis incertae personae voluerit eas esse*' corrisponde, nella seconda parte, il '*simul intellegitur voluisse alicuius fieri*'; manca però il membro analogo e corrispondente al '*tamen eius fierent cui casus tulerit*'.

Per queste ragioni non è da escludere la mano dei compilatori. Ma che a questi si debba l'intero paragrafo, come ha sostenuto il Beseler²⁰², non sembra. Altri ha accennato a parziali interpolazioni, senza precisarle²⁰³. Altri ancora ha proposto delle ricostruzioni. Così il Karlowa, che ha proposto la seguente²⁰⁴:

Sicuti cum quis aes sparserit aut aves emisit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eas eius fieri voluit, cui casus tulerit, ita, cum quis pro derelicto habeat, ea simul intellegitur voluisse alicuius fieri.

In modo sostanzialmente non dissimile ricostruisce il Meyer-Collings²⁰⁵:

Res nec Mancipi, quam pro derelicto habuerit, continuo occupantis fit, sicuti cum quis aes sparserit aut aves emisit, quamvis incertae personae voluerit eas esse. Eius fient, cui casus tulerit, ea, quae, cum quis pro derelicto habeat, simul intellegitur voluisse alicuius fieri.

Non è il caso di indugiarsi sulla esattezza di queste ricostruzioni, che, per ciò che concerne la forma, non possono non considerarsi arbitrarie. E, per quanto riguarda la sostanza, che è quella che ci interessa, possiamo limitarci a notare che esse concordano nel mantenere al passo un contenuto dal quale risulta che il '*iactus missilium*' è considerato come una derelizione.

E' comunque da escludere che nel testo, quale ci è pervenuto, si faccia un parallelo fra derelizione e tradizione. Se si fosse voluto fare un paragone, al '*sicuti*' si sarebbe dovuto far corrispondere un '*ita et*', che manca. Ancora: le due ipotesi che il testo ha, alle quali si è pensato che venga paragonata la derelizione – gettito di danari, liberazione degli uccelli – non sono entrambe casi di *traditio*; infatti, se ciò può essere discusso pel gettito di denari, non si può mettere in dubbio che la liberazione degli uccelli sia una vera e propria ipotesi di derelizione. Cosicché, insistendo nell'idea del

²⁰²) *Confestim - continuo*, in «ZSS.», LI, 1931, p. 202.

²⁰³) Cfr. BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 352 nt. 1.

²⁰⁴) *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 413 s.

²⁰⁵) *Derelictio*, cit., p. 19.

paragone, si dovrebbe riconoscere che il testo farebbe un assurdo parallelo di fattispecie identiche; tanto più, che l'allusione alla volontà che la cosa cada nel dominio di qualcuno, che si legge a proposito delle pretese ipotesi di tradizione, non potrebbe differenziarle dalla derelizione, dal momento che il testo affermerebbe questa volontà anche per questa. La verità è che nel frammento, così nel principio sopra esaminato, come nel paragrafo di cui è adesso parola, non si accenna affatto, né esplicitamente né implicitamente, alla *'traditio ad incertam personam'*, ed è sicuro che il *'iactus missilium'* è considerato come un'ipotesi di derelizione.

Da ciò la grande importanza del passo. Esso serve a chiarire, come si è detto, quello di Gaio, passato anche nelle Istituzioni di Giustiniano. Ben lungi dal testimoniare una divergenza di vedute fra i giuristi, come altri ha supposto, si hanno in esso sufficienti elementi, non solo per far ritenere infondata l'opinione così diffusa che Gaio e poi Giustiniano configurassero il *'iactus missilium'* come *traditio*, ma anche per lumeggiare tutto il contenuto di questi altri passi. Infatti, la posizione iniziale dei concetti è in questi la stessa di quella che si riscontra nel testo di Pomponio. Negli uni e nell'altro si mette in rilievo che nelle diverse ipotesi che si prospettano l'acquisto ha luogo in base ad una volontà del precedente proprietario. Ma che questa volontà non fosse per i Romani elemento sufficiente per far ritenere che l'acquisto abbia luogo per *traditio*, noi avevamo già affermato, interpretando in sé e per sé *Iust. inst.* 2.1.47 e D. 41.1.9.7; risulta adesso confermato dal passo di Pomponio, che, muovendo dallo stesso ordine di idee, viene nettamente alla conclusione che si tratti di *'derelictio'*. E questa conclusione ci sembra di grande importanza sia per la definizione del *'iactus missilium'* sia per eliminare il fondamento dell'opinione che ha fatto riavvicinare la *'derelictio'* alla *traditio*. Gli altri argomenti, sui quali tale opinione si appoggia, sono tutti derivati da questo e lo presuppongono: in sé e per sé, non trovano nelle fonti alcuna corrispondenza, anzi, se non ci inganniamo, vi contraddicono.

36. Con lo stesso procedimento logico e la stessa argomentazione è da escludere che la *'derelictio'* fosse dai Romani concepita con caratteri analoghi a quelli della donazione.

A favore dell'opinione contraria è stata, anzitutto, invocata, sia pure come prova secondaria, la stessa collocazione che ha nelle Pandette il titolo *'pro derelicto'*, che segue quello *'pro donato'*. A tale rilievo, che già era stato fatto dal Cuiacio²⁰⁶ e venne poi ripetuto dal Bonfante²⁰⁷ e dal Dumont²⁰⁸, è stato obiettato giustamente che sulla stessa base si potrebbe costruire una relazione fra la *'derelictio'* e il legato, poiché il titolo *'pro legato'* segue immediatamente quello *'pro derelicto'*²⁰⁹.

E' però vero, a prescindere da ciò, che in alcuni passi, in cui si parla della *'derelictio'* si fa altresì menzione della donazione. In uno di essi il riaccostamento si potrebbe anche ritenere casuale e non determinato dallo scopo di fare un vero paragone. E' il frammento (D. 41.7.5) di Pomponio, di cui abbiamo esaminato adesso il § 1 e più sopra (§ 21) il principio. In tale principio, si parla, come si è visto, della possibilità di usucapire che ha colui che ha comprato da un possessore *'pro derelicto'* e si ammette questa possibilità rilevando che essa si ha pure da colui che compra da un marito una cosa a questo donata dalla moglie, giacché ciò avviene, nell'uno e nell'altro caso, *'quasi volente et concedente domino'*. Si può pure ritenere che per fare la medesima dimostrazione sarebbe stato adatto qualche altro esempio, oltre quello della donazione, che perciò in sé e per sé non significa intenzione di accomunare i due istituti. Però non è da negare che, pur trattandosi di un semplice esempio, esso ha qualche valore. E, secondo noi, tale valore è sempre quello sopra indicato: dimostra, cioè, la tendenza a giustificare gli acquisti di cose prima appartenute ad altri con una presunta volontà del precedente proprietario. Questa volontà però è ben diversa, per quanto concerne la derelizione da quella che presiede alle vere e proprie alienazioni; è una «quasi» volontà e, come tale, ha, più che al-

²⁰⁶) In *Lib. LIV, Pauli ad ed., L. 2, Pro der.*, in *Opera omnia*, V, Napoli, 1722, p. 748.

²⁰⁷) *La derelizione*, cit., p. 333.

²⁰⁸) *Les donations*, cit., p. 65.

²⁰⁹) Cfr. MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 26 s.

tro, importanza morale; nel caso concreto serve solo a confermare la buona fede dell'acquirente.

Ad altro proposito abbiamo già avuto occasione di esaminare (*supra*, § 23) D. 45.3.36, tratto da Giavoleno. In esso si legge la famosa frase '*nam et haec genere quodam donatio est*', che non si sa precisamente a che cosa si debba riferire e quale significato voglia avere. Se si riferisce al fatto che lo schiavo derelitto, dopo che è stato da altri occupato, acquista per l'occupante, il richiamo alla donazione appure del tutto oscuro e, comunque, non ci interessa. Se, invece, si riferisce alla derelizione, resta sempre da spiegare perché esso è stato fatto e a quale proposito. Per queste considerazioni, si ritiene generalmente, come si è visto, che si tratta di una frase insitica. Ma, se tale non dovesse ritenersi, il suo significato non potrebbe essere che quello generico cui si è accennato e, questa volta, esso sarebbe ancora più generico e concretamente meno importante che nel passo di Pomponio ²¹⁰.

37. Se, dunque, nella derelizione non c'è la volontà di trasferire ad altri la cosa, non dovendosi con questa volontà confondere quella puramente negativa di non opporsi a che la cosa diventi di altri, ci deve almeno essere la volontà di non avere più la cosa stessa. Questo concetto è nettamente affermato dalle fonti specialmente a proposito del '*iactus mercium*', che, appunto perché non determinato da tale volontà, non costituisce derelizione: '*quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur ... dominorum permanent, quia non eo animo eiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum effugiat*' (D. 41.1.9.8 e *Iust. inst.* 2.1.48).

Dello stesso pensiero di Gaio sono Paolo (34 *ad ed.*, D. 14.2.2.8), Giavoleno (7 *ex Cassio*, D. 41.2.21.2, e forse anche in 11 *ex Cassio*, D. 41.1.58, se esso si riferisce a '*res iacta*') e Giuliano (2 *ad Min.*, in due passi che il Lenel ha riuniti: D. 41.7.7 cui seguirebbe D. 14.2.8). Invece, in un passo di Ulpiano (31 *ad Sab.*, D. 47.2.43.11) sembra che si accenni ad una diversa opinione:

Si iactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur? quaestio in eo est, an pro derelicto habitum sit. et si quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, cum sciat peritum, qui invenit suum fecit nec furti tenetur. si vero non hoc animo, sed hoc, ut, si salvum fuerit, haberet: ei qui invenit auferendum est, et si scit hoc qui invenit et animo furandi tenet, furti tenetur. enimvero si hoc animo, ut salvum faceret domino, furti non tenetur. quod si putans simpliciter iactatum, furti similiter non tenetur.

Lasciando da parte gli antichi tentativi di conciliazione, è da ricordare che il passo è stato sospettato di larghe interpolazioni dal Berger ²¹¹, il quale immagina che il testo originario dovesse essere il seguente:

Si iactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur, quaeritur. et puto: si quidem lucrandi animo abstulerit, furti tenetur, quia res in mare iactae pro derelicto non habentur; enimvero si hoc animo, ut salvum faceret domino, furti non tenetur.

Non è il caso di indugiarsi sulla critica del Berger, molto minuziosa e sottile. A parte le obiezioni che si potrebbero rivolgere ai singoli argomenti di cui egli si avvale, ci sembra che il motivo più forte per dubitare della esattezza di essa, è che non si vede perché mai i compilatori avrebbero interpolato un passo che, nel testo che si propone come originario, non avrebbe per nulla contraddetto ai principi accolti nella loro opera, mentre nella sua attuale formulazione sta in antinomia con gli altri passi citati, accolti nella compilazione stessa.

Tutto sommato, sembra probabile che effettivamente le opinioni dei giuristi fossero divise. Ne

²¹⁰) Una opinione del tutto personale è quella di G. BRINI, *Di sui Digesti fr. 3 D. XLI, 7 e fr. 36 D. XLV*, in «Rendiconti della Regia Accademia di Bologna», 2^a s., VIII, 1923-1924, p. 40 ss. Egli crede che per i servi, come per gli immobili, non si desse che una derelizione impropria e una occupazione ugualmente impropria. In tali cose, se derelitte, permarrrebbe una specie di demanialità ed esse non si acquisterebbero dai privati se non mercé una '*adsignatio*', anche se questa si attui per occupazione. La '*donatio*' di cui parla il frammento di Giavoleno sarebbe questa '*adsignatio*' gratuita che lo Stato farebbe al privato occupante.

²¹¹) *In tema di derelictio*, cit., p. 178 ss. e 188.

è indizio la stessa insistenza con cui la questione viene esaminata; l'espressione che usa Giavoleno quando manifesta il suo avviso (*'existimo'*); la stessa parola adoperata da Ulpiano, che dice trattarsi di una *'quaestio'*, etc. E sono qui da ricordare le acute argomentazioni che hanno fatto supporre al Riccobono che ai tempi di Giuliano dovesse essere comune l'opinione che considerava derelitte le cose gettate nel pericolo del naufragio, che tale opinione fosse contenuta nel testo di Mincio annotato da Giuliano, che questi avesse invece accolta la contraria opinione sostenuta dal suo maestro Giavoleno e divenuta poi vittoriosa, come dimostrano i passi di Gaio e di Paolo, mentre Ulpiano avrebbe persistito nell'antica teoria, probabilmente perché copiava Celso ²¹². E, in sostanza, tale ipotesi del Riccobono potrebbe trovare qualche conferma nell'osservazione del Bonfante, che non esclude che in antico le merci gettate in mare e gli avanzi di naufragio fossero compresi fra le *'res derelictae'*, sebbene sembri ammettere che nel diritto classico tale concezione fosse già superata e non sia alieno dal ritenere, col Berger, non genuina la discussione contenuta nel citato passo di Ulpiano ²¹³.

Comunque, per quanto interessa il nostro punto di vista, ci basti notare che la divergenza che risulta dai passi suddetti non riguarda propriamente il concetto e i caratteri della derelizione, anzi i passi stessi sono concordi nell'affermare che per la *'derelictio'* occorre l'animo di non volere più la cosa. La questione era più particolare e, diremo, più di applicazione del principio, che concernente il principio stesso: cioè la risposta al quesito se il gettito delle merci costituisse una derelizione si faceva dipendere dall'esame se tale gettito si facesse *'animo derelinquendi'* o meno. E, mentre secondo una opinione tale animo ci sarebbe sempre stato, secondo l'opinione accennata nel passo di Ulpiano, ci sarebbe stato o non ci sarebbe stato in corrispondenza delle circostanze, sebbene si dica che la sua esistenza si debba ammettere nella maggior parte dei casi ²¹⁴. Ridotta a questi termini, la questione diventa per noi molto meno importante e possiamo non proseguire nel suo esame.

38. Ci sono anche altri casi per i quali è dubbio se ricorra la figura della derelizione.

Sopra (§ 13) abbiamo fatto menzione di quei passi in cui si parla della *'derelictio'* in correlazione col *damnum infectum* e si è accennato al dubbio prospettato dal Bonfante, dal Cuq, dal Meyer-Collings, che, nei casi di cui ivi è parola, si tratti più di una *'noxae deditio'* che di una *'derelictio'*. Noi abbiamo respinto questo dubbio, richiamando il principio che, in D. 3.5.9.1, Ulpiano fa affermare da Labeone, che ad ognuno è lecito *'et damni infecti nomine rem derelinquere'*. Notavamo anche che non c'è alcun motivo per ritenere che *'derelinquere'* qui non abbia significato tecnico, tanto più che in altri passi sopra citati il *'derelinquere damni infecti nomine'* è indicato con *'pro derelicto habere'*. Dall'altra parte, nei casi in cui si parla veramente di *'noxae deditio'*, i testi adoperano la parola *'relinquere'*, il che esclude che essa sia considerata come vera derelizione (si vedano i passi citati sopra).

Invero, che fra la *'noxae deditio'* e la derelizione *'damni infecti nomine'* non ci sia che una lontana somiglianza, è qui superfluo mettere in rilievo. Con la prima, certo si perde il dominio o la patria potestà, ma l'abbandono pur non essendo, come la *'derelictio'*, un atto traslativo, almeno originariamente, si risolve sempre in una *'deditio'*. Ciò invece non si verifica nella derelizione di cui qui è parola, che, fra l'altro, non si compie verso una persona determinata, verso il danneggiato ²¹⁵.

²¹²) Si veda RICCOBONO, *Studi critici*, cit., p. 265 ss.

²¹³) BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 350 nt. 1. La tesi che fra i giuristi classici ci fosse divergenza di opinioni è sostenuta pure da CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 105, e da H. KRELLER, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, in «Zeitschrift für geschichtliches Handels und Konkursrecht», LXXXV, 1921, p. 328. *Contra*, PEROZZI, *Nota b)* a CZYHLARZ, *op. cit.*, p. 105.

²¹⁴) Il MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 70, ritiene che le parole *'quod plerumque credendum est'* o sono un glossema di chi non comprendeva il *'iactus mercium'* o sono state poste per svista da uno scrivano dove adesso si leggono, invece che dopo *'si vero non hoc animo, sed'*.

²¹⁵) Può non essere fuori luogo ricordare qui, data la sostanziale identità fra la *noxae deditio* di diritto privato e la *deditio* a popoli stranieri di cittadini colpevoli verso questi ultimi, una celebre controversia su tale figura di *deditio*. E' noto che, secondo Publio Mucio Scaevola, il *deditus* perdeva la cittadinanza anche se il popolo a cui egli era consegnato ne rifiutava la *receptio*; Marco Giunio Bruto, invece, lo reintegrava, in questa ipotesi, in tutti i suoi diritti. Ed è pure nota la concezione di Cicerone (*top.*, 8.36) che configurava la *receptio* come un atto di accettazione. Ora, anche

L'opinione contraria sembra sia stata suggerita da una interpretazione di (Ulp. 3 *ad ed.*) D. 39.2.15.21, alla quale non possiamo consentire:

Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, cum iusta causa videbitur. Ergo intervallum aliquod debet intercedere quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus habuisse, aut emisso in possessionem, et aliquamdiu immorato nemo caveat.

Questo passo si è messo in relazione con D. 39.2.7.2 dello stesso Ulpiano, nel quale si riferisce l'opinione di Giuliano che il proprietario di un edificio, che rovinando ha prodotto danno al vicino, è obbligato o a togliere le rovine o a derelinquere tutto l'edificio. E' un frammento che ha dato luogo a dei sospetti, ma che, per quanto riguarda il brano finale in cui si afferma il principio che ci interessa, è riconosciuto genuino anche da chi aveva di ciò dubitato²¹⁶; e, infatti, esso concorda e si ricollega pienamente con quanto è detto alla fine di D. 39.2.6. Il giureconsulto, dunque, parla in esso di una vera e propria derelizione, come dimostrano anche le parole che egli adopera: *'aut totas aedes pro derelicto habere'*.

Ma si può da ciò argomentare che vera e propria derelizione si abbia nell'ipotesi contemplata da D. 39.2.15.21, che abbiamo trascritto? In esso si dice che, non avendo il proprietario del fondo pericolante data la *'cautio damni infecti'* ed essendo già avvenuta la *'missio in possessionem ex primo decreto'*, occorre, perché avvenga la *'missio in possessionem ex secundo decreto'*, che passi un certo intervallo di tempo in cui o si persiste a non dare la cauzione o *'pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse'*. Si è interpretato questo passo, come se dicesse che una derelizione deve avere già avuto luogo²¹⁷. E, naturalmente, da questa interpretazione si è tratto argomento per dimostrare che con la *'derelictio'* non si perdeva subito la proprietà e che questa non era acquistata dal nuovo possessore, il quale conseguiva solo l'*'in bonis'* ed era posto in condizione di usucapire. In contrario, è stato però osservato²¹⁸, secondo noi giustamente, che la *'missio ex secundo decreto'* viene concessa dal pretore appunto perché è incerto se è avvenuta o meno una derelizione: il silenzio del proprietario lascia supporre che sì (*'videatur'*), ma, poiché ciò non è sicuro, il proprietario minacciato non può occupare l'edificio e diventarne proprietario, e, quindi, provvede il magistrato immettendolo in un possesso che gli permette l'usucapione. L'ipotesi dunque contemplata dal passo in esame è che non si abbia una derelizione o, almeno, una derelizione sicura. Del resto, qui si tratta di un caso di *damnum infectum*, mentre in D. 39.2.7.2 si parla di un danno già verificatosi e da risarcire e l'alternativa non è di dare la cauzione o derelinquere, ma di togliere le rovine o derelinquere (si veda anche D. 39.2.6, di Gaio). La derelizione ha un effetto liberatorio, non perché sia simile ad una *'noxae deditio'*, ma perché chi non è più proprietario di una cosa non ha più gli obblighi, gli oneri, le responsabilità che sono connesse alla cosa stessa (si veda *supra*, § 31).

39. Da un diverso ordine di dubbi dipende l'altra questione, anch'essa sopra accennata, se sia un caso di derelizione l'*'ager desertus'* cui si riferisce il noto ordinamento della tarda epoca imperiale.

Tutto sommato, sembra più fondata l'opinione negativa. Ad attuare gli scopi di politica economica e fiscale, che quell'ordinamento aveva in vista, non importava che il fondo fosse derelitto, nel senso tecnico della parola, ma bastava che non fosse coltivato. Ciò, del resto, si può dire che risulti testualmente da una costituzione degli Imperatori Diocleziano e Massimiano dell'anno 290 (C.I. 7.32.4),

se si ammette che non queste opinioni di Bruto e di Cicerone, ma quella di Scevola fosse la più esatta (si veda in questo senso F. DE VISSCHER, *La nature juridique de la «deditio» dans le droit des gens romaines*, in «RHDFE.», 4^a serie IX, 1930, p. 188 s.), resta sempre vero che la *deditio* si compie di fronte ad altri e per dare a questo la possibilità di un atto corrispondente, mentre la *derelictio* non è, come si è visto, un atto che si rivolga ad una sia pure incerta persona e non è fatta in vista di una altrui occupazione.

²¹⁶ Cfr. BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 137 nt. 4.

²¹⁷ Si vedano BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 338, 364 ss., e, sulle sue tracce, MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 85.

²¹⁸ Cfr. BERGER, *In tema di derelizione*, cit., p. 170 nt. 1.

in cui si ammette che il proprietario dell' 'ager desertus' non abbia avuto mai l' 'adfectio derelinquendi' e ne conservi perciò il possesso, sia pure 'solo animo'. Più particolarmente, si è osservato ²¹⁹ che (Valentinianus Theodosius et Arcadius, a. 388-392) C.I. 11.59.8 parla così dei fondi 'domino cessante deserti' come di quelli lasciati incolti a motivo della loro distanza, mentre lo stesso non potrebbe dirsi dei fondi contemplati da (Arcadius et Honorius, a. 400) C.I. 11.59.11, dai quali il proprietario si è effettivamente allontanato. Il che, però, non significa che essi siano da considerarsi derelitti.

Anzi, che ciò sia da escludersi è provato dal tenore delle disposizioni che li riguardano. Il proprietario è sempre ammesso da C.I. 11.59.8 a sperimentare, contro chi si mette in possesso del fondo per coltivarlo, la *rei vindictio*, sia pure dietro risarcimento delle spese di coltivazione ed entro un periodo di due anni. Secondo C.I. 11.59.11, egli è invitato a tornare sul fondo entro sei mesi e, solo quando l'invito non è accolto, il fondo è attribuito in proprietà a chi lo coltiva dal 'peraequator'. Questo riconoscimento della persistenza dei diritti del proprietario sull' 'ager desertus' sembra incompatibile con l'ipotesi che questo sia considerato come derelitto. Si è cercato di spiegare ciò con i principi che sarebbero stati propri della derelizione nella dottrina proculeiana: il derelinquente non avrebbe perduta la proprietà del fondo se non dopo la prescrizione decennale dell'occupante e tutto si sarebbe ridotto a facilitare l'acquisto definitivo di quest'ultimo permettendogli di diventare proprietario in due anni o sei mesi ²²⁰. Naturalmente, questa interpretazione diventa inammissibile quando non si accetti il presupposto da cui parte: quando, cioè, si riconosca che la derelizione producesse sempre per ogni specie di cose la perdita immediata della proprietà. Allora, la persistenza suddetta del diritto del proprietario appare dipendente dal fatto che non si trattava di fondi derelitti. E neppure si può dire che la derelizione venisse finta ²²¹, oppure presunta ²²² salva la facoltà del proprietario di distruggere tale presunzione domandando entro il termine stabilito la restituzione del fondo. In verità si tratta di costruzioni giuridiche che non risultano affatto dalla legislazione positiva sull'istituto.

Dall'altra, parte, il fondamento dell'acquisto che faceva il nuovo possessore non era l'occupazione, ma un titolo del tutto speciale, che consisteva ora nell'assegnazione del *peraequator*, ora nello stesso fatto di aver coltivato il fondo: la cultura del terreno, come dice il Vangerow ²²³, la specificazione, come ha creduto il Böcking ²²⁴ o anche un misto di specificazione ed usucapione, secondo il Czyhlarz ²²⁵, o infine la legge, come genericamente l'ha qualificato il Windscheid ²²⁶.

Mancano tutti gli estremi, dunque, perché si possa ritenere che l' 'ager desertus' fosse tutt'uno con l' 'ager derelictus' ²²⁷. E nemmeno crediamo esatta l'opinione intermedia che esso potesse, ma non dovesse essere 'derelictus' ²²⁸. Anche se, in linea di fatto, si fosse stati in presenza di un fondo derelitto, la applicabilità ad esso della legislazione speciale di cui si è fatta parola dimostra che non tale qualità era presa in considerazione, ma solo quella, in certo senso assorbente, di 'ager desertus'. Di conseguenza, non si può dire, come è stato detto, che l' 'ager desertus' valesse come 'derelictus', ma, se mai, poteva in taluni casi dirsi il contrario, che, cioè, l' 'ager derelictus' valesse come 'desertus'.

²¹⁹) Cfr. CZYHLARZ, *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 99.

²²⁰) Si veda BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 366 s., e Corso, II.2, cit., p. 198 ss. Anche il MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 92, vede in ciò elementi della cd. 'derelictio' proculeiana.

²²¹) Così L. BENDIX, *Der sogenannte Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte*, in «Archiv für Bürgerliches Recht», XXXII, 1908, p. 155 s.

²²²) Cfr. MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 92.

²²³) *Lehrbuch der Pandekten* ⁷, I, Marburg-Leipzig, 1865, § 313; cfr. anche SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, II, cit., p. 45.

²²⁴) *Pandekten*, II.1, cit., § 154.

²²⁵) *De acquirendo rerum dominio*, cit., p. 101.

²²⁶) *Diritto delle Pandette*, cit., I, § 74.

²²⁷) Sono, per vari motivi, di questa opinione (che era anche di J. CUIACIUS, *Ad lib. XI Cod. Commentarium*, in *Opera omnia*, cit., I, p. 856) CZYHLARZ, *op. cit.*, *passim*, SELL, *Römische Lehre*, cit., I.2, p. 96, G. WOLFF, *Über Dereliktion*, cit., p. 11, BENDIX, *op. cit.*, p. 155, e SCIALOJA, *op. cit.*, p. 45. *Contra*, BONFANTE, *La derelizione*, cit., p. 367 e Corso, II.2, cit., p. 198 e 273, G. HUMBERT, 'Deserti agri', in DAREMBERG, SAGLIO, «Dictionnaire», II.1, cit., p. 106 ss., TIDOW, *Über Dereliktion*, cit., p. 15, e BIONDI, *Corso di istituzioni*, I, cit., p. 245 s. Intermedie possono dirsi le opinioni, fra di loro diverse, di ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 173, e di MEYER-COLLINGS, *op. cit.*, p. 93.

²²⁸) MEYER-COLLINGS, *loc. ult. cit.*

Ad ogni modo, come sopra si è osservato, nella legislazione particolare di cui si è fatto cenno, non si può scorgere nemmeno una limitazione alla facoltà di derelinquere i fondi. Tale limitazione²²⁹ si può, invece, scorgere, in certo senso, in un altro istituto, nella cd. ἐπιβολή, in quella sua forma in cui un fondo redditizio veniva aggiunto ad uno non redditizio e il possessore dell'uno era obbligato per legge a conservare il possesso dell'altro, del quale tuttavia non gli veniva attribuita la proprietà. Vero è che, appunto per tale motivo, l'abbandono vietato non sarebbe stata una vera e propria derelizione.

40. Distinta così la derelizione da tutta una serie di istituti e ridotta la sua figura a quella di una azione materiale volontaria, per cui il proprietario di una cosa rompe ogni suo rapporto con la cosa stessa, a tutti gli effetti e, quindi, perdendone anche e in prima linea la proprietà, è da domandarsi se essa si possa considerare come un caso, sia pure particolare, di un più ampio istituto, quello della rinuncia.

A tale domanda la più delle volte si dà una risposta affermativa o, meglio, si considera senz'altro e implicitamente la derelizione come una rinuncia, senza dare di ciò alcuna spiegazione e senza accennare ai dubbi che in proposito potrebbero sorgere. Il che, del resto, avviene, non solo dal punto di vista del diritto romano, che non si può dire che abbia elaborato un preciso e generale concetto di rinuncia, ma anche con riguardo al diritto moderno²³⁰.

Naturalmente, non possiamo qui dilungarci su un argomento che esorbita dal nostro tema, e ci limiteremo a brevi osservazioni.

Anzitutto, ci sembra fuori dubbio che la rinuncia si debba considerare come un atto che si traduce in una dichiarazione di volontà. Invece, abbiamo visto che la derelizione non è una dichiarazione, ma è piuttosto un'attuazione di volontà, un comportamento, del quale abbiamo analizzato gli elementi e i momenti (cfr. *supra*, cap. II). Da ciò scaturisce una prima e fondamentale differenza fra i due concetti, che può essere causa di equivoci non tener presente. Quando, per esempio, nel diritto italiano moderno, si domanda se è ammissibile la derelizione di immobili e a questa domanda si risponde affermativamente, però soggiungendo che ciò si può fare solo con atto scritto, che deve, per giunta, essere trascritto perché produca certi effetti verso i terzi²³¹, la questione è, secondo noi, male impostata. Si ammette cioè una rinuncia, credendo di ammettere la derelizione, mentre, ammessa la prima, resta sempre a vedere se la seconda, come atto diverso da questa, sia da ammettersi pure o da escludere.

E nemmeno sembra che la derelizione possa includersi in quella categoria di comportamenti o azioni, che, sebbene non abbiano in sé e per sé la funzione di render nota ad altri una volontà, possono tuttavia acquistare il significato e il valore di dichiarazioni tacite di volontà²³². Essa è e rimane sempre un mero comportamento, che deve essere volontario, ma non esprime e tanto meno dichiara a qualcuno una volontà. Perciò, la derelizione, a differenza della rinuncia, non è un negozio giuridico²³³.

I corollari, che sono a trarsi da tali concetti, sono numerosi. Fra i più importanti, si possono accennare i seguenti.

La distinzione fra atti unilaterali e bilaterali non trova applicazione alla derelizione. Per la ri-

²²⁹) Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, II, cit., p. 327 ss., e MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 95 ss.

²³⁰) Fra i tanti che si potrebbero citare, si vedano G. WOLFF, *Über Dereliktio*, cit., p. 7, BENDIX, *Der sogenannte Verzicht*, cit., p. 204, MEISSELS, *Zur Lehre vom Verzicht*, cit., p. 678 ss., TIDOW, *Dereliktio*, cit., p. 10 ss., FADDA, BENSÀ, *Nota a WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, cit., IV, p. 380, 384 ss., e DE RUGGIERO, *Istituzioni*, cit., II, p. 417.

²³¹) Cfr. FADDA, BENSÀ, *op. cit.*, p. 386 ss.

²³²) L'identificazione fra le dichiarazioni tacite di volontà e le attuazioni di volontà è frequentissima: si veda per esempio E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, § 93. *Contra*, giustamente, BETTI, *Istituzioni*, cit., p. 301 e 358.

²³³) Ciò è controverso. *Contra*, per esempio, O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht. II. Sachenrecht*, Leipzig, 1905, § 131 nt. 26, M. WOLFF, *Sachenrecht*, in «Lehrbuch des bürgerlichen Rechts»¹² (cur. L. ENNECCERUS, T. KIPP, M. WOLFF), Warburg, 1919, § 78, e gli autori ivi citati.

nuncia si può discutere se essa, per produrre i suoi effetti, debba essere accettata o meno, se, insieme all'accettazione, può dar luogo ad un contratto di rinuncia, e così via. Tutte queste questioni ²³⁴ non si possono fare per la derelizione. Naturalmente riterrà il contrario chi avvicina la '*derelictio*' alla *traditio* o, comunque, crede che la prima importi un trasferimento, sia pure non immediato, di proprietà all'occupante la cosa derelitta. Infatti, il carattere differenziale fra derelizione e rinuncia è stato da qualcuno ²³⁵ indicato in ciò che la rinuncia opererebbe l'estinzione di un diritto, la derelizione un passaggio del diritto. Viceversa, ciò non potrebbe essere approvato da coloro che ammettono una figura di rinuncia traslativa, oltre di quella semplicemente abdicativa, e, comunque, a prescindere da tale opinione, la distinzione accennata urta contro la natura della derelizione, che, secondo noi, è del tutto indipendente dall'acquisto della cosa abbandonata e, in ogni caso, non attribuisce a tale acquisto carattere derivativo.

Se la derelizione non è dichiarazione di volontà, essa non è, come è chiaro, ricettizia. E non può neppure contenere dichiarazioni accessorie e, quindi, termini, modi, condizioni ²³⁶: dev'essere assoluta, un fatto che esiste o non esiste. Ciò non può dirsi della rinuncia.

Dalla rinuncia poi la derelizione differisce anche per il suo oggetto. Sopra abbiamo lungamente insistito nella dimostrazione che oggetto della seconda è sempre ed esclusivamente una cosa e che non può darsi derelizione di un diritto (cfr. *supra*, cap. III). Invece, oggetti propri e specifici della rinuncia sono precisamente i diritti, sebbene di rinuncia in senso largo si parli anche a proposito di «vantaggi», che non danno luogo alla figura del diritto ²³⁷. Che, infine, implicherebbe una incompleta e, perciò inesatta concezione della '*derelictio*', ritenere che derelinquere una cosa sia lo stesso che rinunciare al diritto di proprietà su di essa, abbiamo a suo tempo cercato di mettere in rilievo.

In conclusione, dunque, la derelizione ha, anche di fronte alla rinuncia, importanti e inconfondibili caratteri differenziali.

²³⁴) Su di esse si vedano soprattutto H. WALSMANN, *Der Verzicht. Allgemeine Grundlagen einer Verzichtstheorie und Verzicht im Privatrecht*, Leipzig, 1912, *passim*, nonché FADDA, BENSÀ, *loc. ult. cit.*, e l'ampia bibliografia ivi citata.

²³⁵) MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, cit., p. 107.

²³⁶) *Contra*, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, cit., § 131 nt. 27, e M. WOLFF, *Sachenrecht*, cit., p. 241 nt. 9.

²³⁷) Si vedano WALSMANN, *op. cit.*, p. 42, 146, THUR, *Der allgemeine Teil*, II, cit., p. 265, e L. ENNECCERUS, *Einleitung. Allgemeiner Teil*, in «Lehrbuch des bürgerlichen Rechts», cit., I.1, p. 343.

Indice delle fonti

CICERO		19.2.15.35	21.
<i>Topica</i>		21.1.58.pr.	23 nt. 89.
8.36	59 nt. 215.	21.2.76	9 nt. 23; 41 s.
		23.3.66	27.
		29.2.57.pr.	26; 29.
		30.110	23 nt. 89.
		36.2.57.3	29.
		39.1.20.10	6 nt. 6.
		39.2	23.
		39.2.6	9 nt. 23; 23 nt. 88; 60.
		39.2.7.2	8 nt. 19; 9 nt. 23; 23 nt. 88; 60.
		39.2.15.21	8 nt. 19; 9 nt. 21; 23 nt. 88; 60.
		39.2.15.35	6 nt. 6; 7; 8 nt. 19; 12 s.; 21.
		40.8.2	9 nt. 21; 22; 41.
		41.1	5.
		41.1.1.1	5.
		41.1.3.pr.	5.
		41.1.7.3	5.
		41.1.9	32.
		41.1.9.5	51.
		41.1.9.6	51.
		41.1.9.7	50 ss.; 55 s.; 57.
		41.1.9.7-9	49 ss.
		41.1.9.8	17 e nt. 59; 50 ss.; 55 ss.; 58.
		41.1.30.4	5.
		41.1.50	11 nt. 66.
		41.1.58	9 nt. 21; 17 e nt. 57; 58.
		41.2	21.
		41.2.13.13	35 e nt. 135.
		41.2.17.1	18 s.; 51.
		41.2.21	21.
		41.2.21.1-2	17 e nt. 57.
		41.2.21.2	9 nt. 23; 58.
		41.2.38.1	21 e nt. 83.
		41.3.45	6 nt. 6.
		41.3.45.pr.	14.
		41.4.2.17	35.
		41.7	10.
		41.7.1	5; 9 nt. 23; 30 s.; 32 s.; 45.
		41.7.2	31; 35 nt. 139; 36 s.
		41.7.2.pr.	9 nt. 21; 45.
		41.7.2.1	19; 40.
		41.7.3	6 s. e nt. 8; 9 nt. 23; 23 ss. e nt. 98 s.
		41.7.3.2	9 nt. 21.
		41.7.4	9 e nt. 23; 45.
		41.7.5	33 s, e nt. 130 s.; 45; 54 nt. 199; 56; 57.
		41.7.5.pr.	33; 36.
		41.7.5.pr.-1	9 nt. 23.
		41.7.5.1	33; 36; 56; 57.
		41.7.6	9 e nt. 23.
		41.7.7	17 nt. 58; 58.
		41.7.8	9 nt. 21; 14; 22; 39.
		42.8.3.2	41.
		42.8.4	48.
FRAGMENTUM DOSITHEANUM			
11	46.		
GAII INSTITUTIONES			
2.30	27.		
2.41	33 e nt. 129.		
2.43	33 nt. 129.		
2.48	17 e nt. 59 e 62.		
2. 66	55.		
2.66 ss.	5.		
2.163	29.		
4.153	7; 14; 16; 21.		
PAULI SENTENTIAE			
2.31.27	5; 7 e nt 12; 12.		
ULPIANI LIBER SINGULARIS REGULARUM			
1.19	17; 46.		
CODEX REPETITAE PREAELECTIONIS			
3.38.8	7; 21.		
7.32.4	12; 13; 15; 60 s.		
7.34.5	9 nt. 23.		
8.51.1-3	14.		
11.59.8	61.		
11.59.11	61.		
DIGESTA			
3.5.9.1	23 e nt. 86; 48; 59.		
7.1	27.		
7.1.48	27 s. e nt. 106.		
7.1.64	26 s.		
7.1.65.pr.	26 s.		
8.5.6.2	23 e nt. 86; 46; 48.		
9.4.17.1	28.		
9.4.37	40.		
9.4.38.1	9 nt. 23; 22; 40; 48.		
13.7.31.pr.	23 nt. 89.		
14.2.2.8	9 nt. 23; 17 e nt. 60; 58.		
14.2.8	9 nt. 23; 12; 13; 17 e nt. 58 e 62; 58.		

42.8.5 9 nt. 23; 41; 48.
 43.8.2.39 7.
 43.8.2.40 9 nt. 23; 16.
 43.16.3.14 28.
 44.4.4.12 27.
 45.3.36 7; 8 nt. 19; 9 nt. 21 e 23; 12; 13;
 22; 38 s.; 40; 58 e nt. 210.
 46.7.2 37.
 47.2.43.4 37; 44.
 47.2.43.5 31; 33; 37; 44.
 47.2.43.5 ss. 8 nt. 19.
 47.2.43.6-7 9 nt. 23.
 47.2.43.11 9 nt. 23; 12 s.; 17; 58; 59 nt. 214.
 47.2.46.pr. 9 nt. 21; 17 e nt. 58; 44.
 47.2.62.1 23 nt. 89.

48.1.9 9 nt. 23; 22; 40 s.
 48.23.2 26; 28 s..
 49.2.15.35 15.

IUSTINIANI INSTITUTIONES

2.1 5.
 2.1.22 5.
 2.1.44 51 e nt. 191; 52; 54.
 2.1.45 51 e nt. 191.
 2.1.46 32; 49 ss. e nt. 193; 52; 55 ss.
 2.1.47 5; 8; 9 nt. 21 e 23; 12; 13; 14; 18;
 22; 30 s.; 32; 45; 49 ss. e nt. 187 e
 193; 52; 55 s.; 57.
 2.1.48 32; 49 ss. e nt. 193; 52; 55 s.; 58.

Indice degli Autori

ALBERTARIO, E.: 15 nt. 51; 16 nt. 54.
 AFFOLTER, F.: 39 nt. 150.
 APPLETON, C.: 31 nt. 117; 35 nt. 137.
 ARANGIO RUIZ, V.: 31 nt. 117; 46 nt. 173; 51 nt.
 189; 61 nt. 227.
 BACHER, L.: 27 nt. 107.
 BAVIERA, G.: 7.
 BEAUCHET, L.: 39 nt. 150.
 BECHMANN, A.: 31 nt. 117; 42 nt. 163 s.
 BEKKER, E.I.: 62 nt. 232.
 BENDIX, L.: 61 nt. 221 e 227; 62 nt. 230.
 BENSÀ, E.: 15 nt. 51; 27 nt. 107; 62 nt. 230 s.; 63
 nt. 234.
 BERGER, A.: 6 e nt. 15; 7 e nt. 10 s. e 14; 8 e nt. 20;
 9 e nt. 25 s.; 10 e nt. 28; 12 e nt. 33 e 37; 13 e
 nt. 39, 42, 44 e 47; 17; 21; 22 e nt. 85; 23 nt. 86
 e 88; 29 e nt. 114 e 116; 31 nt. 117; 32 nt. 118,
 120 e 123 s.; 36 nt. 140; 38 nt. 148; 39 nt. 151;
 41 e nt. 161; 49 nt. 184; 50 e nt. 186; 51 nt. 187;
 55 nt. 200; 58 e nt. 211; 59; 60 nt. 216 e 218.
 BESELER, G. VON: 7 e nt. 15; 13 e nt. 41 e 45; 18
 nt. 74; 23 nt. 86; 24 nt. 92; 27 e nt. 103; 29 e nt.
 115; 31 nt. 117; 36 nt. 140; 37 e nt. 147; 38 e nt.
 148 s.; 40 e nt. 154 s.; 48; 53 e nt. 197; 56 e nt.
 202.
 BETTI, E.: 11 nt. 31; 55 nt. 200; 62 nt. 232.
 BIONDI, B.: 10 nt. 28; 31 nt. 117; 46 nt. 175; 61 nt.
 227.
 BÖCKING, E.: 46 nt. 175; 61 e nt. 224.
 BONFANTE, P.: 5 e nt. 3 s.; 6 e nt. 7; 7 e nt. 12 s.; 8
 e nt. 17; 9 nt. 25 s.; 10 e nt. 30; 11 nt. 31 s.; 12 e
 nt. 34 s. e 37; 13 e nt. 46; 14 nt. 48; 15 nt. 51; 16
 nt. 52; 18 nt. 71; 19 e nt. 77 ss.; 23 nt. 87 s.; 24 e
 nt. 93, 95 e 97; 25 e nt. 99; 31 nt. 117; 32 nt.
 121; 33 nt. 125 s.; 34 nt. 132 s.; 35 nt. 139; 36
 nt. 141; 37 nt. 143; 38 nt. 148; 39; 40 nt. 152; 41

e nt. 159; 45 nt. 168 s.; 46 nt. 172 e 175; 51 nt.
 187, 189 e 192; 56 nt. 203; 57 e nt. 207; 59 e nt.
 213; 60 nt. 217; 61 nt. 220 e 227.
 BRINI, G.: 18 nt. 71; 58 nt. 210.
 BRINZ, A.: 18 nt. 71; 45 nt. 169.
 BRUGI, B.: 46 nt. 173.
 BUCKLAND, W.W.: 22 nt. 84; 31 nt. 117; 46 nt.
 175.
 CATUNEANU, J.: 46 nt. 175.
 CHECCHINI, A.: 51 nt. 192.
 COSTA, E.: 31 nt. 117.
 COVIELLO, L.: 46 nt. 175.
 CUIACIUS, J.: 7 nt. 12; 57 e nt. 206; 61 nt. 227.
 CUQ, E.: 23 nt. 87; 28 e nt. 109; 31 nt. 117; 59.
 CZYHLARZ, C.: 5 e nt. 2; 9 nt. 25; 10 nt. 29; 14 nt.
 48; 15 nt. 49 s.; 16 nt. 52; 18 nt. 64 s., 68 e 72;
 20 e nt. 80 s.; 31 nt. 117; 34 nt. 131; 36 nt.
 140; 39 nt. 151; 43 nt. 167; 45 nt. 170; 46 nt.
 174; 49 nt. 185; 53 nt. 196; 54 nt. 199; 55 nt.
 200; 59 nt. 213; 61 e nt. 219, 225 e 227.
 DAREMBERG, C.: 28 nt. 110; 39 nt. 150; 61 nt.
 227.
 DE FRANCISCI, P.: 18 nt. 74; 31 nt. 117; 46 nt.
 175; 48 nt. 180; 52 nt. 194; 53 nt. 195 e 197.
 DERNBURG, H.: 18 nt. 65 e 71; 46 nt. 175.
 DE RUGGIERO, R.: 46 nt. 175; 62 nt. 230.
 DE VISSCHER, F.: 59 nt. 215.
 DUMONT, F.: 31 nt. 117; 34 nt. 132; 35 nt. 139; 36
 nt. 140; 57 e nt. 208.
 EHRHARDT, A.: 53 nt. 195 e 197.
 EISELE, F.: 24 nt. 96.
 ELVERS, R.: 46 nt. 173 s.
 ENNECERUS, L.: 62 nt. 233; 63 nt. 237.
 EXNER, A.: 55 nt. 200.
 FADDA, C.: 15 nt. 51; 27 nt. 107; 46 nt. 175 s.; 47;

- 62 nt. 230 s.; 63 nt. 234.
FERRARA, F.: 47 nt. 177.
FERRINI, C.: 20 e nt. 82; 31 nt. 117; 51 nt. 188; 55 nt. 200.
FINK, J.: 18 nt. 65 e 69.
FITTING, H.: 31 nt. 117; 39 nt. 151.
GIERKE, O.: 62 nt. 233; 63 nt. 236.
GIMMERTHAAL, T.: 9 nt. 25; 10 nt. 28; 21; 45 nt. 169.
GIRARD, P.F.: 7; 27 nt. 100; 31 nt. 117; 42 nt. 163.
GLÜCK, C.F.: 5 nt. 2; 46 nt. 173.
GRADENWITZ, O.: 27 e nt. 102; 45 nt. 171.
GRACK, W.: 55 nt. 200.
GROSSO, G.: 46 nt. 174.
GUARNERI CITATI, A.: 46 nt. 175.
HELLMANN, F.: 11 nt. 31.
HUMBERT, G.: 28 nt. 110; 61 nt. 227.
HUSCHKE, E.: 7.
JHERING, R. VON: 46 nt. 175; 55 nt. 200.
KADEN, E.-H.: 36 nt. 140.
KALINKA, E.: 37 nt. 147.
KARLOWA, O.: 31 nt. 117; 43 e nt. 166; 45 nt. 169; 56 e nt. 204.
KIPP, T.: 62 nt. 233.
KRELLER, H.: 59 nt. 213.
KRÜGER, P.: 7.
KÜBLER, B.: 7; 37 nt. 147.
KUNTZE, J.E.: 46 nt. 173; 55 nt. 200.
LANCKORONSKI, L.: 16 nt. 53; 18 nt. 65 s. e 69.
LEIST, B.W.: 9 nt. 25; 10 nt. 28; 21; 31 nt. 117; 33 nt. 125; 34 nt. 132 s.; 35 nt. 139.
LENEL, O.: 11 nt. 31; 17 nt. 58; 18 nt. 72; 20 e nt. 80; 27 e nt. 101; 32; 42 nt. 163; 53 nt. 197.
LONGO, C.: 53 nt. 195.
MANIGK, A.: 11 nt. 31.
MAYER, M.S.: 31 nt. 117.
MEISSELS, L.: 17 nt. 63; 18 nt. 64, 67 e 71; 27 nt. 107; 62 nt. 230.
MEYER-COLLINGS, J.J.: 4 nt. 1; 7 e nt. 13 e 16; 8 nt. 18; 9 nt. 22, 24 s. e 27; 12 nt. 35; 13 e nt. 38 e 40 s.; 15 nt. 49; 16 nt. 53 e 55; 17 e nt. 56 e 61 s.; 18 nt. 70 s., 73 e 75; 23 nt. 87 s.; 24 nt. 90 e 93; 25 nt. 98; 27 nt. 104 s.; 28 nt. 108, 110 s. e 113; 31 nt. 117; 32 nt. 119 e 121 s.; 33 nt. 125 s. e 128; 34 nt. 130 e 132; 36 nt. 141 s.; 37 e nt. 144 ss.; 38 nt. 148; 39; 40 e nt. 153 e 156; 41 e nt. 157 e 162; 42 nt. 163 e 165; 45 nt. 168 e 170; 46 nt. 175; 48 e nt. 179 e 181; 49 nt. 184; 51 nt. 187; 54 nt. 198; 55 nt. 200; 56 e nt. 205; 57 nt. 209; 59 e nt. 214; 60 nt. 217; 61 nt. 220, 222 e 227 s.; 62 nt. 229; 63 nt. 235.
MOMMSEN, T.: 7; 38.
PACCHIONI, G.: 47 nt. 178.
PERNICE, A.: 35 nt. 137; 49 nt. 183; 55 nt. 200.
PEROZZI, S.: 14 nt. 48; 15 e nt. 50; 18 nt. 64 e 72; 20 nt. 80; 31 nt. 117; 34 e nt. 131 e 134; 35 nt. 139; 43 e nt. 167; 45 e nt. 170; 46 nt. 174; 48 e nt. 180; 53 e nt. 196; 54 e nt. 199; 55 nt. 200; 59 nt. 213.
PLANCK, G.: 11 nt. 31.
PRINGSHEIM, F.: 32 nt. 118; 36 nt. 142; 51 nt. 187.
RABEL, E.: 28 nt. 112; 49 nt. 185; 53 e nt. 197; 55 nt. 200.
REGELSBERGER, F.: 11 nt. 31.
RICCI, R.: 9 nt. 25; 22 nt. 84; 31 nt. 117; 34 nt. 133; 35 nt. 139; 46 nt. 175; 55 nt. 200.
RICCOBONO, S.: 7 e nt. 9; 13 e nt. 43; 24 e nt. 94; 25; 51 nt. 192; 59 e nt. 212.
ROBY, J.: 55 nt. 200.
ROMANO, S.: 4 nt. 1; 35 nt. 138; 37 nt. 144; 46 nt. 175; 51 e nt. 190.
ROTONDI, G.: 10 e nt. 30; 18 nt. 72 e 74 s.; 19 nt. 78; 31 nt. 117; 41 nt. 160.
SAGLIO, E.: 28 nt. 110; 39 nt. 150; 61 nt. 227.
SCHEURL, G.A. VON: 55 nt. 200.
SCHONEMANN, O.: 46 nt. 175.
SCHULZ, F.: 53 nt. 197.
SCIALOJA, V.: 46 nt. 175; 55 nt. 201; 61 nt. 223 e 227; 62 nt. 229.
SECKEL, E.: 7.
SEGRÈ, G.: 24 e nt. 91 ss.
SELIGSOHN, E.H.: 35 nt. 136.
SELL, K.: 31 nt. 117; 61 nt. 227.
SERAFINI, F.: 46 nt. 175.
SIBER, H.: 31 nt. 117; 33 nt. 127; 34 nt. 130; 36 nt. 140; 53 nt. 197.
SOHM, R.: 49 nt. 184.
SOKOLOWSKI, P.: 18 nt. 65 e 71.
STINTZING, R.: 31 nt. 117.
TIDOW, G.: 17 nt. 61; 61 nt. 227; 62 nt. 230.
THON, A.: 29.
TUHR, A.: 11 nt. 31; 63 nt. 237.
VANGEROW, K.A.: 61 e nt. 223.
WALSMANN, H.: 63 nt. 234 e 237.
WENDT, O.: 11 nt. 31.
WINDSCHEID, B.: 15 nt. 51; 18 nt. 71; 19 nt. 76; 27 nt. 107; 45 nt. 170; 46 nt. 175; 55 nt. 200; 61 e nt. 226; 62 nt. 230.
WOLFF, G.: 24 nt. 90; 46 nt. 174; 61 nt. 227; 62 nt. 230.
WOLFF, M.: 62 nt. 233; 63 nt. 236.