

*Ferdinando Zuccotti*

## Vivagni. XVI-XVII

Sulle origini e sulla struttura dell'usucapione romana – Il diritto romano e l'antropologia giuridica: il rischio di una soverchia superficialità

### *Sulle origini e sulla struttura dell'usucapione romana (\*)*

1. Una congettura sul conformarsi dell'*usucapio* nella storia del diritto romano - 2. La mai raggiunta sicurezza dell'usucapione: riscontri nel diritto attuale - 3. Riprove logiche e testuali nelle fonti romane della prospettiva ricostruttiva già delineata - 4. La «revoca» dell'usucapione in Gaio: l'*usucapio pro herede* - 5. Prescrizione delle azioni ed usucapione - 6. Svantaggi del sistema della prescrizione acquisitiva rispetto a quella estintiva e soluzioni romane - 7. Gli istituti prescrittivi nel diritto comparato e il sorgere dell'usucapione in Grecia - 8. Ipotesi sul conformarsi dell'istituto prescrittivo nel diritto romano predecemvirale - 9. La riforma decemvirale degli effetti prescrittivi del tempo e la nascita dell'usucapione

#### *1. Una congettura sul conformarsi dell'usucapio nella storia del diritto romano*

In una nota di una dozzina di anni or sono, muovendo dalle nozioni normalmente istituzionali, se non più elementari, circa l'usucapione romana, arrivai a sostenere una tesi un poco eterodossa – congetturale ma a sufficienza

---

\*) Anticipo qui la pubblicazione di questo scritto destinato agli studi dedicati ai settant'anni di Pierluigi Zannini in occasione del suo collocamento a riposo. Evitando in questo scritto puntuali note in ordine a fonti e a dottrina – dato che si vorrebbe che l'argomentazione qui si fondasse soltanto su normali dati istituzionali da tutti

compiuta nella sua potenzialmente definitiva formulazione – in ordine alle coordinate costruttive di fondo di tale figura ed alle modalità per così dire evolutive che parrebbero avere caratterizzato la sua storia.

Le osservazioni in questione muovevano da una constatazione piuttosto empirica e banale, e a tal punto di mero buon senso da poter a prima vista risultare del tutto estranea al tecnicismo specialistico di consolidate architetture giuridiche: ossia dalla considerazione di come, nelle usuali trattazioni specie esagogiche ma non solo, si tenda in modo più o meno implicito a dare come per scontato che l'acquisto di un bene mediante usucapione si realizzi soltanto in presenza di tutti i requisiti previsti a tal fine dall'ordinamento, ossia quando consti la presenza – secondo il noto esametro medioevale – di *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*, mentre per altro verso è ovvio come la sussistenza di questi presupposti sia semmai entro certi limiti acceratabile, ossia attestabile tramite un riscontro giudiziale, soltanto nel caso che il precedente titolare della *res* tenti di recuperarla intentando la relativa *reivindi-*

---

accettati, evitando il ricorso a più complesse teorie ricostruttive particolari, foriere di interminabili discussioni, per potere così pervenire circa i temi in esame ad una più proficua discussione fondata su premesse comuni alla generalità dei romanisti – mi limito ad indicare i riferimenti che vengono più o meno esplicitamente indicati nel testo e a fornire talune minime indicazioni bibliografiche per le notizie estranee al diritto romano: per i problemi di diritto processuale civile italiano, si veda E. D'ALESSANDRO, *Giudizi di usucapione e problemi di identificazione del convenuto*, in «Rivista di diritto civile», LXII, 2016, p. 1361 ss., e, per il procedimento di jattanza, P.L. Falaschi, 'Giattanza (Giudizio di)', in «NNDI.», VII, Torino, 1961, p. 836 ss.; per la norma del cd. Codice di Hammurapi, cfr. C. Saporetti, *Antiche leggi. I «Codici» del Vicino Oriente Antico*, Milano, 1998, p. 165, per il diritto indiano R. LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, La Haye - Paris, 1967, trad. it. – *La tradizione giuridica dell'India* –, Milano, 2003, p. 226 ss., per il diritto germanico A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, III, Padova, 1872, p. 72 s., e per il cd. *Codice di Manu* «The Laws of Manu» (cur. W. Doniger e B.K. Smith), London, 1991, trad. it. – «Le leggi di Manu» –, Milano, 1996, p. 252 s. (o «Il trattato di Manu sulla norma» – cur. F. Squarcini e D. Cuneo –, Torino, 2010, p. 178). Le opere cui si allude nel testo sono nell'ordine: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 421, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1993, p. 209 s., F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849, trad. it. – *Sistema del diritto romano attuale* –, IV, Torino, 1889, p. 360 ss. e nt. a, H.J. WOLFF, *Verjährung von Ansprüchen nach Attischen Recht*, in «Eranion G.S. Maridakis», I, Athens, 1963, p. 87 ss., trad. it. – *La prescrizione delle azioni in diritto attico* (cur. M. Valente) – in «Rivista di Diritto Ellenico», I, 2011, p. 330 ss., e G. DIÒSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970, p. 144 ss. I due scritti dell'autore ricordati nel testo sono F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'usucapione romana [Vivagni V]*, in «Rivista di Diritto Romano», V, 2005, p. 35 ss. (estr.), e *Per una storia della prothesmia prescrittiva*, in «Rivista di Diritto Ellenico», II, 2012, p. 287 ss. Su ordinamenti di tipo «possessorio» e ordinamenti di tipo «proprietary», cfr. F. ZUCCOTTI, *I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario*, sempre in questa rivista, III, 2003, p. 389 ss. e in particolare p. 412 ss.

*catio*, arrivando per tal via ad una sentenza che dandogli torto dichiarò definitivamente, nel caso, la loro esistenza e quindi l'avvenuto acquisto prescrittivo da parte del convenuto. Ed è altrettanto chiaro come, in questa prospettiva, qualora questa né normale né generalizzata condizione manchi, l'usucapione in assenza di qualsiasi accertamento dovrebbe considerarsi a rigore come non ancora certa e sicura e quindi come opinabile nella sua concreta ed effettiva realtà, ossia in ultima analisi come non ancora avvenuta, in una situazione di incertezza che potrebbe agevolmente protrarsi all'infinito: una prospettiva di permanente indeterminazione circa la proprietà della cosa che, innanzitutto, contrasterebbe nella maniera più stridente con i fini di certezza che, nelle fonti romane così come nell'attuale dottrina, sono appunto propri dell'istituto della prescrizione acquisitiva ed anzi suo specifico scopo.

Per non arrivare a tale risultato di per sé assurdo, l'unica via a disposizione al fine di postulare una normale operatività dell'usucapione risulta quella di ritenere che, come avveniva sino alla sua sistemazione duodecimtabulare, l'usucapione continuasse a compiersi in base a dati oggettivi quali appunto il possesso e il tempo, ossia in vista della disponibilità esclusiva della *res* protratta per un certo periodo, mentre la presenza di ulteriori difetti o «vizi» di questa situazione di fatto non avrebbero impedito il compiersi di tale acquisto del *dominium*, ma avrebbero più semplicemente legittimato il precedente proprietario ad agire con la *revindicatio* nonostante l'avvenuto compimento della prescrizione, «invalidando», per così dire (ed il termine è volutamente generico), il pur già avvenuto acquisto della *res* in capo al possessore: fenomeno che già in antico sarebbe potuto avvenire nei casi in cui la legislazione decemvirale pose dei limiti particolari all'acquisto per *usus*, come avvenne – sembrerebbe – per il divieto di usucapire le *res furtivae* (*tab. VIII.17*), il sepolcro e il suo vestibolo (*forum bustumve*: *tab. X.10*), il *limes* (*tab. VII.4*) nonché le *res mancipi* vendute dalla donna *sine tutoris auctoritate* (*tab. V.2*).

Per quanto certo piuttosto «strana» a fronte di ormai abituali ed anzi sedimentate prospettive dottrinali, l'idea che l'usucapione continuasse in ogni caso a compiersi in maniera immediata soltanto in base al protrarsi del possesso per il tempo necessario, così come risulterebbe avvenire nelle sue origini predecemvirali, appare in effetti l'unico modo per evitare di ritenere che agli occhi dell'ordinamento tale soluzione acquisitiva non si compisse se non quando fossero una volta per tutte definitivamente assodati tutti i suoi requisiti: ipotesi di per sé non certo normale ed al contrario possibile soltanto nel caso in cui un precedente titolare della *res* agisse con la *revindicatio* contro l'attuale possessore della cosa (ovvero, al limite, se quest'ultimo, trascorso il tempo necessario e compiutasi l'usucapione, perdesse la disponibilità della cosa e

agisse contro il terzo al fine di riottenerla dimostrando a tal fine l'acquisto prescrivito), ottenendo così una sentenza che eventualmente, facendolo prevalere, avrebbe attestato l'avvenuta usucapione e quindi la sussistenza di tutti i suoi requisiti. Né è qui il caso di soffermarsi più di tanto a sottolineare come comunque una simile pronuncia giudiziale non avrebbe certo potuto assumere un valore assoluto e per ogni verso definitivo in ordine a tale acquisto giuridico, dato che essa avrebbe avuto come ovvio valore tra le parti, i loro eredi ed i loro aventi causa, senza pregiudicare per nulla la possibilità di altri di contestare a loro volta la presenza di simili requisiti e quindi la effettività dell'avvenuto acquisto prescrivito.

## 2. *La mai raggiunta sicurezza dell'usucapione: riscontri nel diritto attuale*

Non si tratta, del resto, di problemi esclusivamente propri dell'usucapione romana, ma di veri e propri «difetti» sistemici insiti *ab antiquo* in questa costruzione ed anzi intrinseci ad essa, che infatti non hanno mancato di condizionare a lungo il suo complessivo regime altresì negli ordinamenti che sotto tale aspetto ne discendono, per arrivare alle stesse impostazioni dei diritti attuali: anche se è chiaro come nel contesto romano classico l'assenza di un'azione di mero accertamento del dominio esperibile da parte del *dominus* possessore, conseguente al carattere di azione di condanna proprio della *reivindicatio* ed alla necessità che essa venga esperita dal proprietario che manchi del possesso, non poteva che rendere ulteriormente più complesse tali questioni.

Per limitarsi a pochi esempi tratti dagli ordinamenti attuali, ed in particolare da quello italiano, si può innanzitutto osservare come nel nostro diritto vigente, così come in altri, l'esperienza dell'azione di accertamento della proprietà da parte di colui che intenda far dichiarare l'avvenuta usucapione della cosa presenti il più delle volte il problema di individuare l'esatta controparte contro cui l'azione va mossa, e quindi alla quale va notificata la domanda, dato che – anche non considerando i casi, più rari, di errori o preterizioni nei registri catastali – il lungo tempo trascorso dalla presa di possesso fa sì che non poche volte l'intestatario sia da ritenere con tutta probabilità deceduto, mentre nulla è dato sapere, non avendo sovente essi provveduto a registrare la successione, circa l'identità nonché circa la stessa esistenza di eventuali eredi. E questo anche in quanto spesso l'interessato non si limita, per agire, ad attendere i vent'anni, o dieci in caso di usucapione abbreviata, richiesti dagli articoli 1158 e 1159 del codice civile, ma di regola si attiva solo quando ha effettiva necessità di un titolo, ossia di una risultanza catastale, per

poter vendere la cosa ovvero, in particolare, per poter ottenere tramite essa ad esempio un mutuo ipotecario.

Poiché in base alle norme generali il giudizio andrebbe instaurato nei confronti dell'intestatario catastale ovvero nei riguardi dei suoi specifici eredi, la prassi viene incontro alle difficoltà dell'attore, ammettendo che qualora il titolare non risulti dai pubblici registri si dia soltanto atto nella domanda giudiziale della oggettiva impossibilità di identificare il convenuto, mentre nel caso della sua presumibile morte la citazione può di fatto essere notificata o collettivamente ed impersonalmente agli eredi (anziché nominativamente a ciascuno di essi) ovvero allo stesso intestatario del bene, anche se esso sia con ogni verosimiglianza da ritenere deceduto: e di solito si ottiene dal tribunale l'autorizzazione alla notifica per pubblici proclami, ai sensi dell'articolo 150 del codice di procedura civile, per la evidente difficoltà di identificare i destinatari. Si tratta, tuttavia, di una certa forzatura delle norme vigenti dettata dalla impossibilità di fatto di adempiere alle loro più rigorose prescrizioni, ma di regola i tribunali evitano, in particolare, di rilevare la nullità della notifica per carenza di specifica identificazione delle generalità dei convenuti, accettando come sufficiente la loro designazione cumulativa quali eredi dell'intestatario catastale.

Il problema in esame, del resto, è in linea di massima comune ad ogni ordinamento, indipendentemente dal fatto che segua il sistema dell'usucapione acquisitivo ovvero della prescrizione estintiva, e ad esempio, tra gli ordinamenti di *common law*, nel diritto statunitense in caso di incertezza circa la controparte il problema viene generalmente risolto in vari Stati proponendo la domanda giudiziale nei confronti di un convenuto dal nome fittizio (tipo il famoso *John Doe*), in base al cosiddetto «suits involving fictitious parties». Si tratta del resto di una soluzione sovente finalizzata ad avvalersi di procedimenti peculiari a tale ordinamento e miranti a consentire all'attore di identificare il convenuto e di emendare quindi la lacuna della domanda giudiziale.

Più interessante, dal punto di vista delle coordinate di fondo dei diritti continentali, è la soluzione costituita nei diritti germanici dal cosiddetto «Aufgebotsverfahren», che prevede la possibilità di escludere dal suo diritto il proprietario di un immobile qualora esso risulti posseduto da altri da trent'anni: in altre parole, l'acquisto per usucapione non è automatico, come nel nostro ordinamento, ma occorre un provvedimento giudiziale di esclusione del titolare del diritto incompatibile con quello usucapito, seguito da una nuova iscrizione tavolare (che in tale sistema ha valore costitutivo e non semplicemente pubblicitario, come in Italia), e per questo chi vanti il periodo occorrente all'acquisto prescrittivo deve chiedere al giudice – per ragioni di certez-

za giuridica e non già per comporre una controversia a fronte di una contestazione altrui – di invitare chiunque accampi diritti sulla cosa a farli valere entro un determinato termine, pena la perdita del diritto stesso e conseguente riconoscimento del diritto dell'istante; all'invito a farsi avanti è data pubblicità in forma collettiva, mediante affissione all'albo del tribunale nonché attraverso ausili telematici, e qualora il soggetto così informato non reagisca, o se viceversa avanzi una pretesa che non venga accolta nel giudizio di cognizione che ne segue, il giudice pronuncerà un decreto di esclusione dei diritti del precedente proprietario a favore dell'istante, che vedrà quindi registrare a suo nome l'immobile.

Un sistema in qualche modo prossimo a quello tedesco, in cui appunto l'istante non ha l'onere di identificare la controparte, ossia l'attuale titolare dell'immobile usucapito, è stato in tempi non troppo lontani – ed invero piuttosto timidamente – introdotto anche in Italia, in una sorta di compromesso rappresentato dalla nuova legge sull'usucapione speciale della piccola proprietà rurale (legge 10 maggio 1976 n. 346, richiamata dal codice civile nell'art. 1159 bis): secondo tale disciplina, la notifica del ricorso introduttivo del giudizio risulta andare effettuata, stante la lettera della norma, al solo intestatario catastale, e quindi, nel caso esso sia da ritenere con ogni verosimiglianza defunto o irreperibile, soltanto attraverso modalità di notifica collettiva, secondo le forme di pubblicità di regola indicate dal tribunale stesso. Tuttavia, malgrado i quarant'anni ormai già trascorsi dalla sua introduzione e una pronuncia di legittimità costituzionale circa tali forme di pubblicità, questo particolare regime di usucapione non risulta a tutt'oggi del tutto delineato definitivamente dalla giurisprudenza e dalla dottrina in tutte le sue implicazioni costruttive e sistematiche, né tantomeno vi sono indizi di una qualche volontà legislativa di estendere tale regime alle forme normali di usucapione, nonostante esso rimedi almeno in parte alle ricordate difficoltà di notificazione.

In ogni caso, se questo sistema è nei suoi risultati pratici in pratica abbastanza prossimo al «Aufgebotsverfahren» germanico, anche se propriamente in esso non si ha nessuna *provocatio ad agendum*, è da notare come in ogni caso il diritto italiano conobbe, nei primi codici preunitari di ispirazione austriaca, un procedimento in qualche modo simile a quello tedesco, rappresentato dalle cosiddette azioni di jattanza o preventive, che però scomparvero sin dal Codice del Regno di Sardegna del 1854-1859: questa forma di giudizio era appunto detto «provocatorio», in quanto, allo scopo di por fine ad uno stato di incertezza causato dal «vanto» di un diritto da parte di un terzo, si consentiva al soggetto di agire in giudizio affinché il giudice obbligasse l'autore di tale «vanto» ad esercitare in giudizio il diritto accampato, con la sanzione, in caso contrario,

della perdita definitiva dell'azione (cosiddetta *impositio silentii*).

Le origini di tale forma di procedimento prendono le mosse da molto lontano, ossia dalla cosiddetta *lex 'diffamari'* di C.I. 7.14.5, ove si prevedeva, in caso di voci calunniose circa lo stato di ingenuità di taluno, che l'interessato potesse costringere il diffamante ad agire in un giudizio di stato sulla questione, pena la decadenza di qualsiasi diritto o titolo vantato e quindi il perpetuo silenzio su tale argomento. Nel contatto con la cultura germanica penetrata in Italia, un simile sistema venne esteso – altresì sul modello dei «giudizi di Dio» nonché delle cosiddette *purgationes*, ossia delle ordalie e dei giuramenti cui taluno poteva ricorrere per tutelare la propria dignità – ai casi in cui l'onorabilità di una persona fosse messa in discussione da sospetti o dicerie che pur non si concretassero in una vera e propria accusa, consentendo al soggetto di invitare mediante pubblici proclami chiunque fosse a conoscenza di una sua colpa o menda a denunciarla, fornendone la prove, o a tacere per sempre. La giurisprudenza medioevale e poi glossatori e commentatori estesero gradualmente questo mezzo di tutela a tutte le ipotesi in cui le millanterie di taluno mettevano in serio pericolo la sicurezza dei diritti di un'altra, e ne nacque una sistema di azioni dette «preventive» (nel cui ambito iniziò ad enuclearsi altresì la categoria delle azioni di mero accertamento) che conobbe via via sempre più estese applicazioni, compreso il diritto di proprietà, ed il *remedium ex lege diffamari* venne esteso a pressoché ogni caso di «vanto» (*iactatio*), cui si reagiva appunto con la *provocatio ad agendum*, sotto pena della *impositio silentii*, mentre con la diffusione del diritto comune tale tipo di procedura venne recepito in particolare in Francia e in Germania. Tuttavia, come si è accennato, con la codificazione più matura detti giudizi scomparvero, in base della motivazione che si sarebbe trattato di espedienti della giurisprudenza medioevale per sopperire a difetti degli ordinamenti ormai superati (come si disse nei lavori preparatori al Codice di Procedura Civile italiano del 1865), ma in concreto soprattutto per la difficoltà di stabilire il grado di interesse necessario e sufficiente a legittimare l'esperimento di tali azioni: e fu soltanto merito della dottrina, guidata in particolare da Giuseppe Chiovenda, se insieme ad esse non scomparvero anche le azioni di mero accertamento, preservate di fatto alla genericità della norma con cui il codice escludeva la sopravvivenza dei giudizi di jattanza.

Se dunque la rinuncia da parte dell'ordinamento italiano a tale tipo di procedimento non ha certo facilitato l'accertamento dell'usucapione, si deve tra l'altro tenere altresì presente, nel rapporto tra i due diversi sistemi, che mentre nei giudizi di jattanza così come nell'«Aufgebotsverfahren» tedesco il provvedimento giurisdizionale che pone fine alla procedura ha di fatto effi-

cacia *erga omnes*, nel sistema italiano la sentenza che chiude la controversia ha soltanto, com'è inevitabile, valore di giudicato soltanto tra le parti, i loro eredi ed i loro aventi causa, lasciando aperte, per quanto di fatto rare, ulteriori ragioni di incertezza circa la definitività del provvedimento ottenuto. E questo a tacere il fatto che il decreto con cui si conclude il procedimento ex art. 1159 bis, secondo la dottrina dominante, non può acquistare autorità di cosa giudicata, né precluderebbe al precedente titolare la possibilità di intentare in seguito la normale azione di rivendica (ad esempio, secondo una sentenza della Cassazione Civile – 18.10.1016 n. 21016 – il decreto di riconoscimento della proprietà rurale, inidoneo a passare in cosa giudicata, conferisce soltanto «una presunzione di appartenenza del bene a favore del suo beneficiario», interpretazione che non sembra affatto imposta dal testo delle legge 10 maggio 1976 n. 346, che forse poteva a tale proposito venire letta in maniera alquanto più «innovativa», ma che in ogni caso risulta scontrarsi con radicati atteggiamenti mentali di tipo conservativo).

Nel complesso, tirando le fila di questo non brevissimo *excursus*, sembra di potersi osservare una certa riottosità, specie da parte del diritto italiano come di altri, a violare il principio secondo cui non si possono imporre obblighi o oneri al *dominus* affinché agisca in giudizio per la tutela della *res*, costringendolo ad un comportamento positivo che secondo i principi generali non rientrerebbe nelle coordinate di massima del diritto di proprietà (criterio che si fa in linea di principio risalire all'affermazione di Paolo – 71 *ad ed.* –, trasmessaci da D. 44.4.5.6, secondo cui il *dominus* ha in sua potestà se usare del proprio diritto e quindi quando agire: *'non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur'*). A tale principio, pur certo ben comprensibile nelle sue coordinate di massima, non si vuole derogare neppure, in particolare, quando viene a collidere con l'altrettanto – e forse ancor di più – fondamentale principio della certezza dei rapporti giuridici, senza che rilevi sotto questo aspetto neppure il fatto che il proprietario, o i suoi eredi, siano in ogni caso manchevoli rispetto ad elementari adempimenti di utilità e interesse generale riguardanti le forme di conoscenza fornite dai pubblici registri.

Ma se sotto tale specifico aspetto a impedire un normale funzionamento del meccanismo usucaptivo è la prevalenza della tutela del *dominus* sulla esigenza di certezza nei rapporti giuridici, impedendo la possibilità che nell'ordinamento italiano si ricorra a procedimenti come quello di jattanza o sul genere dell' «Aufgebotsverfahren» tedesco, che pur risolverebbero in maniera più semplice e lineare i problemi cennati, più in generale i problemi costruttivi

connessi alla radice stessa delle architetture giuridiche su cui è nata l'usucapione sono ben più vasti e profondi, e riguardano la stessa concezione di fondo che essa rispecchia e su cui si è sviluppata nel corso dei secoli. Una concezione che – per quanto oggi si ammetta, com'è noto, l'usucapione altresì da parte del possessore di mala fede – si è in massima parte generata e per secoli radicata in una visione in ultima analisi moralistica dell'istituto, teso a premiare il possesso che, senza mala fede, non leda nelle convinzioni del soggetto un diritto altrui ed anzi risulti giustificato ad ogni effetto da una parvenza di titolo che, pur senza essere sufficiente a procurare il dominio, giustifichi in certo modo il conseguimento del diritto sulla *res*: prospettiva, questa, che si potrà anche in vario modo giustificare, in nome magari di un criterio virtuoso che vuole premiare il buon possessore e ostacolare quanto più possibile l'improbabile *praedo* che non giustifichi in altro modo la sua posizione se non con il proverbiale '*possideo quia possideo*', ma che in ogni caso risulta aver evidentemente ben poco a che fare con le pur ovvie esigenze di certezza giuridica che dovrebbero, sin dalle sue coordinate sistematiche di fondo, essere a base dell'istituto dell'usucapione, legittimando la sua esistenza nell'ambito dell'ordinamento e quindi, in ipotesi, fornendo i parametri generali per la sua costruzione dogmatica.

Le origine ultime di tale aporia risultano alquanto antiche, ed anzi appaiono porsi nei loro incunaboli agli stessi primordi della usucapione, che come si vedrà non dovette essere un istituto primigenio, ma semmai il verosimile frutto dell'evoluzione del precedente e più semplice e primitivo sistema della prescrizione delle azioni: un mutamento di regime che avvenne nel diritto romano, con ogni probabilità, in occasione della legislazione decemvirale, cui in effetti sembrano risalire altresì gli originari problemi costruttivi che ancora si riverberano ed anzi per taluni versi continuano pressoché inalterati negli ordinamenti attuali.

### *3. Riprove logiche e testuali nelle fonti romane della prospettiva ricostruttiva già delineata*

Tornando dunque alla ipotesi di diritto romano qui proposta, secondo cui l'usucapione si compiva in base al solo possesso perdurato per il tempo necessario, mentre la presenza degli ulteriori requisiti avrebbe semplicemente consentito all'attore di intentare la rivendica al fine di «annullare» l'usucapione pur già perfezionatasi, è da notare come, per quanto riguarda il diritto romano, a ben vedere, l'iniziale «stranezza» di una simile ricostruzione del resto si stemperi alquanto se si vanno a vedere, spogli di ogni preconcepita idea

ricostruttiva accettata a priori ed anzi ormai pressoché sclerotizzata, le effettive testimonianze testuali sotto questo aspetto offerte dalle fonti a disposizione in ordine all'usucapione, che tanto nel loro versante giuridico quanto in quello altresì letterario non risultano affatto mancare di offrire notevoli spunti, se non sufficientemente precisi indizi, in tal senso.

In primo luogo, è da notare come gli stessi giuristi romani, quando si tratta di dare una definizione generale della *usucapio*, si limitino a fare riferimento al possesso protrattosi per il tempo necessario, senza menomamente circoscrivere la sufficienza di tale elemento alla contemporanea presenza della *res habilis*, della *bona fides* e del *titulus* o *iusta causa*: così Gaio (*inst.* 2.44), trattando della figura muovendo dalle *res Mancipi* soltanto *traditae*, come spiegazione delle sue finalità complessive reca *'quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est'*, ribadendo questa impostazione definitoria dell'istituto in D. 41.3.1, 21 *ad ed. prov.*: *'bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas [statuti temporis] <anni vel biennii> spatium'*; impostazione che si ritrova analogamente in Modestino (5 *pand.*, D. 41.3.3: *'usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis [temporis lege definiti] <anni vel biennii>'*) ed ancora nell'*epitome* Ulpiani (19.8: *'usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii'*), secondo una modello che del resto nei suoi tratti essenziali compare ad esempio già in Nerazio, che in 5 *membr.*, D. 41.10.5, a proposito del titolo *'pro suo'*, affermava *'usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset'*.

Se quindi l'automaticità dell'effetto acquisitivo connesso al mero possesso continuato appare legarsi in modo inscindibile, nella visione dei giuristi classici, all'intrinseco fine di certezza dei rapporti e di limitazione delle liti che è proprio dell'istituto, senza fare affatto riferimento ad ulteriori elementi (tanto che la dottrina moderna, quando non si limiti ad accettare questa impostazione per poi correggerla tacitamente trattando in seguito dei vari requisiti che dovrebbero accompagnarsi a tali primi presupposti, è sovente costretta ad integrarla – forzandola – parlando in modo dogmatico di un «possesso qualificato»), è soprattutto da notare come questa prospettiva costruttiva dell'istituto si adatti alquanto meglio ai metodi elaborativi della giurisprudenza romana, che di per sé non può intervenire sui requisiti di un istituto già posti su di un piano sostanziale dallo *ius civile*, ma che di norma si limita ad agire sul versante della tutela processuale ponendo nel caso nuovi limiti e re-

strizioni alle pretese delle parti, così da agire risolutivamente e tuttavia in maniera indiretta sulla conformazione della figura (si pensi, ad esempio, al limite della *vis maior* nella responsabilità per custodia nell'*actio commodati in factum*, di cui la formula propriamente tace, ovvero al requisito di *'iure se ducere putare'* – D. 43.20.1.10, 19 e 39 – negli *interdicta de aqua*, che limita la tutela decretale dell'*usus servitutis* al solo esercizio effettuato nella convinzione di agire secondo diritto senza che del pari una simile restrizione venga esplicitata nelle parole del *decretum*).

Per tal verso, se i già ricordati limiti duodecimtabulari relativi alla *res habilis* vennero posti legislativamente dai decemviri (e in effetti, a proposito delle *res furtivae* e *vi possessae*, anche le ulteriori limitazioni costituite dalla *lex Atinia* e dalle *leges Plantia* e *Iulia de vi* seguirono appunto sempre tale modalità autoritativa di introduzione), i limiti costituiti dalla *fides* nonché dal *titulus* non risultano invece essere stati posti attraverso la via legislativa, ed appaiono quindi di introduzione giurisprudenziale: prospettiva in cui, dunque, non si può pensare ad una riduzione operata in modo diretto sul piano sostanziale del perimetro di applicabilità dell'*usucapio*, bensì, più propriamente, ad una limitazione appunto di ordine processuale, in cui si ammetteva l'esperibilità della *revindicatio* e la conseguente vittoria dell'attore qualora si dimostrasse che il convenuto, pur avendo posseduto la cosa per il tempo necessario, non disponesse di un adeguato *titulus* o *iusta causa* ovvero non avesse ottenuto la disponibilità della *res* secondo un atteggiamento di *bona fides*. Non riconoscendo l'avvenuta usucapione della *res* qualora mancassero questi ulteriori requisiti, l'impostazione processualistica che si limitava a far prevalere in questi casi l'attore rivendicante reagiva com'è ovvio altresì sul piano concreto dei limiti sostanziali della figura, conformandola a tale nuova architettura costruttiva, ma risulta peraltro chiaro come ciò non intaccasse direttamente le coordinate di fondo su cui l'istituto della prescrizione acquisitiva si erigeva, limitandosi formalmente a escludere sul piano processuale la prevalenza del convenuto possessore ed usucapiente nel caso in cui difettesse appunto di *fides* e di *titulus* e facendolo così risultare sconfitto nella lite, ma senza, ancora una volta, interagire direttamente con i presupposti sostanziali dell'istituto: e quindi lasciando che l'*usus* acquisitivo continuasse a compiersi e a prodursi, in assenza di una reazione processuale del precedente titolare, sulla base degli originari requisiti del possesso e del tempo, così come, in mancanza di una *revindicatio*, non poteva rilevare l'eventuale provenienza furtiva della *res*, elemento che, anche se invece di origine autoritativa e non giurisprudenziale, poteva sempre essere preso in considerazione e privare il convenuto della *res* soltanto in sede processuale, e quindi esclusivamente attraverso l'esperimento

dell'azione da parte del precedente *dominus*.

In tale falsariga, si comprende altresì il motivo per cui alcune fonti retoriche e in particolare Cicerone (nelle cui opere peraltro compare in effetti, significativamente, altresì la forma verbale '*usus capi*' – *leg.* 2.24.61 e *ad Att.* 1.5.6 – nonché il sostantivo '*usus capio*' – *leg.* 1.21.55 –, secondo un uso pianamente attestato in età repubblicana) di norma facciano senza problema riferimento, trattando dell'usucapione, non alla coeva *usucapio*, ormai in concreto regolata in via legislativa nonché giurisprudenziale in riferimento alle limitazioni di cui si è detto, bensì ancora all'*usus*, come antico istituto civilistico regolato dalle XII Tavole, in cui l'acquisto si verificava in linea di massima in base al solo possesso protrattosi per il tempo necessario, al massimo con il limite sempre d'introduzione decemvirale relativo alla *res habilis*, peraltro operante anch'esso su di un piano non sostanziale bensì processuale: si vedano in tal senso ad esempio Cic., *Caec.* 19.54, *leg.* 1.21.55 e 2.46.61, *top.* 4.23, nonché tra l'altro *Rhet. Her.* 4.29.40. Una visuale, questa, che potrebbe risultare assurdamente conservatrice e financo piuttosto tetragona nel non arrendersi all'evoluzione degli istituti, se l'antico *usus* acquisitivo fosse stato a quei tempi trasformato, come si usa dire, nella nuova figura dell'*usucapio*, caratterizzata in particolare dai requisiti della *bona fides* e della *iusta causa*, ma che viceversa appare alquanto meglio comprensibile se è da ritenere, come nella falsariga qui seguita, che in realtà tali recenziori elementi si limitassero appunto ad agire su di un mero piano processuale, arginando in via interpretativa l'operatività dell'acquisto prescrittivo, ma senza peraltro cancellarne l'antica architettura sostanziale, basata sui soli requisiti minimi del tempo e del possesso: cosicché, formalmente, l'antico istituto dell'*usus* era sempre e comunque vigente nella sua struttura originaria, così come delineato dallo *ius civile*, per quanto di fatto poi evolutosi, grazie all'attività giurisprudenziale, nella più moderna e restrittiva *usucapio*.

Tra l'altro, questa prospettiva chiarisce un ulteriore elemento che rimane, secondo le falsarighe della comune dottrina, invero alquanto problematico, ossia il fatto che, quand'anche privato della cosa da un terzo che in ipotesi non accampasse altra ragione che il proprio atto di forza e la situazione di fatto che ne derivava (il '*possideo quia possideo*' del cosiddetto *praedo*), egualmente colui che avesse usucapito la cosa e poi ne fosse stato spossessato, per dare la dimostrazione della proprietà nella *revindicatio* esperita per riottenerla, avrebbe dovuto in ogni caso, anche a distanza di decenni, fornire la prova della *iusta causa*, nonché nel caso altresì della idoneità della *res* ad essere usucapita, oltre a quella del possesso protratto per il tempo necessario (la buona fede, come è noto, si presume infatti sino a prova contraria): e questa prova,

estremamente difficile se non pressoché impossibile col passare di troppo tempo, sarebbe senza dubbio l'inevitabile conseguenza del voler costruire in particolare la *iusta causa*, per così dire, come un fattore «costitutivo» dell'usucapione. Se questa soluzione sarebbe palesemente assurda e in pratica priverebbe l'istituto di ogni utilità ai fini della certezza del diritto, appare chiaro come la ricostruzione qui tracciata eviti tale paradosso, dato che i soli presupposti dell'usucapione rimarrebbero in generale soltanto il possesso e il tempo, sufficienti, dunque, a far prevalere in generale colui che ha acquistato prescrittivamente la cosa contro qualsiasi terzo: qualora invece la controversia fosse sorta con il precedente proprietario della *res* (ovvero con il possessore che avesse venduto e consegnato, ma senza farne la *mancipatio*, la *res mancipi* all'attuale detentore, o altri soggetti analoghi) in questa ipotesi – e soltanto in tal caso – sarebbe stata rilevante il problema della *iusta causa*, e quindi colui che asseriva di avere usucapito la cosa avrebbe dovuto dimostrare tale elemento (ed in effetti simili liti dovevano in effetti sorgere normalmente in un tempo per così dire ragionevole, mentre la prova dell'usucapione nei confronti di un qualsiasi terzo risultava com'è evidente utile anche a distanza di un notevole lasso di tempo, ed anzi, potenzialmente, all'infinito).

#### 4. La «revoca» dell'usucapione in Gaio: l'*usucapio pro herede*

Ma l'indizio più notevole e sembrerebbe risolutivo circa il compiersi ancora in età classica dell'usucapione in base al mero possesso annuale o biennale, mentre l'esperimento della *reivindicatio* da parte del precedente titolare non avrebbe che il fine di «annullare» o «revocare» tale acquisto facendo valere l'assenza di *res habilis*, *fides* o *titulus*, ci viene dalla trattazione gaiana relativa all'*usucapio pro herede*, ove il giurista, parlando dell'usucapione in riferimento ai casi in cui avviene '*ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat*' (*inst.* 2.52) – come accade altresì nell'*usureceptio* (§§ 59 ss.) –, afferma che, oltre che '*inproba*' (§ 55: '*Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri ...*', in riferimento alla prosecuzione dei *sacra* e al pagamento dei debiti) l'*usucapio pro herede* risulta altresì '*lucrativa*' (§ 56: '*haec autem species possessionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrifacit*') e prosegue spiegando come tuttavia ai suoi tempi, in seguito a un senatoconsulto emanato sotto Adriano, tale problema fosse stato superato, perché l'erede ora poteva agire risolutivamente contro il possessore anche dopo che questi ha usucapito (§ 57: '*sed hoc tempore iam non est lucrativa: nam ex auctoritate Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones revoca-*

*rentur. et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset*).

La riforma introdotta dal senatoconsulto, quindi, non si realizza ponendo un ulteriore requisito pregiudiziale al verificarsi dell'usucapione, agendo cioè su di un piano sostanziale, ma nel consentire all'interessato, ossia all'erede, di esperire, appunto anche dopo che l'acquisto prescrittivo si è già compiuto (*ab eo, qui rem usucepit*), la *petitio hereditatis* come se l'acquisto non si fosse invece verificato (*atque si usucapta non esset*), in una visuale da cui risulta come, secondo Gaio, l'*usucapio pro herede*, sino allora da considerarsi '*lucrativa*' in quanto scientemente ci si arricchisce facendo propria una cosa altrui, non è più tale, semplicemente in quanto è data la facoltà all'erede di agire contro colui che ha usucapito: il che per vari versi appare piuttosto problematico nella sua logica, in quanto se l'erede in concreto agisce eviterà appunto questa conseguenza negativa, ma se invece non si attiva, come è ben possibile, la usucapione del possessore rimarrà non di meno sempre un fenomeno *improbus* e *lucrativus*, senza che dunque il problema sia risolto in via generale (ed analogo discorso vale altresì quando si afferma che introducendo il *crimen expilatae hereditatis* Marco Aurelio avrebbe in modo definitivo abolito la *usucapio pro herede*: cosa inesatta, a rigore, dato che in assenza della reazione giudiziaria del danneggiato, ancora una volta, tale forma *improba* e *lucrativa* di usucapione continuava comunque pianamente a realizzarsi).

In ogni caso, risultano qui particolarmente interessanti le parole di Gaio (§ 57) quando, dopo aver affermato che in realtà l'usucapione si è già compiuta (*ab eo, qui rem usucepit*), spiega che in base all'azione esperita dall'erede tale acquisto viene appunto «revocato» (*ut tales usucapiones revocarentur*), come se l'usucapione non fosse avvenuta (*atque si usucapta non esset*). Si tratta dunque, come è stato notato, di un'azione avente natura rescissoria, in quanto, se essa non fosse stata esperita, l'acquisto sarebbe rimasto efficace, mentre d'altra parte il carattere relativo di questo rimedio processuale sembra ribadito dal fatto che tale «revoca» poteva essere ottenuta soltanto attraverso la *petitio hereditatis*, facendo valere la qualità di erede dell'attore, ma non attraverso altre azioni – e in particolare mediante la *reivindicatio* –, data appunto la piena efficacia sotto ogni altro aspetto dell'usucapione così compiutasi. Anche se in maniera più restrittiva per quanto riguarda le sue modalità operative, quindi, la stessa riforma adrianea dell'*usucapio pro herede* risulta limitarsi ad intervenire su di un piano meramente processuale, così come la giurisprudenza, nella tesi qui sostenuta, aveva deciso che pur essendosi già compiuta l'usucapione attraverso il possesso protrattosi nel tempo essa poteva lo stesso essere impugnata ed invalidata, per così dire, qualora difettassero i presupposti della

*fides* e del *titulus*, ed allo stesso modo in cui, già a partire dalle XII Tavole, si poteva dopo il compiersi dell'acquisto prescrittivo far valere l'origine furtiva delle *res* per «rescindere» tale automatico effetto giuridico della *possessio* e del *tempus*: e in effetti risulterebbe in verità alquanto strana la cautela imperiale di intervenire sul mero aspetto processuale, senza agire direttamente sui presupposti sostanziali della *usucapio pro herede*, qualora già da secoli i requisiti della *res habilis*, della *fides* e della *iusta causa* avessero, nella loro mancanza, di per sé impedito il compiersi dell'usucapione, fornendo un esempio decisivo circa la possibilità di limitare in tal senso su di un piano sostanziale l'acquisto prescrittivo, mentre tale cautela si spiega in maniera agevole se invece si postula, come infatti si fa qui, che anche i requisiti posti legislativamente e poi in via giurisprudenziale all'usucapione si erano limitati ad agire appunto su di un piano di tipo processuale e mai di ordine sostanziale. Strada costruttiva che dunque il senatoconsulto in esame, evitando innovazioni difficilmente concepibili in tale contesto, preferì giocoforza seguire in modo pedissequo.

E in effetti tale forma di usucapione, sino ad Adriano, risulta riflettere la struttura originaria dell'*usus*, quando, al tempo delle XII Tavole e quindi prima che venissero posti i requisiti delle *res habilis*, della *fides* e del *titulus*, esso si compiva semplicemente mediante il possesso protratto per il tempo necessario: modalità conservatesi nell'*usucapio pro herede* al pari di quanto accadeva per l'*usureceptio*, che infatti viene anch'essa definita da Gaio 'lucrativa' quantomeno nel caso in cui avvenga a danno del creditore *nondum soluta pecunia*, quando cioè il soggetto ritorna in possesso della cosa, purché non l'abbia ricevuta dalla controparte né in locazione né in precario, e quindi, pur senza aver soddisfatto il creditore, può appunto compiere l'*usureceptio* ('*si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit*').

Per quanto riguarda la quantificazione del periodo in cui si compivano tali forme arcaiche di *usus*, annuale anche per le *res soli*, è nota la giustificazione data da Gaio a proposito delle prima, basata sul fatto che l'eredità non è una *res soli* (inst. 2.54: '*... ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est*'), soluzione che peraltro rimase ferma anche quando l'*interpretatio* esclude che l'*hereditas* potesse in quanto tale venire usucapita ('*... quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit*'): ma questa giustificazione, per quanto relativamente corretta, sembra dimenticare che il fenomeno della prescrizione annuale degli immobili è più vasto, e coinvolge nel loro complesso tali forme di acquisto, riguardando anche l'*usureceptio*, in cui una *res* aliena vie-

ne ‘*anno scilicet <etiam> soli si sit*’ (inst. 2.60), soluzione di cui però Gaio non fornisce una spiegazione esplicita, al di là della intrinseca considerazione che di norma si trattava qui di far riottenere la cosa al fiduciante quando erano venute meno le ragioni – in particolare, *fiducia cum amico* o *cum creditore* – che avevano giustificato il trasferimento della cosa.

Risulta quindi verosimile che il termine breve sia semplicemente un re-taggio della situazione precedente alle XII Tavole, in cui il tempo attraverso cui si compiva l’*usus* era sempre annuale, secondo un più arcaico e semplice regime che per tali forme di usucapione, in cui infatti si farà a meno altresì del requisito della *fides*, aveva continuato ad essere vigente nonostante la riforma decemvirale dell’istituto: una regolamentazione più antica fondata sul mero trascorrere del tempo che, per particolari ragioni, in questi due casi si era preferito non modificare e su cui d’altra parte si innestano poi spiegazioni a posteriori del fenomeno (come quella secondo cui l’eredità sarebbe stata da ricomprendere tra le *ceterae res*, che peraltro ignora il semplice fatto che, se si fosse davvero voluto legare gli immobili a una prescrizione acquisitiva in ogni caso sempre biennale, la soluzione avrebbe ben potuto essere opposta) e tentativi di aggiustamento volti a limitare tale ormai troppo liberale disciplina (come nel caso della *res* data in garanzia dal praes allo Stato, in cui in caso di immobili si preferì introdurre una *usureceptio* biennale, come ricorda Gai., *inst.*, 2,61: ‘*item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possiderit, concessa est usureceptio; sed hoc casu praedium biennio usurecipitur*’).

Se la riforma adrianea fu più dunque contenuta, ammettendo la reazione dell’erede solo attraverso la *petitio hereditatis*, essa si pose in ogni caso nell’alveo degli interventi che a partire dalle XII Tavole si erano mossi ad arginare gli effetti dell’*usus* acquisitivo, in primo luogo sul versante del tempo necessario (a partire, ovviamente, dalla risolutiva riforma decemvirale, ma non senza successivi interventi marginali, operati con ogni probabilità in via interpretativa, come nel caso dell’*usureceptio* biennale ex praediatura), sia per quanto riguarda la *res habilis* (con gli interventi in questo caso autoritativi della legislazione duodecimtabulare, della *lex Atinia* e dalle *leges Plautia* e *Iulia de vi*), sia infine in ordine alla *fides* ed alla *iusta causa*, secondo limiti posti in linea di massima dai prudentes sempre in via interpretativa.

E se il senatoconsulto di età adrianea si limitò, come si è visto, a «revo-care» l’usucapione, già pianamente attuatosi, attraverso l’esperimento della *petitio hereditatis*, lo stesso schema operativo dovette com’era inevitabile realizzarsi già prima, in ordine ai requisiti soggettivi dell’usucapione, poiché se sino a una certa epoca si poteva usucapire, poniamo, senza che fosse necessaria la *iusta causa* ed i *prudentes* stabilirono che invece un simile requisito dovesse ri-

tenersi necessario e decisero di introdurlo in via interpretativa, essendo loro precluso un intervento sul regime sostanziale dell'istituto essi dovettero giocoforza farlo sul piano processuale: e per tal verso, se prima di questo intervento giurisprudenziale l'usucapione si compiva senza *titulus*, sul piano sostanziale continuava inevitabilmente a realizzarsi senza tale requisito, mentre l'introduzione di esso poteva agire su di un livello soltanto processuale, togliendo appunto valore, previo esperimento della relativa azione, ad una usucapione realizzatasi senza la presenza di una *iusta causa*. Non potendo dichiarare *tout court* «non valida» un'usucapione realizzatasi secondo le vigenti norme dello *ius civile*, né potendo in generale considerare invalide tutte le usucapioni già sino allora verificatesi in assenza di questo requisito (né avrebbe avuto senso il farlo), la giurisprudenza romana non poté che negare il riconoscimento e la protezione giudiziali alle ipotesi in cui esso mancasse, agendo appunto in via interpretativa, ma senza intaccare il principio per cui, se non si agiva facendo valere processualmente tale «vizio», l'usucapione si era comunque a ogni effetto compiuta, com'era in effetti previsto dal precedente regime sostanziale dello *ius civile*.

E ciò spiega, ancora una volta, come il regime romano dell'usucapione evitò l'aberrazione di considerare compiuto l'acquisto prescrittivo soltanto quando fosse una volta per tutte definitivamente attestata la sussistenza di tutti i suoi requisiti – cosa del resto di per sé assurda stante la normale impossibilità di tale accertamento –, agendo cioè in una falsariga di ordine appunto processuale, com'è naturale più consona ai metodi elaborativi della giurisprudenza romana, e non in una prospettiva invece di diritto sostanziale: falsariga ricostruttiva invece seguita dai moderni nel descrivere tali fenomeni, in cui paradossalmente si ha l'impressione che l'usucapione, dovendo attendere che fossero verificati non solo il possesso e il tempo ma anche la *res habilis*, la *fides* e la *iusta causa*, in realtà non potesse in concreto mai realizzarsi data appunto l'impraticabilità di una simile verifica processuale.

##### 5. Prescrizione delle azioni ed usucapione

Recate tale premesse sulla struttura dell'usucapione romana ed in particolare sul suo continuare a compiersi secondo le coordinate dell'*usus* arcaico in base alla *possessio* e al *tempus*, mentre gli altri requisiti, a partire dalla *res habilis* introdotta dalla legislazione duodecimtabulare, avrebbero semplicemente consentito di «annullare» l'acquisto prescrittivo già avvenuto, si può a questo punto volgersi al problema delle origini dell'usucapione romana, tenendo presente

che nell'ambito dei diritti antichi – come è stato osservato da Mario Talamana – la soluzione romana, consistente nel costruire l'effetto sanante del tempo non come una mera prescrizione dell'azione, in una mera prospettiva processuale, bensì come un acquisto del diritto su di un piano sostanziale, appare costituire un caso pressoché unico, che risulta praticamente ignoto agli altri diritti di area mediterranea. E benché, come si vedrà, una simile affermazione vada in realtà un poco ridimensionata, risulta in ogni caso di notevole importanza, nello studio dei diritti antichi, tentare di comprendere le ragioni di tale fenomeno e quindi le origini di questa costruzione degli effetti giuridici del fattore temporale, anche in quanto appare di per sé verosimile che altresì a Roma, in uno stadio più arcaico di cui mancano testimonianze precise e dirette, si sia passati, prima di giungere all'acquisto del diritto in seguito al possesso protrattosi per un determinato periodo, attraverso una fase in cui la più semplice conseguenza dell'impossibilità di agire trascorso un certo tempo dovette essere la soluzione seguita: e comprendere i meccanismi mediante i quali dalla prescrizione dell'azione si giunse all'acquisto del diritto, ossia all'usucapione, costituisce un punto nodale nell'evoluzione del diritto antico, sia per quanto riguarda la storia specifica dell'istituto qui considerato, sia, in generale, per quanto riguarda le tecniche evolutive che condussero al conformarsi, in età arcaica ma non solo, del diritto romano e dei suoi più significativi istituti.

Che la prescrizione delle azioni sia istituto più antico, e rappresenti una tappa precedente nella storia del diritto arcaico rispetto all'usucapione, è non solo mostrato dalla struttura più semplice e lineare della prescrizione, in cui ci si limita a respingere l'azione intentata per il troppo tempo trascorso senza procedere a più complesse costruzioni in ordine all'acquisto del diritto, e quindi si rifiuta semplicemente tutela alla pretesa attorea senza procedere ad una meno immediata combinazione e coordinamento tra piano sostanziale e processuale, ma è attestato altresì dalla circostanza per cui, se l'ordinamento arcaico reagisce alle minacce alla cosiddetta pace sociale e quindi dando innanzitutto contingente soluzione alle liti che vengono a turbarla, il considerare la pretesa sulla *res* tardiva e dunque priva di valore è la prima e più immediata risposta che il sistema giurisdizionale possa dare quando, secondo il comune sentire, un'azione venga appunto presentata troppo tardi e risulti quindi percepita come ingiusta in quanto la *res* è ormai considerata dalla cosiddetta coscienza sociale di fatto appartenente al nuovo possessore: l'usucapione invece appare rappresentare un ulteriore passo per così dire avanti in ordine a tale fenomeno, in cui ci si preoccupa appunto di definire quello che è implicato su un piano sostanziale da un simile rifiuto della prete-

sa tardiva e si arriva alla conclusione che, non essendo più esperibili azioni contro l'attuale possessore della *res* a causa del tempo trascorso, questi può essere in effetti considerato come il «proprietario» della cosa, inferendo cioè che il fattore diacronico, attraverso l'inazione della controparte, conduce appunto all'acquisto del diritto in capo a chi ha la disposizione della cosa.

Certo, spiegata in termini moderni la questione rischia di apparire più complicata, in quanto in un contesto arcaico e per così dire primitivo simili aspetti non dovevano essere così chiari né percepiti tanto analiticamente, ma come si vedrà vi è in ogni caso un virtuale momento nella storia di questi istituti in cui, per svariati motivi, la percezione meramente processuale del fenomeno, che si limita a considerare come da respingere la pretesa attorea perché presentata con troppo (e ingiustificato) ritardo, e si accontenta dunque di risolvere in tal modo la contesa processuale, sembra divenire insufficiente, e si sente così la necessità di guardare il fenomeno da un piano sostanziale, domandandosi in concreto che cosa sia avvenuto in seguito a tale vittoria processuale del possessore, e chiedendosi quindi quale sia la sua attuale posizione nei confronti della cosa stessa. Ne è prova, in particolare, il fatto che alcuni diritti più «semplici» e per così dire «primitivi» rispetto a quello romano, come quello germanico, risultino essersi «fermati» alla prescrizione delle azioni, nonché – sempre per ora limitandosi ad anticipare argomenti che verranno ripresi in seguito – la circostanza che nel diritto greco, che sembrerebbe limitarsi a considerare il mero effetto prescrittivo del tempo sulle azioni, soltanto in età relativamente tarda, ed in maniera in verità piuttosto oscura, si incomincino a scorgere dei pur contenuti indizi di un superamento di questa impostazione che permettono di intravedere un lento ed implicito pervenire ad un acquisto del diritto sul piano sostanziale, ossia all'usucapione.

Né è il caso, in questa sede, di sollevare l'ulteriore questione per cui negli ordinamenti di tipo «proprietario», come quello romano classico e i diritti moderni, che distinguono nettamente la proprietà dal possesso, è appunto possibile configurare l'effetto prescrittivo del tempo in termine acquisitivi, ossia come usucapione, mentre negli ordinamenti per così dire di tipo invece «possessorio» – ove non esistendo una simile differenziazione è più esatto parlare genericamente di «appartenenza» e quindi di un giudizio relativo ad eventuali controversie ove una delle due situazioni possessorie, considerata più giustificata, prevale semplicemente sull'altra, attraverso una sentenza che si limita a compararle senza attribuire al vincitore nessun diritto definitivo sulla cosa nei confronti di terzi – non ha senso né è propriamente possibile distinguere tra i due tipi di prescrizione, e ci si deve giocoforza avvalere della prescrizione delle azioni: e se molti ordinamenti risultano essere passati per

una simile più semplice fase, è da notare come anche il diritto romano sia con ogni verosimiglianza transitato in una simile condizione, quando nei suoi primordi la pastorizia (patrizia) prevaleva ancora sull'agricoltura (plebea) e l'appartenenza della terra (l'*ager publicus* assegnato alle *gentes*) era ancora di tipo «possessorio», e dove quindi appare più che verosimile che l'ordinamento si fermasse alla prescrizione delle azioni e che l'usucapione fosse ancora di là da venire.

Sembra chiaro, ovviamente, come si stia qui in generale sollevando la domanda se il diritto romano abbia conosciuto una forma di prescrizione delle azioni in epoca antichissima, e più esattamente predecemvirale, questione che potrebbe forse apparire addirittura futile nella sua indimostrabilità di massima se non vi fossero, come si vedrà, relativamente solidi indizi, sia pur indiretti e in certo modo congetturali, che appunto, suggerendo quale sia stato il sorgere dell'usucapione e le modalità attraverso cui si pervenne a tale nuova forma degli effetti giuridici del tempo nell'ambito del diritto, portano a ritenere e contrario che in epoca precedente a Roma fosse conosciuta soltanto la più semplice forma della prescrizione delle azioni: e come dunque il passaggio da tale più arcaica fase all'*usus* quale forma di prescrizione acquisitiva risulti in linea di massima databile appunto nell'età decemvirale e sia verosimilmente dovuto alle riforme che le XII Tavole operarono nella disciplina di tali istituti e più in generale del *dominium ex iure Quiritium*.

Ma prima di affrontare tale argomento, è necessario sgombrare il campo da un ulteriore fattore che potrebbe intorbidare l'indagine, ossia dalla struttura e dalle caratteristiche che la prescrizione delle azioni assunse più tardi nel tardo diritto romano, quando venne introdotta, com'è noto, da alcuni rescritti di epoca severiana e quindi, più in generale, dalle riforme di Costantino e soprattutto di Teodosio II: si tratta infatti, in questo caso, di una forma di prescrizione delle azioni più «evoluta» ma altresì alquanto peculiare nelle ragioni che portarono alla sua introduzione e soprattutto al suo progressivo assestamento, e che mossero da un sensibile compromesso tra le caratteristiche della prescrizione delle azioni per così dire «pura», in cui l'effetto del tempo produce in quanto tale il venir meno della pretesa, e le contingenti necessità, tipiche del periodo postclassico, di tutelare il possesso legittimo da atti di ingiustificata autotutela privata o peggio di vera e propria prevaricazione: esigenze che condussero, come è stato osservato, ad una riforma «ibrida» nelle stesse concezioni di fondo su cui poggia, come si nota soprattutto nella struttura data una volta per tutte all'istituto nella definitiva riforma giustiniana della *longi temporis praescriptio*. Ma un simile più complesso e non lineare istituto, frutto appunto di compromessi tra le opposte esigenze di porre una

volta per tutte fine alle incertezze circa la situazione di diritto e di non consentire tuttavia in tal modo illegittime «espropriazioni» della *res*, è il risultato peculiare di un'epoca piuttosto tormentata nelle sue coordinate giuridiche di fondo, dove lo scarso controllo che lo Stato fatica a mantenere sul territorio e i conseguenti tentativi di approfittarne attraverso soperchierie volte, in particolare, a impadronirsi di cose altrui, rendendo nel caso complici di tali sposessamenti gli stessi istituti prescrittivi, conduce l'ordinamento a porre dei contingenti limiti a questi istituti, limiti che non hanno nulla a che fare con la linearità della figura della prescrizione delle azioni nella sua concezione originaria e tipica, la quale, ancora una volta, conduce senza problema al venir meno, in linea di massima, della pretesa una volta trascorso il tempo previsto: e questo a maggior ragione in riferimento ad epoche arcaiche, come quella decemvirale, in cui la relativa «semplicità» dell'ordinamento romano consentiva una ben più sensibile linearità di forme costruttive e dunque un'architettura della prescrizione dell'azione più coerente con le strutture di fondo dell'istituto, tale appunto da porre definitivamente fine alla pretesa e ad ogni incertezza conseguente con il mero spirare del termine concesso all'attore.

Se quindi, in antico, questo si può supporre fosse l'effetto risolutivo della prescrizione dell'azione, senza alcuna relazione con i più complessi fattori che molti secoli dopo contribuiranno a regolare e a limitare l'istituto, viene meno altresì una sorta di pregiudizio che ha segnato la prescrizione delle azioni nello studio del diritto romano, in cui, ancora una volta, la considerazione di tale figura è risultata legata alla versione postclassica in cui essa venne conosciuta e, quindi, alle costruzioni di un diritto alquanto più complesso nei suoi presupposti e nel reticolo di iterazioni sotteso anche a un simile istituto: ci si riferisce cioè a quella sorta di luogo comune secondo cui, rispetto all'usucapione, la prescrizione delle azioni avrebbe alla fine solo un ruolo minore e per così dire ancillare, in quanto – come si legge ad esempio nel manuale istituzionale di Vincenzo Arangio-Ruiz – «la *praescriptio longi temporis* aveva effetti assai più modesti dell'*usucapio*», poiché, «mentre questa faceva acquistare la proprietà quiritaria, e dava all'acquirente la *rei vindictio* contro ogni possessore, quella non faceva acquistare il diritto né legittimava all'azione *in rem*, ma solo difendeva, tramite un'*exceptio*, il possessore contro l'azione del proprietario».

Anche qui, si tratta in realtà di una caratterizzazione assunta dalla prescrizione delle azioni in un diritto, alquanto complesso, che da secoli era ormai abituato a ragionare in termini di *dominium* e quindi di fatti idonei a renderne titolare un soggetto, in cui dunque diveniva giocoforza escludere che un'eccezione processuale potesse dar luogo ad un acquisto della pro-

prietà e così legittimare ai relativi mezzi di tutela. Ma se tali fenomeni dovevano atteggiarsi in maniera sensibilmente diversa in un contesto arcaico di minori pretese dogmatiche, in cui, in particolare, al venir meno della rivendicabilità delle cosa da parte di un soggetto doveva essere spontaneo il riferirne la «proprietà» al possessore, anche per quanto riguarda il diritto romano per così dire «adulto» tale impostazione va con ogni verosimiglianza alquanto smussata e soprattutto deprivata di ogni sua rigidità definitoria.

In effetti, se è vero che propriamente nel tardo diritto romano la prescrizione delle azioni tende a operare sul mero piano processuale, ciò non esclude che essa assumesse peraltro precisi riflessi sul piano oggettivo, né che tali precise implicazioni di ordine sostanziale, sia pure non sempre agevolmente inquadrabili in una prospettiva dogmatica ma tuttavia essenziali nella regolamentazione concreta degli interessi in gioco, possano senza problema venire trascurate nella considerazione complessiva dell'istituto. La circostanza che una situazione di fatto, se non ne viene dimostrata processualmente l'antigiuridicità o addirittura non sia più possibile farlo per la prescrizione della relativa azione, tenda giocoforza ad essere considerata conforme a diritto, è in effetti aspetto che sfugge per così dire alle categorie giuridiche e che anzi tende sovente a stupire la dottrina, non di rado schiacciata su di una rigida alternativa dogmatica tra elemento sostanziale ed aspetto processuale strumentale ad esso.

In particolare, sono in tale prospettiva sintomatiche le difficoltà che, già a partire da Friedrich Karl von Savigny, ha creato in dottrina una costituzione quale ad esempio C.I. 7.22.2 (Diocl. et Max., a. 300): *'praestat firmam defensionem libertatis ex iusto initio longo tempore obtenta possessio. favor enim libertatibus debitus et salubris iam pridem ratio suasit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per viginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse deberet, ut et liberi et cives fiant Romani'*. Qui infatti, trattando di colui che è rimasto libero, convinto in buona fede di esserlo, per vent'anni, si afferma che si è compiuta la prescrizione dell'azione di rivendica in servitù, per cui può per così dire «stare tranquillo»: *'praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse deberet'*; ma mentre queste parole conducono senza problema ad un'ipotesi appunto di prescrizione dell'azione, che risulta pacificamente esatta in una prospettiva dogmatica, la frase finale invece ha molto imbarazzato la dottrina, dato che adombra e neppure in maniera troppo generica una usucapione di status: *'ut et liberi et cives fiant Romani'*; dove anzi il conseguimento della libertà su di un piano sostanziale in seguito alla prescrizione dell'azione viene addirittura enfatizzato attraverso la conseguente attribuzione della stessa cittadinanza romana, in una prospettiva che, dunque,

tende compiutamente a traslare su di un piano concreto i meri effetti processuali della praescriptio.

Tuttavia, in realtà, queste difficoltà sono con facilità superabili se si evita di porsi in una prospettiva in cui non si conosca obiettivamente lo *status* del soggetto in questione, falsariga in cui il riconoscimento della libertà e della *civitas Romana* sembra acquistare il senso di un'usucapione di uno *status* prima non sussistente, e ci si ponga, invece, in concreto, nella visuale di una persona che da vent'anni vive come libero e quindi come *civis*, per cui, nella virtuale incertezza della sua condizione, se prima era anche legittimo dubitarne, quando col tempo viene meno una volta per tutte l'azione con cui era possibile un accertamento negativo ecco che giocoforza la libertà e la *civitas* di cui godeva di fatto diventano altresì un dato definitivo di cui in pratica non si può non tenere conto altresì sul piano del diritto, appunto in quanto negare tale condizione è divenuto impossibile essendo prescritta l'azione volta ad accertarla, e l'ordinamento giuridico è costretto a prenderne atto.

Certo, in casi come questo rimarrebbero in ogni caso da risolvere problemi in ordine alle possibili attestazioni di eventuali pubblici registri, che non è certo qui il caso di affrontare e che del resto non interessano più di tanto agli effetti di queste note: il punto è infatti che l'impossibilità giudiziale di arrivare a un accertamento della verità, conseguente alla prescrizione dell'azione, ha inevitabili effetti in ordine alla situazione di fatto esistente, che ne viene consolidata e resa in pratica definitiva in vista della sua inattaccabilità processuale, presentandosi quindi come relativamente certa e stabile di fronte all'ordinamento: discorso che, com'è ovvio, vale in primo luogo altresì per l'appartenenza dei beni, dato che, contrariamente a quanto si è usi pensare, è vero che la *longi temporis praescriptio*, come osservava Vincenzo Arangio-Ruiz, non dà la proprietà né la relativa azione, ma in realtà crea una situazione in cui, a causa del lungo tempo trascorso, il possessore si può agevolmente presentare come *dominus* della cosa senza tema di essere smentito, e nella normalità dei casi sarà in effetti impossibile dimostrare il contrario, per cui di fatto egli sarà in linea di massima in realtà considerato a ogni effetto come suo proprietario (e questo anche a non considerare la minore importanza che nel tardo antico la *quaestio de iure* circa la proprietà tende ad assumere di fronte alla preponderante valenza risolutiva delle liti rappresentata dalla tutela possessoria). Né è certo un caso – anche se l'argomento richiederebbe ovviamente ben più lungo discorso – che la locuzione '*praescriptio longi temporis*', indicante in età postclassica appunto la prescrizione delle azioni, passi a denominare nel sistema giustiniano senz'altro l'usucapione, e in maniera specifica quella degli immobili, diventando in linea di massima, se non sinonimo, termine parallelo ad '*usucapio*'.

Se questa era la situazione in un'epoca alquanto giuridicamente più «evoluta» quale il tardo impero, è chiaro come a maggior ragione tale impostazione dovesse valere in un diritto più semplice e «primitivo» quale l'ordinamento romano precedente l'epoca decemvirale, nel quale, in ipotesi, all'avvenuta prescrizione annuale dell'azione doveva senza problema corrispondere, come si vedrà, la parallela attribuzione del diritto alla controparte, in una perfetta simmetria e complementarità tra i due aspetti del fenomeno.

6. *Svantaggi del sistema della prescrizione acquisitiva rispetto a quella estintiva e soluzioni romane*

A questo punto, recate tali premesse, è possibile osservare, per quanto riguarda l'usucapione così come delineata dalla riforma decemvirale, che il reale problema che questa lasciava aperto è che in realtà l'istituto prescrittivo non costituiva più una conclusione definitiva circa le vicende del diritto e le relative incertezze, poiché in realtà, anche dopo l'acquisto del diritto in seguito al possesso protrattosi per il tempo necessario, rimaneva in ogni caso aperta la possibilità che, invocando appunto il carattere *non habilis* della *res*, il preteso titolare facesse causa al possessore, ormai astrattamente da considerare come *dominus*, accampando appunto tale «vizio» dell'usucapione e quindi sostenendo che essa andava considerata come se non fosse mai avvenuta (*'atque si usucapta non esset'*, seguendo le parole di Gaio in *inst.* 2.57) e che la cosa non apparteneva dunque a colui che era da tutti accettato come suo attuale titolare. Sulla stessa linea, analogamente, si pose poi la giurisprudenza nella costruzione dei requisiti della *fides* e della *iusta causa*, che a loro volta determinarono una situazione in cui, pur essendosi compiuta l'usucapione nel tempo annale o biennale stabilito dalle XII Tavole, si permetteva in ogni caso di «revocare» tale acquisto della proprietà se compiuto in mala fede o senza titolo. E questa eventualità, a rigore, rimaneva aperta teoricamente all'infinito, dato che com'è ovvio non esisteva alcun termine finale a tale possibilità di intentare la *revindicatio* sulla base della carenza di tali requisiti, ma al contrario la loro mancanza gravava in eterno sull'acquisto prescrittivo: il che, com'è comprensibile, dovette creare non pochi problemi di coerenza costruttiva in un istituto avente lo specifico fine di dare finalmente certezza alle situazioni giuridiche ponendo una volta per tutte fine alle liti sull'appartenenza della *res* (*'ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas [...] <anni vel biennii> spatium'*, come si esprimerà Gaio nel già ricordato D. 41.3.1).

Da una parte, quindi, questa contraddittoria situazione mostra, in una estrema semplificazione, la maggior utilità presentata per tal verso dalla figura della prescrizione estintiva – ossia processuale – rispetto alla prescrizione acquisitiva di diritto sostanziale, quando l'estinzione dell'azione avvenga in maniera semplice ed una volta per tutte in base al mero trascorrere del tempo e senza ulteriori presupposti, come del resto è verosimile che avvenisse in maniera lineare in un diritto arcaico; e sotto tale aspetto, benché sia probabile che il fenomeno della rivendicazione tardiva non dovesse in tutta probabilità costituire certo un fenomeno statisticamente molto rilevante e quindi tale da creare effettivi problemi in ordine alla certezza dei rapporti giuridici, ci si potrebbe in ogni caso chiedere quale dovette essere, nel permettere una simile eterna rivendicabilità della cosa, in particolare furtiva, pur già usucapita, la visione che i decemviri ebbero dell'istituto, che con tale riforma rinunciava, sia pur in un determinato caso, a quella che appare la sua caratteristica precipua, ossia appunto il suo carattere sempiterno e definitivo: e a maggior ragione dovrebbe stupire il fatto che in seguito la giurisprudenza si mise decisamente sulla stessa strada, aggiungendo a quello della *res habilis* gli ulteriori requisiti della *fides* e del *titulus*, che sempre funzionavano nel senso di rendere rivendicabile le *res* pur una volta trascorso il tempo annuale o biennale della «sanatoria» prescrittiva.

Sembrerebbe quindi, a una prima considerazione, che al diritto romano non importasse soverchiamente dell'effetto definitivo che il trascorrere del tempo può assumere rispetto alla titolarità dei beni, e che anzi esso potesse senza problema ritenere che una sorte di eterna rivendicabilità – per quanto, come si è detto, limitata a casi tassativi e quindi statisticamente di non grande impatto – non ostasse più di tanto all'esigenza di certezza che è sottesa all'usucapione. Atteggiamento che, tra l'altro, parrebbe ben poco coerente con l'enfasi che le fonti mostrano nel magnificare il portato di certezza in ordine ai rapporti giuridici intrinseco dall'usucapione e la definitività dei suoi effetti per quanto riguarda le liti future, come ad esempio avviene in Gaio (*inst.* 2.44) – *quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est* – e in Cicerone, che com'è noto esalta il *'finis sollicitudinis ac periculi litium'* che, ancora più che del fatto che i beni ci siano lasciati dal padre, ci è dato innanzitutto dall'usucapione: *'mibi credite, maior hereditas uni cuique nostrum venit in isdem bonis a iure et a legibus quam ab iis a quibus illa ipsa bona nobis relicta sunt. nam ut perveniat ad me fundus testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum sit sine iure civili fieri non potest. fundus a patre relinqui potest, at usucapio[ne] fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a pa-*

*tre relinquitur, sed a legibus; aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*' (Caec. 26.74).

Tuttavia sarebbe erroneo fermarsi a tale prima impressione di massima e ritenere che, al di là di queste roboanti enunciazioni di principio, l'usucapione romana fosse sempre e comunque limitata a tutti gli effetti dalla possibilità di intentare in eterno la *reivindicatio* accampando la mancanza di *res habilis*, *fides* e *iusta causa*, poiché a ben vedere, nelle fonti a disposizione, vi sono più che sufficienti elementi per ritenere in realtà che in questo ordinamento fosse invece generalizzata una forma di prescrizione acquisitiva alquanto più definitiva e tale da non poter venire «revocata» dall'assenza dei requisiti in questione.

E se è a questo punto chiaro come si stia parlando qui dell'*usucapio pro herede*, è da notare come in dottrina sia perlopiù sfuggita tale valenza sanante della figura in quanto la dimensione precipua della usucapione è percepita tralaticciamente in maniera pressoché esclusiva nei termini di un modo di acquisto della proprietà, ossia come possesso da parte di un *non dominus* che attraverso il perdurare di tale situazione diviene il titolare della *res* altrui: enfasi che nella scuola italiana riguarda altresì lo stesso diritto vigente, mentre vi sono scuole dottrinali, e segnatamente ad esempio quella francese, che insistono invece sulla duplice natura – acquisitiva ma anche probatoria – dell'usucapione, e quindi sul carattere parimenti di presunzione legale del dominio proprio di tale istituto. Se quindi per un verso, in particolare, la *usucapio pro herede* è poi parsa essenzialmente un mezzo *improbus* e *lucratus* per impadronirsi di altrui cose ereditarie (e questa è del resto, come si è visto, la falsariga in cui ne tratta Gaio), nondimeno è da chiedersi per quale motivo essa fosse sopravvissuta fino al II secolo d.C.: elemento che sembra implicitamente attestarne la piana utilità nella logica dell'ordinamento; e sotto tale aspetto è da tenere presente come essa potesse in effetti venire invocata dal normale erede, con ogni probabilità indipendentemente dal modo in cui aveva accettato la chiamata (*cretio* o *pro herede gestio*), nel caso venisse convocato con la *reivindicatio* in ordine alle *res* facenti parte dell'eredità, dimostrando appunto attraverso il possesso annale privo di ulteriori requisiti il proprio diritto. E risulta chiaro il carattere per più versi risolutivo di tale forma probatoria, che nei suoi presupposti minimi garantiva un'estrema facilità di tale prova e quindi riduceva drasticamente le liti circa l'appartenenza delle cose ricevute in eredità.

Per tal verso, la *usucapio pro herede* dovette a lungo svolgere una funzione essenziale nel quadro della certezza circa la titolarità dei diritti reali, ed è infatti significativo come essa iniziò verosimilmente a perdere di importanza con la introduzione della *bonorum possessio* pretoria e la relativa *agnitio*, attraverso cui il soggetto otteneva appunto un possesso *ad usucapionem* ove la stessa

*datio* da parte del magistrato costituiva la *iusta causa* dell'acquisto prescrittivo, e dove d'altra parte questa origine qualificata della *possessio* implicava di per sé la buona fede e l'idoneità della cosa: in maniera tale che l'usucapione che ne conseguiva aveva in realtà un immediato effetto sanante non troppo diverso ed anzi per certi versi maggiore di quello in precedenza assunto dalla *usucapio pro herede*: fattore che plausibilmente causò, con la perdita di importanza della *usucapio pro herede* quale mezzo probatorio a vantaggio del *dominus*, il suo sopravvivere più che altro in ipotesi di illegittima apprensione di beni ereditari da parte di terzi senza titolo, ove l'agevole sanatoria da essa concessa doveva apparire appunto, come osserva Gaio, *improba e lucrativa*, conducendo così alla reazione dell'ordinamento mediante il sanatoconsulto adrianeo e poi attraverso l'introduzione del *crimen expilatae hereditatis*, che la limitarono fortemente ed in pratica finirono con il cancellarla di fatto se non con l'abolirla.

Quando dunque Cicerone (*Caec.* 26.74) afferma a proposito della sicurezza della proprietà dei beni avuti ricevuti in eredità che '*fundus a patre relinquitur potest, at usucapio[ne] fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus*', egli si rifà evidentemente non alla funzione di acquisto della proprietà della cosa altrui propria dell'usucapione, bensì alla sua valenza probatoria nonché a quella sorta di presunzione *lato sensu* legale di legittimità del *dominium* che in tale prospettiva ne è l'effetto specifico: e non allude evidentemente all'acquisto prescrittivo ordinario, limitato dai requisiti della *res habilis*, della *fides* e della *iusta causa*, ma all'usucapione che si ha appunto in materia ereditaria, ossia all'*usucapio pro herede*, che nei suoi tempi oltretutto sempre annali prescinde appunto da tali presupposti e che si rifà in via diretta all'*usus* predecemvirale, di cui del resto, come si è visto, egli esplicitamente in effetti parla, evitando la più recente nozione di '*usus capio*'.

Si può in altre parole ritenere che, grazie all'*usucapio pro herede*, ad ogni passaggio ereditario vi fosse una sorta di sanatoria consolidante le situazioni trasmesse agli eredi, che si perfezionava indipendentemente dai requisiti della *res habilis*, della *fides* e della *iusta causa* e che dunque dopo un solo anno precludeva una volta per tutte ogni ulteriore indagine sull'origine delle modalità d'acquisto dei singoli beni: l'erede, una volta convocato in giudizio, avrebbe potuto far valere tale particolare modalità di acquisto e mettere così fine ad ogni controversia relativa alle cose che gli erano state trasmesse, evitando ogni ulteriore e gravoso onere probatorio e trovando appunto in tale sistema acquisitivo ma altresì probatorio quella certezza e sicurezza nell'appartenenza assicurategli dal diritto quiritario ('*sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*').

Del resto, la lata prospettiva eminentemente processuale in cui si pone Cicerone in *Caec.* 26.74 è in particolare attestata dal finale del passo, dove egli

appare a prima vista estendere la garanzia dell'acquisto prescrittivo altresì alle servitù, che com'è noto non erano ai suoi tempi più usucapibili: *'aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur'*. Certo, più in generale Cicerone sta parlando qui della sicurezza che in generale è fornita ad ogni situazione giuridica dal diritto oggettivo in quanto tale e che è l'ovvio portato di quella funzione di certezza che è intrinseca allo stesso nozione di ordinamento giuridico: ma più specificamente è peraltro evidente come qui l'autore abbia presente la stabilità data dal tempo trascorso e dal permanere incontrastata di una situazione di fatto in ordine alla sua stessa legittimità, ed alla presunzione di conformità al diritto che è appunto fornita dalla *auctoritas* della sua incontestata risalenza nel tempo e della sua conseguente apparenza di corrispondenza ad una giusta situazione giuridica. Per tal verso, l'idea che aleggia e neppure in modo troppo nascosto nel richiamo alle servitù è naturalmente quella della *vetustas*, ossia la prova dell'immemorialità della situazione di fatto vantata che, nel processo, dispensa il convenuto dal fornire ogni altra prova del proprio diritto, costituendone di fatto il fondamento legittimante (e se è vero che la *vetustas*, propriamente, era applicabile alle sole servitù idriche, non deve peraltro stupire che, nell'enfasi del discorso, Cicerone vi aggiunga anche l'*iter*, in cui del resto, nelle concezioni comuni, doveva essere parimenti decisivo il lato valore probatorio che la risalenza della corrispondente situazione di fatto doveva in concreto fornire alla prova del diritto).

Non è quindi un caso che Cicerone giustapponga nel passo in esame della *pro Caecina* l'*usucapio pro herede* al più lato valore sanante della *vetustas* ed anzi del tempo in generale, scorgendo in essi due parallele ma fondamentalmente unitarie estrinsecazioni dell'ordinamento giuridico relative alla certezza dei diritti ed in genere delle situazioni giuridiche vantate, entrambe connesse all'*auctoritas* del fattore cronologico e parimenti imperniate sulla necessità di certezza da tributare a quanto si trasmetteva di generazione in generazione nell'ambito ereditario.

Il motivo della sopravvivenza nel diritto più recente della *usucapio pro herede* non è certo rappresentato, come implica Gaio, dalla necessità che le eredità fossero accettate più prontamente, sotto la minaccia di un tale rischio, affinché in particolare i *sacra* trovassero un continuatore e i creditori una più veloce soddisfazione (*inst.* 2.55: *'quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod noluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur'*): tali fattori possono al massimo aver concorso a determinare il sopravvivere dell'antico *usus* acquisitivo in materia di eredità,

sottraendolo alle riforme che, a partire della XII Tavole, cominciarono a prevedere dei casi specifici di imprescrittibilità della *revindicatio*, ma l'effettivo motivo della sopravvivenza in tale materia di un'usucapione «predecemvirale», fondata sulla mera sufficienza di un possesso annale privo di ulteriori requisiti, dovette verosimilmente essere costituito dalla necessità di fornire alle appartenenze ereditarie, e quindi alla più parte delle proprietà, la sicurezza della possibilità di un'agevole prova consistente appunto nel mero *usus* di breve periodo senza ulteriori condizioni, atto a garantire, nelle liti, la prova e così la certezza dei domini che si trasmettevano di padre in figlio, risparmiando loro il più lungo biennio di recente introduzione e senza che fosse possibile revocarle in dubbio, in seguito, accampando il carattere in ipotesi furtivo della *res* e gli altri divieti forse posti dalla legislazione duodecimtabulare, così come, in tempi più recenti, invocando l'assenza di buona fede ovvero la mancanza di una *insta causa usucapionis*. La sicurezza di una prova del *dominium* imperniata sul semplice possesso annale, in effetti, doveva essere un elemento troppo generalizzato nelle sue conseguenze e di fondamentale importanza per l'ordinamento perché fosse possibile rinunciarvi.

E questo spiega anche la ragione per cui il diritto romano accettò senza troppi problemi di «mutilare», per così dire, nella parte restante delle sue estrinsecazioni, l'usucapione dei suoi immediati effetti in ordine alla certezza del diritto, ammettendo che, al di fuori del caso della *usucapio pro herede*, l'effetto acquisitivo fosse in non poca parte limitato dalla possibilità di invocare anche in seguito e teoricamente per sempre l'assenza di *res habilis*, *fides* e *titulus* appunto per «revocare» o comunque annullare gli effetti acquisitivi pur già compiuti dell'acquisto prescrittivo, così che nell'usucapione venissero in non poca parte meno a quei fini di definitività delle situazioni esistenti che pur costituivano il precipuo fine dell'istituto (*'ne rerum dominia diutius in incerto essent'*, secondo le parole di Gaio in *inst.* 2.44): infatti, nella normalità dei casi, e segnatamente al di fuori della *usucapio pro herede*, non si poteva ormai certo dire, sempre seguendo Gaio, *'cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est'*, dato che, evidentemente, tali parole parrebbero del tutto dimenticare la sempre aperta possibilità di far valere, intentando la *revindicatio*, l'assenza, dei requisiti in questione anche dopo questo periodo. Ma la verità è che un simile problema non riguardava la forma di usucapione che garantiva in generale tale sicurezza, ossia quella *pro herede*, di per sé sufficiente ad assicurare questo fine, e che in effetti era quella, si deduce, che effettivamente interessa, da un punto di vista storico, ad esempio Gaio e gli altri giuristi quando magnificano gli effetti dell'istituto sulla sicurezza delle proprietà e sulla conseguente impossibi-

lità, in primo luogo da un punto di vista probatorio, di fare a meno dell'effetto sanante del tempo sulle situazioni giuridiche (*'bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent'*, reca sempre Gaio in D. 41.3.1).

Se a questo essenziale scopo era dunque sufficiente la vigenza della *usucapio pro herede*, i restanti caso di usucapione ordinaria, via via sempre più limitata dai requisiti della *res habilis* e poi della *fides* ed infine della *iusta causa*, si riducevano quindi a ipotesi marginali in cui oggetto dell'acquisto prescrittivo era una cosa effettivamente altrui, e in cui perciò appariva legittimo confinare la corrispondente perdita del diritto da parte del precedente proprietario appunto ai casi in cui tale lesione dell'altrui diritto, quantomeno, non riguardasse cose a lui sottratte e venisse compiuto in buona fede dal soggetto nonché sulla base di un titolo che, per quanto in concreto inidoneo a questo fine, legittimasse in astratto la traslazione della proprietà, facendola acquistare *ex novo* all'usucapiente con il possesso protratto per il tempo necessario. Ma tale diverso istituto – o in ogni caso differente esplicazione dell'acquisto prescrittivo – non era certo la figura cui alludono da Cicerone a Gaio le fonti romane quanto parlano enfatizzandola della certezza circa il diritto di proprietà fornita appunto dall'usucapione, che ben diversamente doveva essere appunto assicurata, ad ogni passaggio ereditario, dalla sanatoria procurata dalla *usucapio pro herede* e dalla conseguente prova che il *dominus*, in un eventuale processo, poteva per tal via dare con facilità del proprio *dominium ex iure Quiritium*. Paradossalmente, la *usucapio* di cui parlano i romani quando ne magnificano gli effetti, non è l'usucapione in senso proprio, tenuta in maniera precipua se non esclusiva presente dai moderni e passata ad essere il normale alveo evolutivo dell'istituto, ma una figura sinora pressoché trascurata nella sua importanza ed anzi per lo più oggi vista come *improba e lucrativa*, ossia l'*usucapio pro herede*, di cui in dottrina si tengono presenti gli effetti acquisitivi sull'altrui eredità ma non il pur ovvio portato probatorio che essa assumeva nella dimostrazione della proprietà sulla cosa propria e pur in ipotesi ricevuta legittimamente in eredità.

Si tratta, come a questo punto dovrebbe essere chiaro, di due sistemi paralleli di acquisto prescrittivo, per così dire l'uno effettivo, trattandosi di modo idoneo a far propria una cosa altrui, e l'altro soltanto a ben vedere virtuale, dato che consiste esclusivamente in una modalità di provare il *dominium* su una cosa che è di norma già propria, essendo stata ricevuta in eredità: ma si tratta in entrambi i casi di forme di usucapione in senso proprio, che soltanto il tramonto della seconda – sostituita in pratica dall'*agnitio* e limitata dal senatoconsulto adrianeo e poi dal *crimen expilatae hereditatis* – privò della

loro complementarità nella tutela dei diritti reali. Mentre per un verso, infatti, l'*usucapio* più moderna – legandosi in maniera sempre più definitiva al problema della *res vendita et tradita* ma non mancata – tendeva ad intrecciarsi sempre più strettamente con il sistema dell'*actio Publiciana* e quindi con la tutela anticipata data all'*usucapione* pur ancora non compiuta nel caso appunto di *res venditae et traditae*, rispondendo quindi nella sua evoluzione ad esigenze in linea di massima del tutto particolari ed in buona parte estranee al nucleo originario dell'acquisto prescrittivo, per altro verso il venir meno della diffusione dell'*usucapio pro herede*, verosimilmente estrema fino alla tarda repubblica e all'inizio del principato, fece perdere di vista la centrale valenza processuale assunta in tal caso dall'*usus* romano, e l'istituto, ormai visto soltanto come metodo piuttosto truffaldino per accaparrarsi parti di eredità altrui, poté tranquillamente venire dimenticato nei suoi precedenti effetti positivi.

#### 7. Gli istituti prescrittivi nel diritto comparato e il sorgere dell'*usucapione* in Grecia

Posto quindi in luce come l'*usucapione* romana continuasse a compiersi mediante il possesso protrattosi per il tempo previsto, funzionando gli ulteriori requisiti rappresentati dalla *res habilis*, dalla *fides* e dalla *insta causa* come meri fattori idonei ad «annullare» gli effetti dell'acquisto prescrittivo già compiutosi, e ribadito il ruolo centrale per secoli assunto dalla *usucapio pro herede* nel suo versante probatorio, ci si può finalmente volgere al problema che costituisce lo specifico oggetto di queste note, ossia all'ipotetico sorgere dell'*usus* acquisitivo nell'ordinamento romano come figura non primigenia e al suo iniziale differenziarsi da una precedente prescrizione delle azioni.

E per meglio comprendere l'atteggiarsi in generale di tale peculiare fenomeno e le modalità di massima attraverso cui esso si realizzò a Roma non risulta inutile soffermarsi pur brevemente sulle eventuali corrispondenze che tale sorta di scissione tra le due forme prescrittive conobbe in una prospettiva comparatistica, perlomeno in relazione alla contenute notizie che possiamo avere circa i diritti antichi.

Se infatti è noto come l'acquisto prescrittivo compaia già in una forma sufficientemente consapevole nel cosiddetto *Codice di Hammurapi* – § 30: «Se un militare ... non se la sente di eseguire la corvée e abbandona le sue terre e la sua casa, ed un altro gli subentra per tre anni, non ha più diritto di riaverle. Terre e case siano concesse a chi gli è subentrato» –, suggerendo anzi come forse tale principio dovesse conoscere, nonostante la formulazione più che altro fattuale della norma, applicazioni magari più vaste nell'ambito dei diritti

cuneiformi, è nondimeno il diritto indiano che nell'ambito dei diritti antichi ci offre la più vasta e complessa congerie di norme sulla prescrizione – estintiva e acquisitiva – di cui disponiamo per l'antichità, stabilendo, nei vari testi legislativi (databili in linea di massima dal II secolo a.C. al II secolo d.C.) e nei loro successivi commenti, via via i tempi della prescrizione dell'azione nonché l'usucapione ventennale per gli immobili e decennale per i mobili, oltre a periodi speciali per determinate categorie di beni come ad esempio quelli dei minori o del re, e quindi ulteriori istituti probatori simili alla *vetustas* o immemoriale (quantificata nel termine di tre generazioni) e persino figure simili al principio «possesso di buona fede vale titolo», con prevalenza del possessore sul primo acquirente, nonché ulteriori regole particolari, quali ad esempio quelle sulla imprescrittibilità dei beni dati in pegno o in deposito.

Tuttavia, per quanto interessanti, tali elementi appaiono troppo distanti dall'ambito romano per poter essere di diretta utilità ai fini di questa ricerca, e del resto la prospettiva comparatistica, al di là del più interessante caso del diritto greco, non fornisce specifici spunti di ambito mediterraneo o più latamente europeo, se non la pur diffusa idea, peraltro sempre in certa parte congetturale, secondo cui nei diritti germanici la prescrizione dell'azione – appunto «Verjährung», da «Jahr», «anno» – sarebbe in origine stata, in base a tale etimologia, appunto annale (o di un anno e un giorno): ipotesi che certo può costituire un notevole parallelo rispetto all'analogo periodo dell'*usus* predecemvirale, suggerendo la diffusione presso certi popoli nella loro età più arcaica di una veloce prescrizione rapportata alla più semplice e naturale scansione cronologica rappresentata dal normale ciclo terrestre, ma che per altro verso, com'è ovvio, non consente certo alcuna ipotesi di influenza tra i due ambiti giuridici né tantomeno di derivazione di un termine temporale dall'altro.

Per quanto riguarda finalmente il diritto greco, l'istituto della *prothesmia* – la parola indica in maniera più propria il termine di prescrizione piuttosto che quest'ultima in quanto tale – è in effetti stato un argomento alquanto dibattuto specie in riferimento al suo ambito di applicazione: infatti, la dottrina più antica, tesa a dimostrare l'esistenza nell'ambito ellenico delle stesse categorie dogmatiche e in linea di massima di gran parte degli istituti conosciuti al diritto romano, visti come latamente universali, ne considerava in modo alquanto ampio i confini, estendendoli in pratica a tutte le azioni private e tendendo in ultima analisi altresì a parificarla nei suoi effetti all'usucapione vera e propria: ma studi più recenti e puntuali – imperniati sul diritto ateniese, l'unico diritto ellenico studiabile più in dettaglio per la maggior quantità di fonti a disposizione – hanno mostrato come in realtà in tale ordinamento i casi di prescrizione delle azioni positivamente previsti da *nomoi* statuali siano

in realtà molto pochi – quattro in tutto – e di importanza altresì secondaria, non riguardando, in particolare, l'azione vertente sull'appartenenza dei beni (nella ricostruzione di Hans Julius Wolff, si tratterebbe infatti della prescrizione – quinquennale – dell'azione contro il tutore, di quella contro l'erede di colui al quale sia stata a sua volta assegnata un'eredità giudiziariamente e di azioni relative ad alcuni specifici contratti, oltre al limite – questa volta annale – previsto a favore del garante).

Questa ricostruzione «normativistica», peraltro, risulta dimenticare le frequenti invocazioni degli oratori attici alla valenza onnisanante del tempo e in particolare all'ingiustizia insita nel proporre le cause con ingiustificato ritardo, mettendo in difficoltà il convenuto a causa del troppo tempo trascorso: e in uno scritto sulla *prothesmia* prescrittiva di alcuni anni or sono avevo mostrato come in realtà non si tratti qui di un mero *topos* avvocatesco, cui gli oratori ricorrerebbero *ad abundantiam*, ma di una vera e propria norma consuetudinaria che, ad Atene come in Grecia, considerava appunto ingiuste le domande giudiziarie fatte valere dopo un notevole lasso di tempo e senza motivare in modo credibile le ragioni di tale attesa, per cui i tribunali – ed in particolare i *dikasteria* dell'Eliea ateniese, ove i giudici votavano ovviamente senza motivazione – dovevano in linea di massima respingere, per un principio di buon senso prima ancora che di equità, le azioni presentate tardivamente. Questa sorta di prassi giudiziale, che può appunto essere considerata una regola consuetudinaria, contenne di fatto, per così dire, il problema delle pretese fatte valere con eccessivo ritardo, che venivano così di regola respinte, e ciò fece sì che l'ordinamento ateniese non reputasse il problema così pressante da risolverlo con una norma generale, limitandosi ad intervenire soltanto in casi più specifici, che, come quelli sopra ricordati, richiedevano in particolare un termine più breve e tassativo.

Quello della prescrizione delle azioni in generale, per quanto non quantificata in un numero preciso di anni, non fu dunque un fenomeno sconosciuto al diritto ateniese, essendovi una norma di chiusura che di regola, nei processi, portava a respingere le domande tardive in via per così dire consuetudinaria ma in ogni caso in modo sufficientemente certo e generalizzato: e le fonti a disposizione, per quanto è dato conoscere in ordine agli altri diritti ellenici, consentono di considerare le concezioni a base di tale prassi un principio di giustizia comune a tutta la Grecia.

Quanto invece all'usucapione, non vi sono negli oratori testimonianze sufficientemente precise per azzardare affermazioni circa la sua esistenza, anche se non mancano interessanti indizi in tal senso, come in particolare l'affermazione dell'Archidamo di Isocrate (6.26) secondo cui, in Grecia, «tutti ri-

tengono che quando è passato molto tempo i possessi, sia privati che pubblici, siano legittimi e trasmissibili agli eredi»: ma si tratta, come risulta facile vedere, di affermazioni piuttosto generiche, che più che a una norma sembrano alludere ad una conseguenza pratica e concreta delle costruzioni giuridiche, non permettendo in effetti nessuna illazione circa la vera e propria esistenza dell'istituto della prescrizione acquisitiva.

Vi è tuttavia un passo platonico che risulta verosimilmente parlare di effettiva usucapione, e non del mero risvolto sostanziale della prescrizione delle azioni, ed è sovente stato invocato a sostegno dell'esistenza di tale figura in Grecia: ma è in via preliminare da osservare come queste affermazioni siano difficilmente valutabili in ordine al loro portato positivo, dato che si trovano nelle *Leggi*, ove il filosofo traccia l'ordinamento utopico di una città ideale e quindi senza che sia chiaro se le norme di volta in volta delineate derivino in realtà alla normazione di Atene o di altra città greca, come pur sovente accade, o siano semplicemente regole elaborate sulla base di non si sa quali spunti dall'autore o addirittura senz'altro frutto della sua immaginazione.

In ogni caso, il testo in questione sembra senz'altro riguardare l'usucapione delle cose mobili (quella degli immobili, nell'ordinamento di tale città ideale, risulta esclusa in quanto essi sono assegnati dallo Stato ed è vietati venderli e trasmetterli ad altri: *leg.* 739c-741e) e in effetti non si limita a prendere in considerazione la mera inattività del proprietario, ma si incentra sul comportamento positivo del possessore (*leg.* 954c-e): «Vi sarà un limite di tempo per le cose, di cui si contesta la proprietà, oltre il quale, perdurando il possesso, non sarà più possibile nessuna contestazione. In questo nostro Stato non può esserci contestazione per i campi e le case; per gli altri beni, se uno li possiede e se ne serve apertamente in città, nell'agorà, e nei templi e nessuno li rivendica, ma asserisce solo di averli cercati per tutto questo tempo, e risulta evidente che l'altro non li ha nascosti, se il possessore e il cercatore di un qualsiasi bene lasciano passare in questa condizione un anno, una volta che esso sia passato, non sia lecito ad alcuno rivendicarne la proprietà. Se poi se ne dovesse servire non in città, né nell'agorà, ma in campagna, apertamente, e in cinque anni non compare nessuno che lo rivendichi, passati questi cinque anni, non sarà lecito ad alcuno per un bene siffatto alcuna rivendicazione. Se poi uno se ne dovesse servire in casa e in città, la prescrizione avverrà alla fine del terzo anno, se invece se ne serve in campagna, in maniera occulta, alla fine del decimo anno, se all'estero, in qualunque momento la cosa sia scoperta, non vi sarà nessuna prescrizione alla rivendicazione».

La norma in questione, è da notare, trova, nel criterio della pubblicità dell'uso fatto della cosa, una sufficientemente precisa corrispondenza, al di là

della quantificazione del periodo necessario, nella letteratura giuridica indiana, e specificamente nel cosiddetto *Trattato di Manu sulla norma* (o *Leggi di Manu*), risalente ai secoli a cavallo tra l'èvo antico e l'era volgare ma in ogni caso contenente una tradizione giuridica alquanto più antica, che nei §§ 145-149 dell'ottavo libro contiene una regolamentazione relativamente articolata e scrupolosa della figura della prescrizione della proprietà, in cui si precisa (8.147-148) che «Se un proprietario assiste in silenzio al fatto che una sua proprietà viene utilizzata da altri per dieci anni, allora perde il diritto su di essa. Se qualcosa viene usato sotto ai suoi occhi, ed egli non è né mentalmente menomato né minorenne, allora egli perde il diritto di proprietà. Chi ne fa uso acquisisce il diritto a possederla».

La corrispondenza di questa disciplina dell'usucapione, come misi in luce nello scritto sulla *prothesmia* di alcuni anni or sono, risulta abbastanza puntuale da permettere di superare l'idea una volta più o meno tacitamente diffusa secondo cui la norma platonica sarebbe stata o un'invenzione dell'autore o al massimo l'elaborazione di prospettive di recente diffusione nel mondo greco, facendo invece ritenere più probabile, quantomeno sino a prova del contrario, che si tratti di concezioni latamente diffuse nel mondo indoeuropeo e che anche in Grecia vi dovessero essere quindi spunti volti a regolare la prescrizione acquisitiva modellati su tale criterio, del resto piuttosto naturale e spontaneo, relativo al tipo di uso fatto della cosa da parte del possessore.

Rimane tuttavia com'è ovvio impossibile, allo stato delle fonti, individuare dalle consuetudini di quale regione dell'Ellade Platone ricavò la norma in questione: ma è nondimeno possibile escludere che tale tipo di regola si riferisse al diritto attico, e questo per precisi motivi di ordine processuale.

E' infatti noto come nel diritto attico la discussione su determinate questioni preliminari venisse deciso in via preventiva attraverso l'istituto della *paragraphe*, una sorta di giudizio appunto preliminare che così separava tale tema dalla questione di merito (e non interessa qui se si trattasse – aspetto ampiamente dibattuto in dottrina – di due veri e propri processi distinti ovvero di un processo unitario ma con due decisioni separate): veniva cioè disgiunto dalla questione di merito il problema specifico relativo alla presenza nell'oggetto di causa di una intervenuta amnistia – ipotesi che forse diede luogo, con Archino (403-402 a.C.), a tale nuova forma procedurale – ovvero di una precedente composizione della questione a seguito di rinuncia, remissione, transazione o rito arbitrale, oppure di azioni già esperite di fronte ad un magistrato incompetente o ancora al fatto che la pretesa attrice fosse sfornita di azione o che la lite avesse ad oggetto una cosa confiscata e quindi venduta dal fisco al convenuto: oltre che, appunto, il caso della prescrizione (*prothesmia*).

Come è agevole riscontrare, si tratta quindi di questioni appunto preliminari in cui è facile distinguere e separare il problema da risolvere in via preventiva dal complessivo merito della causa, cui la prima rimane in certo modo estranea, mentre la decisione in ordine ad essa risulta agevolmente scindibile dalla materia del contendere per quanto riguarda la sua sussistenza: la causa principale rimarrà in ogni caso eguale che vi sia o meno una intervenuta prescrizione per il decorso di tempo annale o quinquennale o un'amnistia ovvero, ad esempio, una precedente composizione della lite, così come negli altri casi testé elencati.

Nel caso della norma platonica sull'usucapione, invece, il fattore cronologico – uno, tre, cinque o dieci anni – si intreccia strettamente ed anzi inestricabilmente con il comportamento del possessore, ossia al non aver nascosto la cosa ed averla utilizzata in casa o all'aperto, in città o in campagna: questioni che rientrano nella maniera più piana nel merito della causa e costituiscono, anzi, l'aspetto essenziale su cui il giudice è chiamato a decidere: una volta risolta tale questione, infatti, non rimarrebbe in pratica più nulla da decidere, né risulta per tal verso concepibile una scissione in due fasi del processo.

Se quindi si pone mente al fatto che la *paragraphé* risulta senza dubbio attestata da orazioni paragrafiche contenute in particolare nella parte privatistica del *corpus Demosthenicum* del IV secolo (di cui varie sono appunto in tema di *prothesmia*), appare quindi estremamente improbabile che un criterio per regolare gli effetti invece acquisitivi del tempo si fosse già diffuso ad Atene ai tempi di Platone, scardinando la questione della prescrizione dall'alveo della *paragraphé* in cui essa si era a lungo sviluppata e imponendo la necessità di mutare per la sua soluzione le forme procedurali stabilite per la normale prescrizione estintiva.

Tale impossibilità di inquadrare l'istituto platonico nei moduli procedurali della *paragraphé*, del resto, è frutto di un più generale problema, che distingue nettamente per tal verso la prescrizione delle azioni dall'usucapione per quanto riguarda lo specifico punto del loro accertamento da parte dell'ordinamento giuridico. Nella prescrizione dell'azione, infatti, la valutazione del tempo rimane un fatto puramente negativo, concretizzantesi in una inazione da parte dell'avente diritto ad agire, di cui la prescrizione dell'azione costituisce appunto la «sanzione», e come tale rimane un elemento obbiettivo con facilità accertabile dall'esterno – l'azione non è stata intentata per il periodo previsto – nonché separabile da ogni altro elemento del contendere.

Quando invece si cambia prospettiva ed anziché alla condotta dell'attore si guarda al comportamento del convenuto, ossia al suo «tenere la cosa presso di sé» e quindi al «possederla», ci si volge com'è naturale ed inevitabile ad

un contegno di tipo questa volta positivo, che come tale va valutato contestualmente in base alle sue concrete estrinsecazioni oggettive e alle modalità in cui si è svolto nel tempo, dato che com'è ovvio esse possono non essere costanti ed immutabile nell'arco diacronico astrattamente necessario al compiersi dell'usucapione. Occorrerà così valutare, nell'esempio platonico qui tenuto presente, il luogo in cui si è svolto l'impiego della cosa, il carattere pubblico o privato di esso, il non nascondere la cosa, nonché, in seconda istanza, il persistere o meno di tali caratteri dell'uso per tutto in periodo necessario all'acquisto prescrittivo della cosa.

Se per un verso tale differenza spiega l'impossibilità di risolvere per quanto riguarda l'usucapione ogni questione in sede di giudizio preliminare, molto di più essa è indice di un diverso atteggiamento dell'ordinamento giuridico a proposito degli effetti del trascorrere del tempo, che nella prescrizione delle azioni specie di epoca arcaica viene valutato in maniera oggettiva e quindi del tutto semplice e lineare, appunto come elemento fattuale e considerato dall'esterno, in termini negativi – si potrebbe dire secondo categorie moderne – di inadempimento di un onere sanzionato con la perdita della possibilità di agire, secondo prospettive che tra l'altro ben si inquadrano, nel diritto romano arcaico, ad esempio con la visione materialistica degli illeciti e la scarsa rilevanza in tale ambito assunta dagli elementi soggettivi del comportamento represso, o ancora con la più semplice valutazione della pena «risarcitoria» in termini di cifra fissa (*arborea succisas, pastus pecoris*) piuttosto che in riferimento all'effettivo danno approssimativamente provocato, nonché con una più generale tendenza a limitare il perimetro dei fatti presi in considerazione dal diritto alla mera realtà oggettiva di quanto accade, quasi evitando per quanto possibile ogni più problematico risvolto di tipo invece soggettivo (paradigmatico è ad esempio il caso dell'*endoplōratiō* nel furto, dove il grido d'aiuto dell'aggravato, quale estrinsecazione comportamentale concreta ed valutabile obbiettivamente, tiene luogo e giocoforza rimanda ad una sottesa idea di verosimile legittima difesa, tenuta con tutta probabilità presente ma non esplicitata dai *mores* e poi dai decemviri in quanto appunto atteggiamento psicologico di più difficile valutazione ma prima ancora, sembrerebbe, soprattutto di malagevole formulazione nonché a maggior ragione di ardua gestione, in generale, da parte di un ordinamento arcaico).

La valutazione invece del possesso rappresenta a sua volta una fase nel che quadro storico si potrebbe dire più «evoluta» e di maggiori capacità descrittive del mondo e della sua complessità da parte dell'ordinamento giuridico, successiva anche se non necessariamente sempre cronologicamente posteriore, in cui il diritto accetta di affrontare una più vasta porzione di realtà

ontologica e quindi uno maggior spessore di concretezza fattuale, rinunciando almeno in certa misura a quella sorta di percezione semplificata o meglio «stilizzata» del mondo in cui prima si era più con prudenza trincerato: non si è ancora, beninteso, al superamento del formalismo arcaico, che del resto rimane un aspetto in buona parte diverso anche se non del tutto disgiunto dal fenomeno in questione, ma si rinuncia ad esempio al carattere monolitico dell'illecito, fondato su una visione oggettiva del comportamento vietato e su una sua percezione eminentemente religiosa, per diminuire ad esempio la pena dell'*impubes* rispetto a quella dell'adulto nel caso di distruzione delle messi ovvero per quanto riguarda il colpevole di condizione non servile nel furto non manifesto (*tab.* VIII.10 e 14), o ancora si distingue la volontarietà dal *casus* a proposito dell'incendio (*tab.* VIII,11), così come, su un piano diverso, si supera la considerazione dei fenomeni e in particolare della legge in termini aseticamente formali ponendo un divieto – '*privilegia ne inroganto*' (*tab.* IX.1-2) – che consente un sindacato di merito sul contenuto stesso della norma. In questa più avanzata e relativamente sofisticata fase giuridica, in cui l'ordinamento comincia ad avere gli strumenti per far propria appunto una più spessa e vasta porzione della realtà quotidiana, è quindi altresì possibile che il diritto rinunci a limitarsi a prendere in considerazione soltanto il mero fatto negativo dell'obbiettivo trascorrere inutilmente del tempo, come avviene nella prescrizione dell'azione, per spingersi invece a guardare un atto alquanto più complesso ed intrinsecamente problematico nella sua multiformità quale l'altro versante del trascorrere cronologico, ossia il possesso, considerando quindi il risvolto appunto positivo del fluire, in negativo, del tempo, ossia un elemento concretantesi in un comportamento attivo, con tutte le sue diverse possibilità di estrinsecazione e la sua implicita attitudine a variare nelle proprie caratteristiche via via che si attua nella realtà.

Ma se il non prendere più in considerazione solo l'aspetto negativo del trascorrere del tempo per considerare prescritta l'azione, ma un comportamento positivo quale il possesso, risulta di per sé sintomo di un'evoluzione giuridica, quantomeno agli occhi dell'ordinamento che la compie, vi è altresì da considerare la maggior giustizia sostanziale che tendenzialmente si vuole scorgere insita nel non limitarsi più a sanzionare l'inattività dell'avente diritto, ma nel valutare secondo criteri di merito e si potrebbe dire di virtuosità l'atto che porta all'acquisto della cosa, escludendo la rilevanza di atteggiamenti considerati latamente deplorabili (il nascondere la cosa, il suo carattere furtivo, l'assenza di buona fede) o comunque insufficienti a tal fine (l'uso della cosa all'estero, la mancanza di una *iusta causa*), e viceversa «premiando» un uso conforme ai criteri *lato sensu* etici prescelti altresì attraverso la graduazione dei

tempi necessari a seconda del tipo di uso (pubblico o privato, in città o in campagna) che viene fatto della cosa. E in tale lata «meritocrazia» del tipo di possesso, e nella visione moralistica che vi è sottesa, inizia d'altronde ad emergere quel pregiudizio negativo verso l'usucapione in quanto appropriazione in ultima analisi 'lucrativa' ed 'improba' della cosa altrui, in cui l'ordinamento non si limita più, asetticamente, a considerare che per motivi di ovvia certezza del diritto dopo un certo tempo non si possono più mettere in discussione le situazioni di fatto esistenti, pena la virtuale instabilità di qualsiasi rapporto tra i soggetti umani e i loro beni, ma pretende appunto di valutare il carattere in qualche modo positivo o meno del comportamento di chi possiede, stringendolo in una sempre più serrata cerchia di requisiti volti ad arginare la «prevaricazione» che egli compie trattenendo una cosa che propriamente non gli appartiene e quindi facendo propria attraverso l'uso una *res* altrui.

Non interessano qui, com'è ovvio, i risvolti teorici di tale atteggiamento dell'ordinamento giuridico, né le considerazioni di ordine generale che se ne potrebbero trarre in una prospettiva storica ovvero latamente di filosofia del diritto: quello che infatti rileva, e in una più immediata prospettiva giuridico-costruttiva, sono le conseguenze che tale atteggiamento potrà assumere sulla concreta disciplina dell'acquisto prescrittivo nel diritto romano, influenzandone le architetture dogmatiche e complicandone gli effetti in cui si esplica nonché la valenza pratica così assunta, in una progressiva divaricazione via via sempre più sensibile tra i fini che l'istituto assume in astratto e i risultati cui in concreto perviene nella realtà del diritto. In pratica, si può osservare, l'usucapione tendenzialmente per tal via non sarà più idonea a porre veramente fine ad ogni possibilità di controversia circa la cosa e quindi a tutelare fino in fondo la cosiddetta certezza dei rapporti giuridici.

#### 8. *Ipotesi sul conformarsi dell'istituto prescrittivo nel diritto romano predecemvirale*

In tale falsariga di più complessa valutazione del possesso si collocherà in seguito anche la fase decemvirale dell'usucapione, che rispetto al regime precedente dovette con ogni verosimiglianza segnare una svolta fondamentale nella struttura romana degli istituti prescrittivi.

Sino alla legislazione delle XII Tavole, infatti, il tempo necessario all'usucapione risulta essere stato, come diffusamente si ritiene, quello di un anno, tanto per i mobili (*ceterae res*) che per gli immobili (*res soli*), mentre per i fondi agricoli – l'inclusione degli *aedia* urbani appare avvenire solo in seguito – i decemviri portarono il periodo utile all'acquisto prescrittivo a due anni (*biennium*),

probabilmente in relazione alla rotazione biennale delle colture e alla non coltivazione dei campi, lasciati a maggese, ad anni alterni. Inoltre questo più antico acquisto annuale si compiva automaticamente in virtù del mero trascorrere del tempo, senza che vi fossero ulteriori requisiti circa la *res (habilis)* e il tipo di possesso in una prospettiva, in particolare, soggettiva (*bona fides*). Inoltre, risulterebbe essere un'innovazione dei decemviri l'istituto della cosiddetta *usurpatio trinocitii*, che evitava alla donna, assentandosi dalla casa maritale appunto per tre notti, di cadere attraverso l'*usus* sotto la potestà del coniuge (o del padre di questi), conservando mediante evento interruttivo dell'usucapione il legame con la famiglia originaria ovvero la condizione di *sui iuris*.

A questo punto si deve considerare come la percezione del fenomeno prescrittivo, in tale più primitiva fase precedente quella duodecimtabulare, dovesse in effetti conglobare con ogni verosimiglianza in sé, in una visione complessiva e non soverchiamente articolata nei suoi diversi aspetti, tanto il tempo lasciato inutilmente trascorrere dall'attore quanto il possesso vantato per converso dal convenuto, secondo una visione unitaria che corrispondeva del resto ad una risalente considerazione fattuale degli eventi giuridici la quale, piuttosto che sussumerli in categorie dogmatiche, si fermava concretamente ai loro effetti empirici, e quindi in questo caso guardava innanzitutto al risultato pratico del consolidarsi della posizione del possessore appunto quale conseguenza dell'essere passato un anno senza che l'attore avesse reagito alla perdita della cosa. Del resto, se come si è visto l'attribuzione definitiva del diritto controverso al convenuto anche in seguito risulta sempre e comunque accompagnarsi di fatto, storicamente, al venir meno dell'azione dopo il periodo previsto, rendendo la percezione dei fenomeni prescrittivo e acquisitivo appunto per vari versi inscindibile, come a maggior ragione sembra verosimile avvenisse in un diritto primordiale e di scarsa se non nulla elaborazione sistematica, l'aspetto che peraltro appare più rilevare in tale contesto «protostorico» doveva essere innanzitutto quello della prescrizione dell'azione, in quanto elemento che si legava in maniera immediata al risvolto maggiormente vistoso del fenomeno, ossia alla controversia che sorgeva in ordine alla *res* e alla lite che dava una dimensione pubblica alla questione, portandola all'attenzione della comunità: in una causa che a sua volta veniva appunto persa o vinta per essere trascorso o meno un anno dalla perdita della cosa: fattore determinante che, in tale visione semplice e fattuale degli eventi giuridici, doveva innanzitutto tradursi in una percezione della norma innanzitutto in più lineari termini negativi e dunque prescrittivi piuttosto che nella più complessa costruzione dell'usucapione acquisitiva.

Né in generale appare logico e congruente pensare che i romani degli

esordi – come pur si potrebbe ritenere limitandosi alle notizie di età successiva – avessero del tutto ignorato la dimensione prescrittiva del trascorrere del tempo per guardare subito alla sua valenza acquisitiva, giungendo a quest'ultima sin dalle origini del loro diritto e «saltando», per così dire, il precedente gradino prescrittivo: prospettiva che innanzitutto si scontra con le visuali comparatistiche del fenomeno, che come si è visto mostrano la verosimile precedenza della più semplice prescrizione dell'azione sulla più complessa usucapione, cui del resto non tutti i popoli pervengono, ma che soprattutto non si accorda con i precisi indizi in questo senso che, come si avrà modo di osservare, le fonti medesime, una volta accettata come possibile tale precedente fase prescrittiva, lasciano pur con sufficiente chiarezza intravedere nel loro impianto di fondo, pur ormai in certo modo improntato alla dimensione acquisitiva del trascorrere del tempo poi prevalsa. E come si vedrà non mancano in effetti forti e puntuali riprove di una simile precedente situazione nello stesso diritto di età decemvirale.

In una simile situazione, dunque, in cui il tempo sarebbe stato considerato fattore oggettivo e di per sé risolutivo, non è dunque improbabile, se si vuole seguire tale ipotesi sull'origine degli istituti connessi al fattore diacronico, che il suo trascorrere, prima ancora che quale elemento utile all'acquisto del diritto, venisse considerato innanzitutto nella sua valenza negativa di fattore prescrivente l'azione, in una indistinzione di fondo dei due fenomeni o forse meglio in una percezione in ultima analisi unitaria dei loro risultati che naturalmente era portata ad enfatizzare l'aspetto processuale su quello sostanziale. Se infatti si è visto il carattere in generale più semplice ed immediato che, in una prospettiva comparatistica, la forma prescrittiva assume rispetto alla più difficile e in linea di massima più tarda usucapione, e come quest'ultima, pur già latamente presente di fatto quale risultato pratico della prima, inizi di norma ad affermarsi in maniera positiva in un'ulteriore e più evoluta fase in cui si dà rilevanza alla svariate modalità oggettive e subiettive in cui si realizza il possesso, non appare inverosimile che in un suo primo stadio anche il diritto romano più arcaico si sia limitato a dare rilevanza in primo luogo a questa più immediata modalità di considerare le conseguenze dell'elemento cronologico, guardando al fenomeno soprattutto dal punto di vista negativo dell'attore che con la sua inazione perde la possibilità di agire e facendo dunque prevalere l'aspetto della perdita del possesso da parte di questi sulla parallela disponibilità della cosa conseguita dal convenuto.

Inoltre, anche se qui non ci si vuole certo addentrare in tale non facile argomento – su cui peraltro chi scrive vorrebbe forse tornare in seguito – sono da tenere altresì presenti i problemi destatati dal significato del termine

‘*auctoritas*’ nel linguaggio decemvirale, che viene normalmente interpretato dai giusantichisti – peraltro alla luce di fonti alquanto posteriori – nel senso di «garanzia per evizione», come in particolare nell’affermazione ciceroniana (*off.* 1.12.37, *tab.* VI.4) ‘*adversus hostem aeterna auctoritas*’, che gli studiosi di diritto romano intendono pressoché compatti come affermazione dell’obbligo di prestare in eterno detta garanzia in quanto lo straniero non può usucapire, ma che d’altra parte viene di regola tradotta dai vocabolari latini e dagli studiosi di letteratura, in base ad argomenti più strettamente filologici, nel senso di un’eterna «rivendicabilità» della *res* nei confronti dello straniero, che appunto non può usucapire (così come, ancora a maggior ragione, la parole di Aulo Gellio relative alla *lex Atinia – noct. Att.* 17.7.1: ‘*quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*’ – sembrano più agevolmente interpretabili intendendo ‘*auctoritas*’ nel senso di «rivendicabilità» piuttosto che di «obbligo di garanzia per evizione», posto che il fine precipuo della legge era evidentemente quello di non consentire la usucapione delle *res furtivae*, non certo quello di assicurare innanzitutto, in caso di vendita di esse, un eterno obbligo di garanzia dell’alienante): prospettiva in cui, sembrerebbe, altresì l’affermazione decemvirale ‘*usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium annuus usus est*’ (Cic., *top.* 4.23, *tab.* VI.3) parrebbe poter venire forse intesa, nel doppio nominativo iniziale, nel senso di una originaria equivalenza temporale tra il periodo necessario all’usucapione ed il periodo di prescrizione – «rivendicabilità» – dell’azione. Ma anche senza volere insistere, dilungandovisi, su tale più arduo né breve argomento, del resto in massima parte pressoché ancora tutto da indagare, quello di una primigenia rilevanza nel diritto romano arcaico altresì del tempo necessario alla prescrizione dell’azione resta in ogni caso, sia nella logica intrinseca dell’ordinamento arcaico che in una più generale prospettiva comparatistica, una congettura del tutto plausibile ed anzi relativamente probabile.

Se si tiene in effetti conto, come si è accennato, del fatto che in un contesto per così dire primitivo la «giuridizzazione» di un fatto, ossia la sua percezione in chiari termini di diritto, doveva avvenire in particolare nel momento in cui in ordine a tale fattispecie sorgessero contestazioni, mostrando così le opposte pretese in gioco e quindi il conflitto di interessi che ne derivava, sembra inevitabile ritenere che nella considerazione del fenomeno l’accento dovesse battere appunto, come si è in parte visto, sulla rivendica della cosa da parte del supposto precedente proprietario, cioè sul momento in cui sorgeva una controversia in ordine ad essa e la questione, nella sua dimensione ormai litigiosa, assumeva dunque una risonanza contenziosa davanti a tutta la comunità arcaica: e in effetti l’evento in cui si manifestava ri-

solutivamente tutta la vicenda ponendo fine alla lite, e che finiva col rappresentarla nella maniera più sintetica, era appunto la sconfitta processuale dell'attore, che doveva di per sé apparire il diretto portatore del fatto che l'azione non era stata presentata in tempo utile (e questo sia in un contesto improntato alla prescrizione delle azioni sia, egualmente, in un ambito giuridico già pervenuto alla figura dell'usucapione, dove parimenti l'azione, in origine, non è più proficuamente esperibile quando si è compiuto l'acquisto prescrittivo). Per converso, il corrispettivo fenomeno del far propria la cosa da parte del possessore attraverso lo scorrere del tempo, finché non vi erano contestazioni, rimaneva per così dire una questione secondaria e pressoché privata, senza alcuna eco pubblica, il cui il momento conclusivo del periodo annale tendeva a scomparire in un possesso prolungato senza soluzione di continuità dal suo sorgere sino al suo protrarsi per un periodo in ipotesi alquanto più lungo, in una percezione del fattore cronologico piuttosto indistinta ove il tempo trascorso anche oltre i dodici mesi veniva percepito globalmente in una visione in cui l'*auctoritas* data dalla situazione di fatto da lungo tempo esistente si consolidava via via in una sempre più forte posizione del possessore incontrastato: e anche in una lite, d'altra parte, esso assumeva una rilevanza intrinsecamente secondaria rispetto all'elemento del tempo fatto passare inutilmente dall'attore prima di presentare la domanda, che appunto diventava invece tutt'uno con l'aspetto centrale e onnirisolutivo della sua sconfitta processuale.

Del resto, come si vedrà, sembra alquanto probabile che l'attenzione verso le caratteristiche di tale situazione possessoria, ed in particolare riguardo alla sua continuità ininterrotta, inizi a manifestarsi in maniera sensibile solo a partire dalle XII Tavole, che come già ricordato pongono in primo piano la fattispecie dell'interruzione dell'*usus* attraverso il *trinocitium* quale condizione perché la donna non cada dopo un anno sotto la potestà del marito, lasciando intravedere una precedente fase in cui la perdita momentanea del possesso da parte di colui che aveva la cosa non rilevava giuridicamente: e il «possesso», dunque, in mancanza di simili requisiti, doveva prima ridursi alla mera necessità che trascorresse il periodo previsto dal momento in cui l'altro soggetto aveva perso la disponibilità della cosa, senza soverchia attenzione al suo momento iniziale e soprattutto alle sue vicissitudini e senza quindi differenziarsi più di tanto dall'attesa del tempo necessario alla prescrizione dell'azione, mentre non è inverosimile che fu proprio l'articolato intervento decemvirale, che enfatizzò il fattore del possesso ponendovi dei limiti (quantomeno il carattere *habilis* della *res*) e ulteriori requisiti di continuità (a partire dall'*usurpatio trinocitii*), a porlo così con ogni plausibilità come fattore centrale del fenomeno prescrittivo, traslando in tal modo quest'ultimo in una dimen-

sione compiutamente acquisitiva (non interessano ovviamente qui le non brevi né facili questioni relative al termine ‘*usurpatio*’ – di cui i testi giuridici parlano solo in D. 41.3.2, Paul. 54 *ad ed.*, proprio per escluderne la valenza giuridica di «interruzione» dell’*usucapio* e riferirne invece il ricorso al lessico oratorio, mentre Gai., *inst.* 1.111, usa infatti, forse più propriamente, la locuzione ‘*trinotio abesse*’ – né il problema, su cui insiste la dottrina, che qui il fatto interruttivo dell’*usucapione* è posto in essere non come di norma da parte colui contro il quale la prescrizione si compie, ossia il *pater* della donna, ma dalla *nupta* stessa, che dell’*usus* costituisce invece l’oggetto: è sufficiente notare come in ogni caso il ricordato paragrafo di Gaio si chiuda con le parole ‘*atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumperet*’, che nella loro ovvietà non avrebbero senso se il diritto duodecimtabulare avesse conosciuto in generale la figura dell’interruzione dell’*usucapione*, ed anzi aggiunge ‘*sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*’, quasi evitando di porre il ‘*trinotio abesse*’ in relazione con l’istituto della *usurpatio* o in ogni caso con l’interruzione dell’*usucapione*, ai suoi tempi normalmente vigente).

In effetti, se l’*usurpatio trinotii* risulta essere una innovazione decemvirale, è verosimile che in precedenza non si tributasse comunque soverchia importanza all’interruzione del possesso, dato che altrimenti non vi sarebbe stata necessità alcuna di una nuova specifica regola in ordine all’interruzione dell’*usus* matrimoniale (ed oltretutto lo strano periodo appunto del *trinotium* si differenzia sensibilmente da tutta la successiva evoluzione dell’*usurpatio*, che sarà poi visto come un evento istantaneo ed anzi verrà simboleggiato, com’è noto, attraverso la rottura da parte del proprietario di ramo di un albero del fondo posseduto dal terzo).

Seguendo questa ipotesi, quindi, se infatti sorgeva una controversia in ordine all’appartenenza della *res*, il convenuto poteva dimostrare di avere la disposizione di essa a partire da almeno un anno, e che quindi l’azione non era più esperibile in quanto inutile ossia, in termini moderni, appunto prescrittasi, ma probabilmente doveva altresì essere sufficiente la prova che in ogni caso l’attore aveva perso la disponibilità della cosa da oltre dodici mesi senza attivarsi, attesa la percezione piuttosto indistinta e complessiva che si doveva avere di tali due conseguenze – prescrittiva e acquisitiva – del fattore temporale: il possesso, in effetti, doveva valere, più che in quanto tale, come mezzo per dimostrare in negativo l’inazione della controparte, e quindi il compiersi dell’aspetto prescrittivo del trascorrere del tempo, piuttosto che come prova dell’avvenuto compiersi, in positivo, dell’acquisto della cosa da parte del convenuto. Sembrerebbe cioè alquanto improbabile che il convenuto dovesse dare prove più precise in ordine al proprio possesso e in particolare al

suo carattere ininterrotto e continuativo (requisiti che parrebbero appunto essere stati invece introdotti dalla legislazione duodecimtabulare), dato che gli doveva essere sufficiente far constatare che la controparte aveva lasciato trascorrere un anno senza procedere alla rivendica.

Certo, si tratta qui in ogni caso di una posizione in certo modo inevitabilmente sussunta secondo categorie moderne, ma nella verosimile giustapposizione piuttosto indistinta degli argomenti circa l'inattività dell'attore e il possesso del convenuto, l'aspetto relativamente più certo ed con facilità quantificabile doveva senz'altro risultare il troppo attendere ad agire dell'attore dopo la perdita della cosa, ossia la prima e fondamentale obiezione che, nella maniera più logica e naturale, l'interessato avrebbe levato in un contesto arcaico contro la pretesa della controparte, vertendo innanzitutto la lite appunto sul trascorrere di un sufficiente tempo, considerato in maniera per così dire indistinta, e quindi secondo prospettive più agevolmente ed in maniera spontanea pronte a focalizzarsi sul realizzarsi del fenomeno prescrittivo piuttosto che su quello, considerato solo indirettamente, acquisitivo: e l'inazione dell'attore per un anno era un fatto di alquanto più facile prova, essendo un mero problema di calcolo cronologico, mentre la presa di possesso del convenuto era un elemento che, nella sua maggiore complessità, poteva certo venire in considerazione ma in qualche modo in subordine e solo in modo suppletivo, non essendo del resto ancora stato compiutamente disciplinato dall'ordinamento (evento che inizierà a delinarsi appunto solo con la legislazione duodecimtabulare).

Non si tratta, beninteso, di ritornare a superate teorie, avanzate del resto in una prospettiva piuttosto dogmatizzante e nella falsariga di teorie sulla proprietà un poco datate, come la congettura, rimasta alquanto isolata, di György Diószdi, secondo cui soltanto in epoca relativamente tarda l'*usus* sarebbe stato concepito dal diritto romano come un modo di acquisto della proprietà, avendo prima assunto la sola funzione di liberare il convenuto, nell'azione di rivendica, dall'onere della prova del titolo: al contrario, si vuole qui tentare di ricondurre i termini della lite, per quanto possibile spogliati da categorie dogmatiche moderne e da troppo nette distinzioni concettuali, alle verosimili modalità in cui doveva svolgersi tale controversia «protostorica», in cui le parti sostenevano caoticamente e senza alcuna precisa sussunzione giuridica le proprie ragioni, appoggiate dai propri vocanti sostenitori (*advocati*) nella spontaneità della lite, ed in cui dunque era la logica quotidiana delle cose e il buon senso comune, e non necessariamente la stretta logica giuridica, a dare una scala di rilevanza agli argomenti. E sembra appunto plausibile che in tale contesto il punto principale della discussione vertesse sul trascor-

rere dell'anno agli effetti della prescrizione dell'azione, perché se esso era inutilmente passato, l'azione per ciò solo era da respingere e quindi l'attore era sconfitto, e anche se il convenuto avesse non avesse compiuto l'anno di possesso, egli in ogni caso non era comunque in grado di fare più nulla, non avendo a disposizione alcuna possibilità di rivendicare la cosa, cosicché questa doveva inevitabilmente venire lasciata alla controparte, anche se non l'aveva ancora «usucapita», come avverrà in seguito, in quanto in ultima analisi la pretesa dell'attore risultava sfornita di ogni azionabilità.

Del resto, che l'elemento essenziale rimanesse il trascorrere dell'anno agli effetti della prescrizione dell'azione, e non il compimento di un possesso di eguale durata, risulta indirettamente ma in modo piuttosto univoco dimostrato da almeno due ulteriori elementi, che si aggiungono in maniera risolutiva a quello, già di per sé non certo trascurabile, dell'assenza prima della legislazione decemvirale di un rudimento di previsione normativa circa la continuità del possesso e gli effetti della sua interruzione.

Innanzitutto vi è il fatto che, anche dopo la riforma duodecimtabulare in ordine ai tempi dell'usucapione, la norma '*usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium annus usus est*' (tab. VI.3) appare implicare – ovviamente, sempre che sia da accettare la dominante dottrina secondo cui qui '*auctoritas*' indichi qui la «garanzia per evizione» – che tale parificazione e corrispondenza tra il tempo in cui deve essere prestata detta garanzia e quello necessario ad usucapire (*usus*) sia in realtà illusoria e non assoluta, come è stato infatti rilevato dalla dottrina, dato che in pratica poteva ben accadere che l'usucapiente perdesse per un determinato periodo il possesso della cosa e, interrompendosi così l'*usus*, l'acquisto prescrittivo dovesse ripartire e si compisse quindi in tempi più lunghi. Invece il tempo sufficiente a decadere dalla garanzia per evizione risulterebbe evidentemente più congruo se, in una fase precedente, esso fosse stato direttamente commisurato al periodo che il terzo aveva di agire in via di rivendica evitando la prescrizione dell'azione, in una equivalenza perfetta che riporta a una dimensione lineare e logica la scelta normativa, prima che la nuova valenza acquisitiva assunta dall'*usus* intervenisse poi ad intorbidarla: un anno per l'esperimento della *reivindicatio* e quindi un anno per la chiamata in garanzia del venditore. Altro forte indizio, questo, nel senso di una precedente fase in cui, non ancora compiutamente messa a fuoco dal diritto romano il fenomeno dell'usucapione, vigeva ancora il regime della prescrizione dell'azione. Anche qui il fattore considerato in via principale rimaneva dunque quello processuale di chiamare in causa il venditore, che in origine si consumava inesorabilmente in un anno dopo l'acquisto, com'era naturale in parallelo al prescrivere dell'azione di rivendica, e quindi

non rilevava in via principale, né ce n'era bisogno, che in tale periodo si fosse compiuto un anno di possesso e che dunque il compratore fosse effettivamente riuscito ad usucapire la *res*, come sarebbe invece avvenuto in seguito. In maniera analoga, l'aspetto rilevante, prima della riforma duodecimtabulare, doveva in generale rimanere il prescriversi dell'azione intentata dall'attore dopo un anno di inazione, con conseguente sua perdita del diritto e corrispettiva inattaccabilità della posizione del possessore, contro cui appunto il precedente proprietario non poteva a questo punto più fare nulla, perché anche qualora propriamente la controparte, mancando un compiuto *usus* annuale, non avesse ancora «usucapito», come farà in seguito, in ogni caso egli come si è visto non aveva più alcun mezzo giudiziario a disposizione e doveva giocoforza lasciare la cosa all'attuale possessore (ed in effetti il rischio di «premiare» un possesso troppo breve, iniziato magari pochissimo tempo prima che l'azione si prescriva, come si vedrà rimane storicamente una implicazione presentata in generale dagli ordinamenti che applichino tale istituto in una forma «pura» e per così dire automatica).

Potrebbe del resto rintracciarsi un ulteriore lacerto di tale più antica concezione anche nella regola secondo cui le eredità si usucapivano in un anno, prima che si affermasse il principio per cui si potevano usucapire le singole cose ma non le eredità nel loro complesso (Gai., *inst.* 2,54: *'quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessiones ut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim xii tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est. et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit'*): qui in effetti l'unicità del tempo necessario all'usucapione potrebbe far agevolmente pensare all'unicità dell'azione con cui si poteva reagire a tale comportamento, e che appunto in origine doveva prescriversi in un anno, secondo una regola generale che sopravvisse alla riforma decemvirale di tali istituti, verosimilmente in quanto ormai consolidata e non facile da mutare e d'altronde, come si è visto, in assoluto utile all'ordinamento nella periodica sanatoria delle proprietà così ottenuta. Mentre invece, se si fosse per converso guardato sin dalle origini al possesso dell'usucapiente, sarebbe potuto darsi stato più agevole, nella ormai vigente riforma decemvirale dell'elemento diacronico, prevedere un tempo invece biennale, essendo il fondo avito di norma la parte più consistente dell'eredità, anche in quanto sarebbe stato per più versi naturale, prolungando il tempo necessario ad usucapire i fondi, allungare del pari il tempo necessario ad usucapire le eredità che lo ricomprendevano: ma si dovette comunque preferire lasciare sopravvivere

il più antico termine ormai tradizionale, retaggio di un'epoca in cui non vi era l'usucapione e l'azione si prescriveva in ogni caso dopo un anno, anche in quanto frutto di una diversa concezione di simili istituti incommensurabile per tal verso con la nuova situazione e quindi per così dire cristallizzato nella sua precedente misura temporale.

E questa conclusione viene ulteriormente rafforzata dal fatto che la spiegazione fornita da Gaio (*inst.* 2.55) in ordine al termine più breve previsto per l'*usucapio pro herede* – e cioè che i *veteres* lo posero in quanto vollero che '*maturius hereditates adiri*', in relazione alla prosecuzione dei *sacra* e al pagamento dei debiti, appunto nel timore dell'usucapione da parte di un terzo – non è né molto convincente né logicamente congrua: per un verso, infatti, essa si colloca in una visuale in cui l'*usucapio pro herede* ha già perduto la sua funzione pratica accettata dall'ordinamento come utile ed è ormai diventata una figura marginale *improba* e *lucrativa*, senza dare quindi contezza delle ragioni del suo perpetuarsi per tutta l'epoca repubblicana nonché altresì a lungo in epoca imperiale; inoltre essa appare intrinsecamente poco convincente in quanto, per ottenere un fine pratico non primario ed in ultima analisi meramente di fatto, del tutto estraneo alla sistematica delle architetture giuridiche, si sarebbe ammesso nell'ordinamento un istituto che, nella logica di una simile spiegazione, risultava già dal suo sorgere in tale ipotesi del tutto esecrabile, favorendo un possessore senza titolo a danno del legittimo erede ed anzi rendendogli addirittura estremamente più agevole l'usucapione (*inst.* 2.55: '*Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri ...*'); ma soprattutto essa non tiene conto del fatto che un simile periodo annuale si applica altresì a ipotesi che non hanno nulla a che fare con l'eredità, per la quale potrebbe in ipotesi avere un senso questa spiegazione, ossia appunto i casi di *usureceptio*, ove le ragioni di tale scelta temporale non potevano che avere una logica del tutto diversa dall'esigenza che *hereditates maturius adiri*.

Appare dunque estremamente plausibile, anche qui, che in tale analogo trattamento tanto dell'*usucapio pro herede* quanto dell'*usureceptio* prevalga ancora una volta l'esigenza di non mutare un consolidato termine annuale, già praticato nel precedente stadio di prescrizione dell'azione e conservato nella nuova fase in cui si afferma l'usucapione: ancora una volta, dunque, una regola che trova la sua logica nel verosimile periodo in cui, essendo unica l'azione relativa alla rivendica dell'eredità, era perfettamente congruo che essa si prescrivesse in un anno, e che viene mantenuta anche quando i fondi si usucapiscono ormai in due anni e non era più tanto scontato che il termine annuale potesse ancora valere per i terreni agricoli, preferendosi con ogni probabilità

non mutare, sia pur nel nuovo contesto giuridico, regole ormai tradizionali, cosicché tanto l'*usucapio pro herede* quanto le *usureceptiones*, anche se relative ad immobili, continueranno a compiersi in un solo anno.

In ogni caso, al di là di queste relative riprove che tale congettura incontra nel diritto decemvirale, e che comunque convergono nel fare intravedere una originaria contesto in cui la prescrizione estintiva dell'azione doveva prevalere su quella acquisitiva dell'usucapione, resta il fatto che, in una situazione di indifferenziato compiersi del fenomeno in un solo anno, non dovesse venire attribuito al possesso una soverchia rilevanza, quale sarà invece tributata ad esso disciplinandone il carattere ininterrotto ed introducendo i requisiti della *res habilis* e poi della *bona fides* iniziale, e che l'aspetto più rilevante della prescrizione dovesse risolversi nell'impossibilità di intentare l'azione oltre l'anno, come in effetti mostra in particolare la discrasia poi esistente tra il periodo in cui il compratore è esposto all'azione di rivendica del terzo, che in origine corrispondeva perfettamente alla durata dell'obbligo di prestare la garanzia per evizione, e il tempo in cui si compie l'usucapione, che in pratica, in seguito ad una interruzione del possesso, può risultare alquanto più lungo del lasso in cui egli è protetto da tale garanzia, e che quindi non è più congruo nel nuovo regime dell'usucapione: così come del pari avviene nella parallela scelta di conservare anche dopo la riforma decemvirale il termine prescrittivo di un anno tanto nella *usucapio pro herede* quanto nella *usureceptio*, mentre del pari la mancata regolamentazione dell'interruzione del possesso tendenzialmente denuncia di per sé la precedente irrilevanza giuridica di una simile figura.

Si tratta, in effetti, di almeno tre argomenti convergenti e di non trascurabile impatto probatorio: il che, nella estrema lacunosità delle notizie relative a tali istituti in età predecemvirale, non è certamente poco. E a tali riprove si aggiunge del resto anche la circostanza, come si è accennato, che nei suoi primordi Roma dovette essere una società di genere essenzialmente pastorale, e quindi una civiltà di ordine in linea di massima «possessorio» piuttosto che «proprietario», nella quale dunque la prescrizione delle azioni doveva di per sé essere la soluzione naturale, mentre, non essendosi ancora affermata la proprietà in tutta la sua importanza, quella dell'usucapione rimaneva una soluzione in linea di massima ancora inconfigurabile: ma non si è voluto far leva su tale ulteriore argomento in quando si tratta in linea di massima di una ipotesi ricostruttiva di tipo interpretativo ed eminentemente congetturale, e perciò possibile oggetto di discussioni, mentre in questa sede si è in generale preferito avvalersi di elementi semplici ed elementari, di tipo «istituzionale», e come tali da tutti condivisibili.

9. La riforma decemvirale degli effetti prescrittivi del tempo e la nascita dell'usucapione

Certo, si tratta, ed è bene ribadirlo, di un fenomeno complessivo da non intendere strettamente in termini di categorie giuridiche moderne, in cui anzi con ogni verosimiglianza il prescriversi dell'azione veniva visto in maniera piuttosto indistinta anche come un consolidarsi del diritto del possessore, in una «appartenenza» non ancora sussunta propriamente in termini di *dominium ex iure Quiritium*, nel corso di un periodo storico di cui, nella sua antecedenza alla legislazione decemvirale, non si possono avere com'è ovvio notizie troppo precise, ma solo un reticolo di verosimiglianze.

Tuttavia, in ogni caso, la normazione duodecimtabulare in ordine all'istituto dovette segnare una completa rivoluzione nella concezione degli effetti del tempo in ambito giuridico e delle sue coordinate di massima, travolgendo l'originaria dimensione prescrittiva del fenomeno ed aprendo una volta per tutte la strada alla nascita appunto dell'usucapione in senso proprio.

In effetti, premesso che l'istituto della *usurpatio trinocitii* appare una prima formulazione fattuale e contingente – essendo relativa ad un singola fattispecie – di una figura che solo in seguito acquisterà caratteri generali, venendo applicata al possesso in quanto tale appunto come fattore interruttivo – *usurpatio* – del periodo di tempo necessario affinché l'usucapione si compia, per cui si può plausibilmente ritenere che prima delle XII Tavole non si richiedesse alcun possesso ininterrotto, è da sottolineare come, ponendo quantomeno il requisito della *res habilis* e d'altra parte richiedendo un *usus* continuato della durata ininterrotta di uno o due anni compiuti (come appunto si deduce dalla *usurpatio trinocitii*), i decemviri scardinarono completamente ogni possibile rilevanza del periodo di tempo in cui l'azione poteva nel caso venire intentata: per un verso, infatti, occorrendo l'*usus* ininterrotto, non era più vero che al venir meno della possibilità di agire dell'attore, in ipotesi, corrispondeva pianamente il consolidarsi del diritto in capo alla controparte, che ben poteva non aver ancora compiuto il prescritto periodo di possesso (e si è visto come per tal verso di ciò rimase precisa traccia nella mancata corrispondenza con il periodo in cui l'acquirente era coperto dalla garanzia per evizione); ma soprattutto non era ormai più vero che l'azione non era più utilmente intentabile dopo il tempo previsto, poiché al contrario essa risultava ancora senza problema sempre esperibile, quantomeno nel caso si fosse invocato il carattere non idoneo della cosa ad essere usucapita, e quindi non si poteva assolutamente più pensare ad un consumarsi dell'azione ad ogni ef-

fetto in un anno o nel caso due, ma anzi essa diventava potenzialmente, nei casi previsti, eterna ed imprescrittibile. Ed il diritto successivo avrebbe sempre più con convinzione proseguito per questa nuova strada, aggiungendo al requisito della *res habilis* l'elemento della *bona fides* e più tardi quello della *insta causa*, rendendo sempre possibile agire con la *reivindicatio* al fine di fare accertare la non validità – per usare volutamente un termine generico – dell'usucapione pur come si è visto già compiutasi in base al possesso protrattosi per il tempo necessario di uno o due anni.

La scelta decemvirale di vietare l'acquisto prescrittivo di determinate cose, di cui si voleva forse più semplicemente evitare l'usucapibilità ma senza dedurne di per sé generali implicazioni sistematiche, e il requisito di porre come condizione la continuità del possesso avevano in effetti, con ogni probabilità ben al di là delle forse più contenute intenzioni fattuali dei legislatori, causato un completo sommovimento negli istituti prescrittivi, cancellando inevitabilmente ogni più antica ed adusata dimensione del fenomeno e, nel caso, privando di ogni rilevanza l'elemento del venir meno dell'azione dopo un anno, dato che anzi essa continuava, quantomeno in alcuni circoscritti casi, ad essere per sempre esperibile: e dunque, sembrerebbe, ponendo in generale il problema degli effetti del trascorrere del tempo nel quadro dell'ordinamento giuridico in termini del tutto nuovi, in cui, soprattutto, era anzi impossibile chiedere aiuto alla vecchia disciplina e ai lati e pur semplici meccanismi concettuali ad essa sottesi per arrivare ad una soluzione soddisfacente.

Più o meno come si è visto avvenire nelle *Leggi* di Platone, la cui disciplina dell'acquisto prescrittivo, ponendo dei requisiti circa il possesso, era incompatibile con il precedente regime della *paragraphé* ed anzi avrebbe in ipotesi reso intrinsecamente non più idoneo tale sistema processuale per la soluzione delle controversie relative alla prescrizione, in maniera analoga la riforma decemvirale cancellò d'un tratto quello che doveva costituire con ogni plausibilità l'aduso e consuetudinario sistema precedente relativo agli effetti del tempo sulle situazioni giuridiche, con tutti i suoi lati ed impliciti schemi costruttivi, e pose inevitabilmente un problema di fondo: se infatti l'azione dopo il periodo previsto era ancora utilmente esperibile in determinati casi, per converso anche la posizione del possessore non si consolidava più in maniera definitiva dopo tale lasso temporale, né si poteva dire che la cosa potesse essere considerata ad ogni effetto sua, poiché anche in seguito – e potenzialmente per sempre – la sua appartenenza poteva venire contestata e rimessa in gioco invocando la non idoneità della cosa ad essere usucapita.

Questo problema – che, si badi, si presenterebbe inalterato anche qualora si preferisse rifiutare la congettura di una precedente fase di prescrizione

dell'azione nel diritto romano arcaico – dovette inevitabilmente creare complessi problemi nella logica complessiva dell'istituto: poteva sembrare infatti che l'acquisto della *res* non si potesse ormai verificare più in maniera definitiva, in attesa di una contestazione che in pratica poteva non avvenire mai, cosicché si poteva temere che l'istituto, che prima assicurava con il tempo un'assoluta certezza agli acquisti prescrittivi, in realtà con la riforma decemvirale avesse cessato di fornirla. E, in contesto abituato da lungo tempo a considerare – in un modo o nell'altro – definitivamente proprie le cose trascorso un anno, con la riforma decemvirale il permanere della rivendicabilità della cosa dopo tale periodo – o dopo il biennio ora previsto per le *res soli* – poteva in effetti far ritenere a ragione che ora l'acquisto non si verificasse più e che quindi l'istituto prescrittivo fosse quindi in qualche modo abrogato o quantomeno riformato in senso fortemente limitativo, lasciando la situazione della *res* in uno stato di eterna provvisorietà.

Ad evitare tale assurda conseguenza pratica, si dovette far leva sull'elemento del possesso, considerandone gli effetti in una nuova prospettiva. Qualora si accetti la teoria di una precedente fase di prescrizione dell'azione, in tal caso si diede una rilevanza esclusiva all'*usus*, prima di per sé non dirimente, costruendo finalmente il trascorrere del tempo non più come elemento consumante l'azione ma *tout court* come fattore acquisitivo: mentre, se non si accettasse questa congettura, nondimeno sarebbe necessario postulare che si dovette riformulare la natura dell'*usus*, non vedendolo più come un fenomeno meramente cronologico in cui il trascorrere del tempo assicurava automaticamente una volta per tutte e per sempre l'acquisto della *res*, bensì come un acquisto che poteva essere definitivo secondo l'*id quod plerumque accidit*, ma che in ogni caso era sempre revocabile in dubbio invocando, con la rivendica, il carattere non *habilis* della *res*, ed annullando quindi, in pratica, la pur già avvenuta usucapione. Via interpretativa, questa, che avrebbe appunto consentito alla giurisprudenza romana di proseguire per tale strada già aperta aggiungendo al requisito dell'idoneità della cosa gli ulteriori elementi della *bona fides* e in seguito della *iusta causa*, senza provocare sensibili sommovimenti nella nuova costruzione dell'istituto.

Del resto, in concreto si deve altresì e soprattutto tenere presente come questa nuova architettura dell'istituto prescrittivo, in cui l'azione continuava ad essere sempre esperibile, non valeva per tutti i casi di usucapione, ma soltanto in quelli in cui effettivamente un terzo si impossessava di una cosa altrui o in ogni caso pretendeva di farla propria attraverso il possesso: ne restava escluso, infatti, quello che doveva costituire il precipuo impiego abituale dell'usucapione, ossia quell'*usus* che verrà poi detto *pro herede* in cui appunto

L'usucapione serviva non tanto ad impadronirsi di un bene altrui, ma per agevolare la prova del *dominium* circa la situazione di *res* ereditarie su cui sorgessero contestazioni. Per l'*usucapio pro herede*, infatti, rimase fermo il termine di un solo anno – del resto così come in linea di massima avvenne del pari per l'*usureceptio* –, e se in ogni caso si iniziò a richiedere anche per essa un possesso ininterrotto (sul recente modello dell'*usus* matrimoniale), egualmente essa rimase comunque immune dal requisito della *res habilis* (così come, poi, da quelli della *fides* e del *titulus*), e quindi a tali effetti l'esperibilità dell'azione continuò di fatto ad essere limitata al periodo necessario per usucapire (anche se esso, potendo subire interruzioni, non coincise più come prima necessariamente con un anno esatto).

In questa situazione, dunque, in cui l'effetto socialmente più apprezzabile della prescrizione continuava ad essere garantito secondo modalità semplici e lineari dalla forma per così dire abbreviata della *usucapio pro herede*, il togliere l'assolutezza del carattere definitivo agli altri casi di usucapione, in fondo marginali, nei quali si conseguiva la proprietà di un bene altrui, non dovette quindi apparire problema eccessivo né in pratica soverchiamente preoccupante, ed anzi la giurisprudenza poté senz'altro incamminarsi sulla strada già tracciata dai decemviri con il requisito della *res habilis* ponendo gli ulteriori presupposti della *fides* e della *iusta causa*, che sempre rendevano vittoriosamente esperibile l'azione pur di fronte ad una usucapione già compiutasi (aggiungendovi poi nuovi casi, sempre in tale falsariga, come nell'ipotesi del sanatoconsulto adrianeo sull'*usucapio pro herede*). Pur di fronte a questa non lieve innovazione, infatti, la funzione sociale più rilevante dell'istituto prescrittivo continuava ad essere soddisfatta, in maniera diversa ma sostanzialmente inalterata, dall'*usucapio pro herede*, e tale soluzione pratica risolse ogni questione concreta circa i beni cosiddetti aviti per tutta l'età repubblicana ed i primi tempi del principato.

Del resto, come si è già accennato, tale permanenza dell'antica figura faceva sì che non creasse, in generale, soverchi problemi il fatto che l'acquisto prescrittivo della cosa altrui, disciplinato dai requisiti della *res habilis*, della *fides* e della *iusta causa*, andasse sempre più coniugandosi con la tutela offerta dall'*actio Publiciana* e la tutela anticipata fornita dalla *fictione usucapionis*, cosicché quella che può essere considerata l'usucapione propriamente detta (almeno da un punto di vista moderno) veniva disciplinata per altre vie e in base a tutt'altre coordinate, alquanto limitative, e su tali falsarighe si svolgeva appunto lo sviluppo sistematico dell'istituto, come in particolare mostrano – anche se ciò richiederebbe un più articolato né breve discorso – le trattazioni dei giuristi delle singole *iustae causae usucapionis* in D. 41.4-10. Né il venir meno

dell'*usucapio pro herede*, valvola di sfogo processuale e probatoria di tale rigido sistema dell'acquisto prescrittivo, e il suo essere sostituita da diversi metodi di tutela delle proprietà avite ed in particolare dall'*agnitio* pretoria, sembrerebbe poter dare certo origine a questioni irrisolvibili nel quadro del diritto classico, stante soprattutto la persistente presenza di una adeguata amministrazione della giustizia e di uno Stato relativamente ordinato e ben funzionante.

I problemi sorsero invece, in epoca successiva, quando per un verso l'ordinamento giuridico fu costretto, specie per sovvenire alle esigenze provinciali, dove mancando sul suolo il *dominium ex iure Quiritium* non era applicabile l'usucapione, ad introdurre la *longi temporis praescriptio* delle azioni, del resto verosimilmente già diffusa a livello di consuetudini locali, ma d'altra parte dovette farlo proprio in un periodo, quale quello tardoimperiale, caratterizzato da spossessamenti violenti e prevaricazioni di ogni tipo, in cui quindi ogni mutamento dello stato di fatto esistente tendeva ad essere visto con diffidenza ed ogni situazione possessoria, per essere fatta valere giudizialmente, tendeva a dover subire un severo esame circa la sua legittimità: se quindi le prime aperture verso la prescrizione delle azioni, a partire dall'età severiana sino alle costituzioni di Teodosio II e di Costantino, dovettero giocoforza rinunciare del tutto ai presupposti della *fides* e della *insta causa*, accettando come produttiva di effetti estintivi la mera inazione del titolare dell'azione, la riconsiderazione giustiniana di tali istituti vi ritorna in una architettura che lascia alquanto perplessi, specie per quanto riguarda, al di là della normale *longi temporis praescriptio*, la disciplina della *longissimi temporis praescriptio* contenuta in C.I. 7.39.8, che non solo richiedeva un possesso ininterrotto di trenta o quarant'anni – ad evitare che potesse avvantaggiarsene chi avesse ottenuto la cosa solo in tempi recenti – ma distingueva altresì il possessore di buona fede da quello di mala fede in una costruzione di per sé piuttosto farraginoso e fondata su presupposti alquanto ibridi che contaminavano profondamente il regime della prescrizione delle azioni con quello della usucapione acquisitiva. Infatti, come si ricostruisce, chi avesse conservato in modo continuativo il possesso poteva, se in buona fede o in ogni caso se avesse subito uno spossessamento violento, agire con la *revindicatio*, e la prescrizione avrebbe quindi assunto un carattere acquisitivo, che la dottrina chiama appunto «usucapione straordinaria»; ma se era invece di mala fede, mentre finché rimaneva possessore poteva opporre la prescrizione alla *revindicatio* del proprietario, qualora perdesse il possesso senza subire un'azione violenta non poteva, in quanto di mala fede, rivendicare la cosa: cosicché, se il nuovo possessore era il (precedente) proprietario, egli poteva rimanere indisturbato nel possesso della cosa, ma se viceversa era un terzo, per un verso egli non poteva essere convenuto

con alcuna azione da parte del precedente possessore, ma era tuttavia soggetto alla *reivindicatio* del proprietario senza potere invocare la precedente inerzia da parte di costui, perché non poteva giovare della già avvenuta prescrizione in quanto non vantava egli stesso un possesso ininterrotto di trenta o quarant'anni, e non poteva quindi essere sicuro sinché tale periodo non fosse nuovamente trascorso. Come si è detto, la costruzione della *longissimi temporis praescriptio* appare dunque in effetti una contaminazione o un compromesso tra la prescrizione delle azioni e l'usucapione acquisitiva: una prescrizione estintiva che tuttavia, insieme all'inazione dell'attore, richiedeva la *longa possessio* del convenuto, e che d'altronde si trasformava in prescrizione acquisitiva in presenza della buona fede del possessore ovvero se interveniva uno spossessamento violento, mentre lasciava del tutto indifeso il possessore di mala fede se privato della cosa in modo non violento per quanto fossero passati trenta o quarant'anni dall'ottenimento della cosa.

Certamente, anche qui, doveva trattarsi in quest'ultimo caso di ipotesi perlopiù teoriche e di non comune realizzazione, dato che com'è noto la buona fede si presume e a distanza di veri decenni doveva risultare non facile né normale riuscire a provare la mala fede del soggetto: tuttavia è sintomatico come la volontà di «punire» lo spossessamento ingiustificato e quindi la mala fede anche a distanza di tanti anni, pur tipica del tardo antico, sia esigenza che giunge a prevalere sull'ovvio fine degli istituti prescrittivi, ossia quello della certezza del diritto e della sicurezza delle situazioni di fatto da lungo tempo esistenti, rendendo accettabile che, nel caso di un precedente possesso di mala fede, chi si è impadronito della cosa pur senza violenza, per un verso sia ancora soggetto alla *reivindicatio* del proprietario, pur inattivo da oltre trenta o quarant'anni, ma d'altra parte possa trattenere la cosa nei confronti del precedente possessore, che come si è visto non dispone di alcuna azione per contrastare lo spossessamento subito: una soluzione, dunque, di estrema incertezza giuridica.

Se quindi questa costruzione fa d'altra parte indubbia violenza alle architetture proprie degli istituti prescrittivi, è peraltro da notare come essa si inserisca in maniera meno innaturale in un ordinamento in cui da tanti secoli, di fronte ad un'usucapione pur già compiutasi, la *reivindicatio* rimaneva in eterno esperibile per l'assenza di *res habilis*, *fides* e *iusta causa*, e dove dunque non doveva apparire così strana la arzigogolata soluzione prevista agli effetti della *longissimi temporis praescriptio* per il possessore di mala fede: quando anzi si rimprovera a Giustiniano, come pur è stato fatto, di essere stato incapace di pervenire ad una più semplice soluzione analoga a quella dei moderni codici civili, consistente in linea di massima nel dichiarare imprescrittibile la *reivindi-*

*catio* salvi gli effetti dell'avvenuta usucapione, regolando poi nell'ambito di questa figura, in modo graduato, i tempi ed i requisiti della prescrizione acquisitiva, si dimentica in effetti la diversa impostazione, qui messa in luce, del diritto romano rispetto ai diritti moderni, poiché mentre ora si deve dimostrare, agli effetti della trascrizione, che l'usucapione si è regolarmente compiuta rispetto a tutti i suoi requisiti, viceversa nel diritto romano essa si compiva in base al solo possesso protrattosi per il tempo necessario, salva la possibilità, teoricamente in eterno, di far valere attraverso la *reivindicatio* l'assenza di tali tre presupposti, invalidando o se si vuole rescindendo una prescrizione acquisitiva già verificatasi. Una prospettiva processuale, questa, che consentiva altresì di regolare il ricorso alle *reivindicatio*, o meglio il suo vittorioso esperimento, in base ad ulteriori condizioni, quali appunto la buona o mala fede dell'attore che intendeva far valere il suo precedente possesso trentennale o quarantennale.

In ogni caso, in conclusione, è un fatto che nella storia dell'istituto la logica delle due forme di prescrizione e soprattutto dell'usucapione si scontrano e si contaminano, nell'architettura data dai vari ordinamenti alla loro costruzione, con esigenze piuttosto eterogenee, che per vari versi antepongono alla necessità di certezza perseguita dagli istituti prescrittivi, e quindi alla esigenza di fornire sicurezza alle situazioni da lungo tempo esistenti, l'ulteriore fine di non consentire comportamenti censurabili in ordine all'impossessamento delle cose, che nel diritto romano si traducono appunto in una sorta di «annullamento» dell'usucapione qualora si dimostri, pur dopo molto tempo e in teoria in eterno, che mancavano i requisiti della *res habilis*, della *fides* della *iusta causa*, anche se – si potrebbe dire con una certa saggezza – il diritto romano, sino ai primi secoli del principato, assicurò egualmente la certezza dei domini quantomeno aviti attraverso una forma particolare di prescrizione acquisitiva, ossia l'*usucapio pro herede*, consentendo che in tale ipotesi si potesse dimostrare la proprietà con la semplice prova del mero possesso annale. Una forma di certezza dello stato di fatto esistente che tuttavia, come si è visto, scomparve nel tardo antico ed in epoca giustiniana: mentre nel diritto intermedio, mercé le decretali papali, dal diritto canonico si diffuse altresì nel diritto civile il principio per cui '*qui prescriberet in nulla temporis parte rei haberet conscientiam alienam*', cancellando quindi a lungo, con la previsione della necessità di una buona fede perdurante per tutto il periodo della prescrizione, la regola romana '*mala fides superveniens non nocet*', ritornata tuttavia poi in auge negli ordinamenti moderni in quanto dopo molte discussioni prevalse nel code civil francese (anche se in ogni caso vari codici preunitari seguirono il diritto canonico stabilendo la necessità un atteggiamento costante di buona fede per tutto il

tempo necessario alla prescrizione).

A sua volta, il diritto moderno, se ha superato gli aspetti più problematici della costruzione giustiniana, dalla quale pur discende, non sembra peraltro riuscito a isolare con chiarezza l'esigenza di certezza che è a base degli istituti prescrittivi tutelando quale precipuo principio generale dell'ordinamento, e consentendo invece ulteriori interazioni da parte di differenti esigenze generali che vengono a collidere con esso e finiscono col prevalere, più che per una ben soppesata valutazione comparativa, per una meccanica applicazione di regole generali di diverso genere, in un automatismo che lascia ben poco spazio al valore della sicurezza giuridica delle situazioni da lungo tempo esistenti. Così, ad esempio, se il diritto italiano ha reso assoluta, con l'articolo 1158 del codice civile, la sicurezza dell'usucapione ventennale, d'altra parte la mina di fatto tutelando, senza alcun soddisfacente tentativo di mediazione tra i due principii, il diritto del precedente proprietario ad essere informato dell'azione intrapresa dell'usucapiente per far valere il proprio acquisto, pretendendo una regolare notifica della domanda anche quando ciò diventa in pratica impossibile, e quindi non consentendo neppure in tal caso una lieve menomazione dei diritti della difesa: e ciò persino quando, come si è visto, questa pretesa violazione dipenda in realtà da sostanziali mancanze del convenuto, che non si è curato di registrare la propria posizione nei pubblici registri. Sembrerebbe anzi trattarsi, come si diceva, piuttosto che di una cosciente scelta tra i due principii della certezza del diritto e dei diritti della difesa, di un'applicazione cieca di regole generali che non tiene alla fine in alcun conto il primo di tali parametri. E per di più senza alcun successivo tentativo, una volta constatato questo paradossale risultato, di porvi effettivamente rimedio.

In ogni caso, il nucleo problematico che sta ad incunabolo di questa non lineare situazione degli istituti prescrittivi è la scelta, alquanto risalente nella storia, di premiare il cosiddetto possesso qualificato, e quindi «virtuoso», a vantaggio degli automatismi del trascorrere del tempo, secondo una svolta costruttiva che come si è visto in effetti tende a coincidere nell'antichità con il superamento del neutro meccanicismo temporale della prescrizione delle azioni e quindi con la nascita della sua versione acquisitiva, ossia dell'usucapione, le cui prime tracce risalgono alle leggi di Platone e che si realizza compiutamente, in ambito romano, con la codificazione duodecimtabulare: un'esigenza che porta a considerare per così dire troppo semplice e primitiva un'applicazione lineare della figura della prescrizione dell'azione, e che, se certo appare per vari versi giustificata, nel suo mirare ad evitare di tutelare indirettamente illegittimi spossessamenti e indebite intromissioni nella

cosa altrui – più che comprensibili in un ordinamento come quello romano che alla sicurezza della circolazione dei beni e alla tutela del possesso di buona fede antepone com'è noto il limite assoluto della non usucapibilità in eterno della *res furtiva* –, finisce in ogni caso per proteggere oltre misura esigenze che nulla hanno a che fare con la necessità della sicurezza delle situazioni da lungo tempo esistenti e dunque con il principio – che alla fine, trascorso un lungo lasso di tempo, dovrebbe forse essere considerato di per sé preponderante – delle certezze del diritto. Un'esigenza che in effetti, oggi come allora, non sembra venire considerata in tutta la sua importanza.

### ***Il diritto romano e l'antropologia giuridica: il rischio di una soverchia superficialità***

*Non studere, sed studuisse oportet*

L'impiego di nozioni e principi di antropologia giuridica per ampliare ed affinare le indagini di diritto romano non è certo cosa nuova nella storia della nostra disciplina, e da molto tempo gli studiosi di una certa cultura storica e di prospettive abbastanza aperte se ne avvalgono normalmente nelle proprie ricerche, talora persino in maniera tanto scontata e spontanea da divenire pressoché inconsapevole: studiare ad esempio la propensione delle classi agiate romane a regolare con testamenti minuziosi la sorte dei propri beni, o la forte concezione che tale popolo ha della *patria potestas* o ancora, in generale, il diritto di famiglia nei suoi vari aspetti risulta ormai da tempo richiedere perlomeno necessariamente un approfondimento minimo dei presupposti sociali e prima ancora psicologici di tali atteggiamenti e consuetudini, e dunque una visione preliminarmente altresì «antropologica» dell'argomento, così come, del resto, avviene altresì per temi apparentemente più tecnici dell'ordinamento romano, quali ad esempio la visione per così dire latamente assoluta del *dominium ex iure Quiritium* o persino lo studio del formalismo che caratterizza specie nelle loro origini le obbligazioni in generale: e una indagine di tipo antropologico è a maggior ragione necessaria per quanto riguarda le ricerche sul diritto greco specie più antico, soprattutto a causa della scarsità delle notizie strettamente giuridiche pervenuteci. Né è qui il caso di ricordare cursoria-

mente la vasta letteratura che si segnala per la scelta di un metodo di tipo altresì antropologico nelle indagini storiche di diritto romano nonché greco, dato che com'è noto risultano pressoché innumerevoli gli studi che ne sono specifico e ben conosciuto esempio.

Lascia dunque affatto increduli ed esterefatti, ed anzi piuttosto straniti, la recente bizzarra idea che la prospettiva antropologica sia cosa del tutto nuova e insospettata agli studiosi di diritto romano, ed anzi visuale tanto inopinata e sconosciuta da dover essere, in maniera esagoticamente elementare, presentata ed illustrata con diligente schematizzazione e didascalica pazienza agli sprovveduti studiosi della nostra disciplina, che ne sarebbero incoltamente del tutto digiuni: eppure è proprio di questo che, compiaciuta e gongolante della propria scoperta – per lei novità eclatante sorpresa pressoché a volo –, si è convinta una pur non più giovanissima né del tutto inesperta studiosa lombarda, che con toni giulivi e soddisfatti per la sua felice ed incredibile trovata è subito corsa ad annunziarla festante, quasi stringendola orgogliosamente come cosa viva tra le mani, ai disinformati colleghi, gridando a distesa la propria gioia e rendendoli tutti e ancora tutti partecipi della straordinaria lieta novella.

Di tale imbarazzante ed «inaccrochable» scritto, uscito su una delle nostre più importanti riviste e lungo oltre settanta pagine, mi ero già incidentalmente occupato in un mio articolo sulla sacertà, e mi limito qui a riportare, per quanto non breve, la nota in questione<sup>1</sup>:

Su diritto romano e antropologia è uscito recentemente un lungo articolo (L. MAGANZANI, *Romanistica e antropologia. Per un dialogo interdisciplinare*)<sup>2</sup>, che si segnala purtroppo per inadeguatezza argomentativa ed insufficiente approfondimento del tema trattato: preceduta da una prima parte introduttiva intitolata «Breve storia dell'antropologia (ad uso dei romanisti)», che appare sostanzialmente una trattazione elementare del tema, alquanto affrettata e ricavata in linea di massima dal riassunto di introduzioni più o meno divulgative all'antropologia (p. 143 ss.), la parte più specifica della trattazione – «Antropologia e diritto romano» (p. 171 ss.) – consiste più che altro in una scelta di esempi sovente eterogenei circa l'utilità di un «approccio» antropologico a vari aspetti del diritto romano, per di più compiuta senza evidenziare il fondamentale aspetto per così dire intermedio costituito dalla antropologia giuridica, disciplina che viene pressoché solo di passaggio ricordata: quindi, ignorando ad esempio la prospettiva antropologica che ha giocoforza caratterizzato lo studio del diritto greco arcaico a causa della scarsità di fonti giuridiche in materia, e procedendo tra ingenuità metodologiche e moniti di ovvia prudenza (ad esempio p. 179 e 182 s.), lo scritto

---

<sup>1</sup> Cfr. F. ZUCCOTTI, *Ancora sulla configurazione originaria della sacertà*, in «Lura», LXIV, 2016, p. 301 ss. nt. 140.

<sup>2</sup> In «BIDR.», CVI, 2012, p. 137 ss.

tende poi a confondere lo studio antropologico in senso proprio del diritto con le ricerche comparatistiche nonché con le prospettive di tipo economico-sociale ad esso in qualche modo affini (p. 180 s.), così da presentare, tra l'altro, talune ricerche antropologiche, ad esempio sui *prudentes* romani, come novità inaspettate, ignorando del tutto la copiosa letteratura romanistica in materia (p. 186 ss.: si pensi agli studi di Federico D'Ippolito e di Aldo Schiavone su tali temi), ed arriva quindi, sempre procedendo per esemplificazioni non del tutto perspicue e che anzi sovente risultano avere ben poco a che fare con l'antropologia giuridica propriamente intesa (ad esempio p. 192 ss.), ad un lungo finale in cui le teorie di Gérard Chouquer<sup>3</sup> sulla pluralità delle forme proprietarie nella storia del diritto nonché nel mondo romano vengono presentate come una eclatante novità (p. 203 ss.), ignorando la sterminata letteratura che dalle società tradizionali specie africane ed indiano-americane sino al diritto medioevale ed intermedio ha già da molto tempo studiato l'argomento, per di più accusando i romanisti di avere sempre e comunque usato «un'ottica ristretta, privilegiando lo *ius* dei *cives romani* sul diritto pretorio e provinciale», quasi che nessuno prima di Gérard Chouquer e dell'autrice si fosse accorto della molteplicità delle forme di appartenenza nella storia giuridica romana (tra l'altro, che Gérard Chouquer, che è un antropologo, muova dell'art. 544 del codice civile francese, secondo cui la proprietà è «de droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements», dando poi la colpa a Robert Joseph Pothier della valenza «statica e unitaria» della nozione di «proprietà» poi prevalsa nella tradizione giuridica occidentale, è anche cosa comprensibile pur nella sua imprecisione: ma fa peraltro una certa impressione, a tacer d'altro, che una romanista non si accorga neppure che il codice francese si rifà qui alla famosa definizione di libertà risalente a Florentino, 9 *inst.* – D. 1.5.4.pr.: '*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*' – trasformata poi dai glossatori e dai commentatori, com'è noto, in una definizione della proprietà). Ma quanto più interessa in questa sede sono le generiche pagine che l'articolo in questione riserva alla sacertà (p. 198 ss.), dove, muovendo dalle già ricordate ricerche di Robert JACOB, *La question romaine du sacer. Ambivalence du sacré ou construction symbolique de la sortie du droit*<sup>4</sup>, se ne riassumono in maniera approssimativa le tesi (dimenticando tra l'altro, tra le fonti prese in considerazione dallo studioso, accanto a Festo e Servio, proprio il non secondario passo di Macrobio)<sup>5</sup>, presentandole come affatto nuove ed inaspettate – «questa notazione, di primo acchito incomprensibile ...»: p. 200 – ed ignorando la non trascurabile letteratura romanistica su tali testi (e stupisce anzi per questo verso che la trattazione in materia si concluda con la frase «lascio agli esperti del settore la valutazione critica di questi risultati» relativi alla figura della sacertà, quasi che chi si occupa di diritto romano possa non conoscere tali argomenti: si

<sup>3</sup> G. CHOUQUER, *La terre dans le monde romain: anthropologie, droit, géographie*, Arles, 2010 («Collection d'Archéologie de l'Université de Coimba»).

<sup>4</sup> In «Revue historique», LXXXIX, 2006, p. 523 ss.

<sup>5</sup> Cfr. ZUCCOTTI, *Ancora sulla configurazione originaria della sacertà*, cit. p. 305 nt. 13.

veda del resto L. MAGANZANI, *Loca sacra e terminatio agrorum*, p. 119<sup>6</sup>, dove la sacertà, in relazione alla *termini exaratio*, viene curiosamente descritta come una sanzione in cui il colpevole era «sposto senza protezione a qualsiasi attacco esterno, compresa l'uccisione»). Nel complesso, il saggio rivela una scarsa conoscenza di fondo dei temi antropologici trattati, tanto da arrivare, per limitarsi ad un solo esempio, ad indicare le teorie di Lucien LÉVY-BRUHL (*La mentalité primitive*, del 1922) sulla «mentalità prelogica dei primitivi» come posizioni ancora attuali nell'odierno panorama dell'antropologia (p. 157 e nt. 69 s.), senza nemmeno sospettare che simili teorie – che già dall'inizio avevano suscitato tra gli etnologi ampie contestazioni, in primo luogo da parte da Émile Durkheim, anche se d'altra parte erano arrivate ad influenzare gli studi sul diritto romano più arcaico, come in particolare avviene nei *Primordia civitatis*, del 1959, di Pietro De Francisci – erano state poi riviste profondamente ed in buona parte superate dal loro stesso autore, come risulta dai *Carnets de Lévy-Bruhl*, pubblicati postumi nel 1949 (per quanto ancora oggi vi siano tra gli antropologi posizioni che pur tentano in certo modo di recuperarle: cfr. ad esempio S. MANCINI, *Da Lévy-Bruhl all'antropologia cognitiva: lineamenti di una teoria della mentalità primitiva*, Bari, 1989, specie p. 136 s.). Ancor più incomprensibile, in uno studio che vorrebbe spiegare ai romanisti che cos'è l'antropologia giuridica, è che l'autrice presenti il già ricordato studio di Robert Jacob su *La question romaine du sacer* come uno studio di antropologia (o meglio ancor di «antropologia della parola»: MAGANZANI, *Romanistica e antropologia*, p. 198 e nt. 212) nonché del tutto nuovo nella sua metodologia – *ivi*, p. 200: «basta qui sottolineare la novità del metodo, che consiste nel porre la comparazione al servizio della esegesi testuale» – mentre di per sé lo studio dell'autore francese, medievista e storico delle religioni nonché in certo modo del diritto sacrale, si avvale sì entro certi limiti di moderate prospettive e metodi di tipo antropologico (JACOB, *op. cit.*, p. 555, 564 s., 567, 578, 587), ma in ogni caso in un ambito metodologico che rimane quello del tradizionale studio comparato delle religioni, con le inevitabili convergenti indagini di tipo filologico e nel caso altresì giuridico (e mi spiace essere costretto a vergare un giudizio negativo su di un articolo scritto da una studiosa che pur in passato aveva dato prove certo migliori, ma in effetti sono particolarmente sensibile a questo argomento, dato che negli anni Novanta ho tenuto vari corsi di Antropologia Giuridica ad Alessandria, introducendo un insegnamento poi continuato da Rodolfo Sacco, che lo trasferì in seguito a Torino, e l'interesse per tale disciplina mi porta a mal tollerare che la già non soverchia attenzione dei romanisti per gli studi etnologici ed antropologico-giuridici possa essere fuorviato se non del tutto scoraggiato dalla inadeguatezza di simili trattazioni).

Se torno ora su tali spiacevoli argomenti è perché, purtroppo, la nostra disinformata professoressa è voluta rivivere su questi temi, e con ahimè analoghi

---

<sup>6</sup>) *Loca sacra e terminatio agrorum nel mondo romano: profili giuridici*, in «Finem dare. Il confine, tra sacro, profano e immaginario. A margine della stele bilingue del Museo Leone di Vercelli», *cur.* G. Cantino Wataghin, Vercelli, 2011, p. 109 ss.

toni trionfanti di gioiosa letizia, in uno scritto apparso nel volume curato da Aglaia McClintock «Giuristi nati. Antropologia e diritto romano» (Bologna, 2016), dove insieme ad esso compaiono altresì, in tale strana *mésalliance*, più seri scritti di Maurizio Bettini, Bruce Lincoln, Graziana Brescia e Mario Lentano, Giunio Rizzelli nonché della stessa Aglaia McClintock.

Lo scritto della nostra neoantropologa si intitola *Per uno «sguardo antropologico» del giurista. Il rapporto padre-figlio nel mondo romano*, e si apre con una introduzione intitolata *Profili metodologici* (p. 99 ss.) ove, con tetragona quanto leggiadra recidiva, si ribadisce l'idea balzana della impensata attualità rivoluzionaria della scoperta dell'antropologia giuridica da parte dei romanisti, che anzi vengono spronati a svecchiare i propri obsoleti metodi accettando di far proprio il novello «approccio» antropologico: con vispi toni festanti un po' da maestrina, l'autrice ricorda, sempre più giuliva, il proprio articolo pubblicato sul «Bulettno» ove «esprimeva l'auspicio» che i cultori del diritto antico «si decidessero una buona volta», i pigerrimi, ad «abbassare le difese» di fronte «all'approccio antropologico», e ammonisce con tono forse un poco saputello e persino pomposetto che lei nel saggio in esame «parlava da giurista ai giuristi», addirittura, e «a loro mi premeva sottolineare che, se il tecnicismo del nostro sapere è irrinunciabile», egualmente «non dobbiamo accamparlo come scusa per un aristocratico isolamento» (un po' di modestia democratica ovviamente non guasta, che diamine, e meno male che in tale giulebbe non si sono scomodate le proverbiali torri eburnee).

Ma nel nuovo scritto, invece, essa si sente «qui, giurista fra antropologi» (non si accorge infatti, inurbanamente, che nel convegno da cui prende le mosse tale volume miscelaneo ci stavano pur altri romanisti, ma che si vuole, *aquila non capit muscas*), per cui le «preme puntualizzare in che termini e limiti la collaborazione fra noi possa risultare proficua», in una apposita sezione appunto introduttiva dedicata agli aspetti metodologici cui seguirà una parte didascalica in cui si spiega in un maniera anzichenò boriosetta «come la prospettiva antropologica abbia influenzato il mio stile di ricerca», nientepodimeno, «e il mio personale sguardo verso le fonti». E senza false modestie lo scritto discetta quindi sfarfalleggiando con tonalità esperte «se la collaborazione tra antropologi e giuristi debba tradursi nell'individuazione di una nuova disciplina – denominata, ad esempio, 'Antropologia del diritto romano' –, oppure se», come lei stessa preferisce, più cauta, credere, «antropologia e diritto debbano rimanere due discipline separate, pur se reciprocamente utili». Ella dunque, con zelante saggezza, ritiene più opportuno parlare piuttosto di uno «sguardo antropologico del giurista» – che appare certo formula più carina nonché *à la mode* –, specificando con coscienziosa diligenza e meticoloso

scrupolo che questo «significa che lo studioso del diritto antico, pur tenendo care le tematiche e la metodologia tipiche della sua scienza, sarà sollecitato sulla base di un approccio antropologico ad un sempre più consapevole ‘incontro con l’altro’, il romano antico che rivive nelle nostre fonti». Se nessuno di noi, poveri romanisti di dozzina, avrebbe mai e mai sospettato che simili inusitate e vezzose prospettive di ricerca si miracolassero ora, grazie all’autrice, in un inatteso rinnovamento gaudioso della nostra miope e provinciale ricerca giuridica di tutti i giorni (forse perché appunto del tutto privi, meschini, di adeguato «sguardo antropologico»), ecco subito nell’articolo gli acuti moniti e le accorte istruzioni che la nostra guida, con toni giubilanti e materni, lancia luminosi ai nostri futuri primi incerti passi da neofiti ed anzi da abbecedandi scolari in tale preclara direzione, in un crescendo di amena e ridente soddisfazione: «E lo farà in parte appropriandosi degli strumenti analitici dell’antropologia» (e qui probabilmente voleva semplicemente riferirsi agli strumenti dell’analisi antropologica) «che egli adatterà alla sua documentazione specifica, in parte seguendo percorsi tutti interni alla sua scienza, cioè facendosi carico del compito, arduo ma inevitabile, di storicizzare le proprie categorie di pensiero, ripercorrendo a ritroso i gradi della loro evoluzione nei secoli: il tutto per non caricare indebitamente le fonti di significati ad esse estranei».

Una bagatella di non poco momento, sembrerebbe, ma facilmente attuabile quasi per magia soltanto seguendo le dettagliate istruzioni, forse appena un poco saccenti, della nostra provvidenziale guida: ma ahimè mi sfugge perché mai, poi, si sarebbe dovuto aspettare tale recente e bombastica scoperta dell’antropologia da parte della nostra ingegnosa autrice per attendere al «compito, arduo ma inevitabile», di «storicizzare le categorie giuridiche» ed evitare indebite sovrapposizioni di visuali moderne, quasi che tale esigenza sia affatto nuova e sinora del tutto trascurata alla speculazione storica ed in particolare agli studi romanistici (Riccardo Orestano, chi era costui?). Ma in ogni caso il peggio deve ancora arrivare.

Infatti, seguono a tale giuggiolante premessa una ventina di pagine (*Padri, figli e stirpi fra diritto romano e antropologia*) volte tra l’altro ad illustrare la dirimente novità di cotale metodo, introdotte in maniera invero un po’ melliflua dall’autrice affermando appunto «come esempio di tale apertura presenterò alcune riflessioni» – oggi non è più di moda studiare o ricercare, ma è molto *à la page* riflettere, così come dei *prudentes* romani, nella vaniloquenza corrente, si considerano ormai, più che la opere, la *riflessione* giuridica – «relative al rapporto tra padri e figli nel mondo romano», ovviamente «ricostruito, per quanto possibile, alla luce delle fonti giuridiche» (e perché mai non anche di quelle letterarie, di importanza non trascurabile in tale argomento?) «ma

anche delle notazioni antropologiche di alcuni rappresentanti della scuola senese di antropologia del mondo antico» (le altre eventuali scuole, evidentemente, non vengono qui considerate).

Ma tali «riflessioni», sulle cui imprecisioni e carenze bibliografiche non voglio perdere tempo a soffermarmi inutilmente, dopo appena poche pagine deflagrano tonitruanti e pirotecniche nelle incredibili e drammatiche carenze strettamente romanistiche dello scritto in esame.

Infatti, dopo un sottoparagrafo (p. 102 ss.) intitolato *L'apartheid dei figli illegittimi* (titolo che peraltro suggerisce un tantinello l'idea che tale figliolanza venisse appunto «segregata», se non negli *ergastula* gentilizi, quantomeno in appositi quartieri-ghetto di Roma), e nel quale vengono tracciate le differenziazioni tra i figli non legittimi nonché la terminologia impiegata dalle fonti ed i principali aspetti del regime giuridico che li riguarda, segue un ulteriore sottoparagrafo volto a spiegare le *Presumibili ragioni* (p. 106 ss.) di tale trattamento, in cui innanzitutto ci si rifà all'indubitabile dato che, mentre il legame tra madre e figlio è individuato nell'evidente rapporto biologico (*mater semper certa*), viceversa il rapporto tra padre e figlio è rinvenuto in un nesso sociale nonché giuridico, per cui è discendente legittimo del marito il nato dalla moglie cui egli sia legato da *institae nuptiae* (*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*: Paul. 4 ad ed., D. 2.4.5).

E qui sorgono i primi grossi problemi, avanguardia ed avvisaglia della procella ventura, perché l'autrice avverte che «si tratta in verità di una presunzione *iuris tantum*», richiamando Ulp. 9 ad Sab., D. 1.6.6 (*Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium ad cognoscere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse*) e spiegandolo nel senso che secondo il giurista «il marito può disconoscere il figlio soltanto in presenza di circostanze inequivoche e risapute, tali da escludere con certezza la paternità». Tuttavia, se com'è noto non si hanno notizie nel diritto romano di un procedimanto volto al «disconoscimento» del figlio (magari sul genere della dubbia *apokeryxis* greca), a meno che non lo si voglia ipotizzare facendo audacemente leva sul *praeiudicium* volto viceversa al riconoscimento della paternità, nel frammento in questione non si parla affatto di un «disconoscimento», nel senso del far venir meno un precedente «riconoscimento» – nel caso automatico, come sembra intenderlo l'autrice –, bensì di un rifiuto del figlio in quanto tale, che il padre si limita a non accettare quale sua (legittima) prole: sufficientemente esplicite, in tal senso, sono infatti la locuzioni usate da Ulpiano (*non esse*

*mariti filium*’, *‘filium non esse*’).

Ed il lettore rimane un po’ basito e persino piuttosto genato perché a questo punto gli sembra proprio che l’autrice ignori del tutto l’istituto del cosiddetto *‘tollere liberos*’, che – se la dottrina esclude fosse presupposto necessario all’accettazione del nato come figlio e quindi al sorgere della *patria potestas* – tuttavia rimaneva in ogni caso un rito il cui rifiuto escludeva verosimilmente, soprattutto in età arcaica, l’entrata del nuovo nato nella potestà del marito della donna, specie qualora tale diniego precludesse all’esercizio dello *ius exponendi*. Il che ribalta in non poca parte, e soprattutto nelle loro stesse coordinate di fondo, le affermazioni recate dall’autrice in ordine alla automatica condizione di figlio legittimo in quanto nato da *instae nuptiae*, poiché, sembrerebbe, a tale circostanza doveva pur aggiungersi – quantomeno come non inverosimile eventualità ricostruttiva da tenere in ogni caso presente – l’ulteriore condizione del mancato rifiuto del *‘tollere liberos*’ e dunque del riconoscimento da parte del padre (e qui, in effetti, più che lo «sguardo antropologico», occorre forse un po’ di vecchio e sano «orecchio giuridico»).

Ma se il lettore ha magari malignamente sospettato che l’articolo in esame non conoscesse il rito del *‘tollere liberos*’, egli deve nella pagina successiva subito ricredersi da tale idea, e sostituire il sospetto di tale pur non lieve ignoranza di base con la certezza di ben più gravi abissi di disinformata impreparazione, leggendo la tremenda descrizione che lo scritto fornisce di questo istituto. Infatti tra vaniloqui per così dire di antropologia spicciola su «il mito della castità della moglie», la «dura repressione dell’adulterio femminile» e «l’ossessione delle somiglianze padre-figlio ... indizio forte di discendenza e genuinità della stirpe», ecco la imprevedibile idea che si professa circa «la pratica del *tollere liberos*», ossia quella di uno strumento «utile al padre per proclamare pubblicamente il legame di sangue col figlio che abbraccia e solleva da terra» (p. 109).

Ora – a parte il fatto che un bambino poggiato a terra lo si prende semmai tra le mani, dato che abbracciarlo renderebbe piuttosto difficile e soprattutto assai goffo il rialzarsi – che il rito del *‘tollere liberos*’ fosse un mezzo «per proclamare pubblicamente», compiaciuti e felici, la nascita di un erede, più che la misurata *gravitas* del *paterfamilias* romano e gli austeri costumi quiritari, ricorda il soddisfatto e un po’ comico gesto con cui, nel primo film di *Don Camillo*, Giuseppe Bottazzi detto Peppone nostrava dal balcone il proprio nuovo nato alla folla festante, esclamando soddisfatto «compagni, un compagno di più!» ...

No, il *‘tollere liberos*’ non era cosa così ilare e allegra, né tantomeno tanto semplice e banale: se in effetti il più delle volte doveva essere un rito e magari una festa che ufficializzava l’entrata nella famiglia del neonato, dietro di esso, peraltro, c’era anche il tristo fenomeno dell’abbandono degli infanti, lasciati

dietro i sepolcri usati come pubbliche latrine e di cui si impossessavano lesti i mercanti di schiavi, c'era probabilmente anche l'eventualità di una soppressione del neonato adulterino – tra sesso, sangue e morte –, c'era una visione in cui il nuovo nato era per un certo tempo considerato un qualcosa in bilico tra il nostro mondo e l'aldilà, per cui, nel diffusissimo rischio della mortalità neonatale e infantile, si evitava in un primo tempo persino di dargli un nome, c'era insomma una visione certo meno ilare e senz'altro più variegata e composta, oltre che tragica, rispetto all'immagine che ne hanno il mondo di frutta candita e di disegni colorati a matita che traspare da tale scritto. Soprattutto, il gesto del *'tollere liberos'* aveva precisi significati ed implicazioni giuridiche, che sembrano qui del tutto sfuggire (e si noti, tra l'altro, come un istituto per così dire a metà tra il giuridico e il costume quale il *'tollere liberos'* avrebbe pur dovuto destare un estremo interesse in una sedicente esperta di «antropologia del diritto romano», dall'acuto, *et pour cause*, «sguardo antropologico»).

Ma quello che soprattutto appare scandaloso ed inqualificabile è che un autore, ormai docente ordinario di diritto romano, avendo soltanto un vago ricordo ed anzi un'errata reminiscenza di un istituto, risalente ai lontani tempi dei suoi studi universitari, si fidi della propria malcerta memoria e ne scriva senza problema secondo tale approssimativa idea, evitando di prendersi persino il disturbo di controllare velocemente soltanto su di un usuale manuale di istituzioni quanto va dicendo, in maniera tale da incorre così nei più indecenti abbagli: solo per proterva pigrizia e presuntuoso affidamento nel proprio vago ricordo e nella propria claudicante infortunata giusantichistica dei primi anni universitari. Ma si tratta di un fenomeno, purtroppo, abbastanza diffuso, e forse altresì propria della fonte più generosa delle mie recensioni apparentemente tanto «cattive» (basti ricordare, se qualcuno mi ha letto, la mesta pseudomonografia che riteneva l'*infinitatio* una sanzione per i *temere litigantes*)<sup>7</sup>.

Forse conviene che la nostra vispa ed audace scopritrice di nuovi metodi e discipline finalmente arrossisca, si spera confusa e magari pentita, e soprattutto allarghi la stretta delle sue inesperte dita per lasciare una volta per tutte andare e volare via libera la povera antropologia giuridica, che vivendo e ricercando certamente non le ha fatto mai alcun male.

Ma, come diceva mai Orazio (*sat.* 1.120 s.), è senz'altro meglio che io qui *verbum non amplius addam*: affinché non mi si accusi, confido ingiustamente, di malizioso se non spietato accanimento – o addirittura di prendere di mira la paradigmatica «croce rossa» – *iam satis est*.

---

<sup>7</sup> Cfr. F. ZUCCOTTI, *A proposito di un recente libro (Vivagni V)* e la relativa *Postilla*, in «RDR.», V, 2005, p. 8 e 32 (*estr.*), nonché *Della transazione, purtroppo (Vivagni VI)*, ivi, 2006, p. 127 s. (*estr.*).