



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

HARVARD LAW LIBRARY

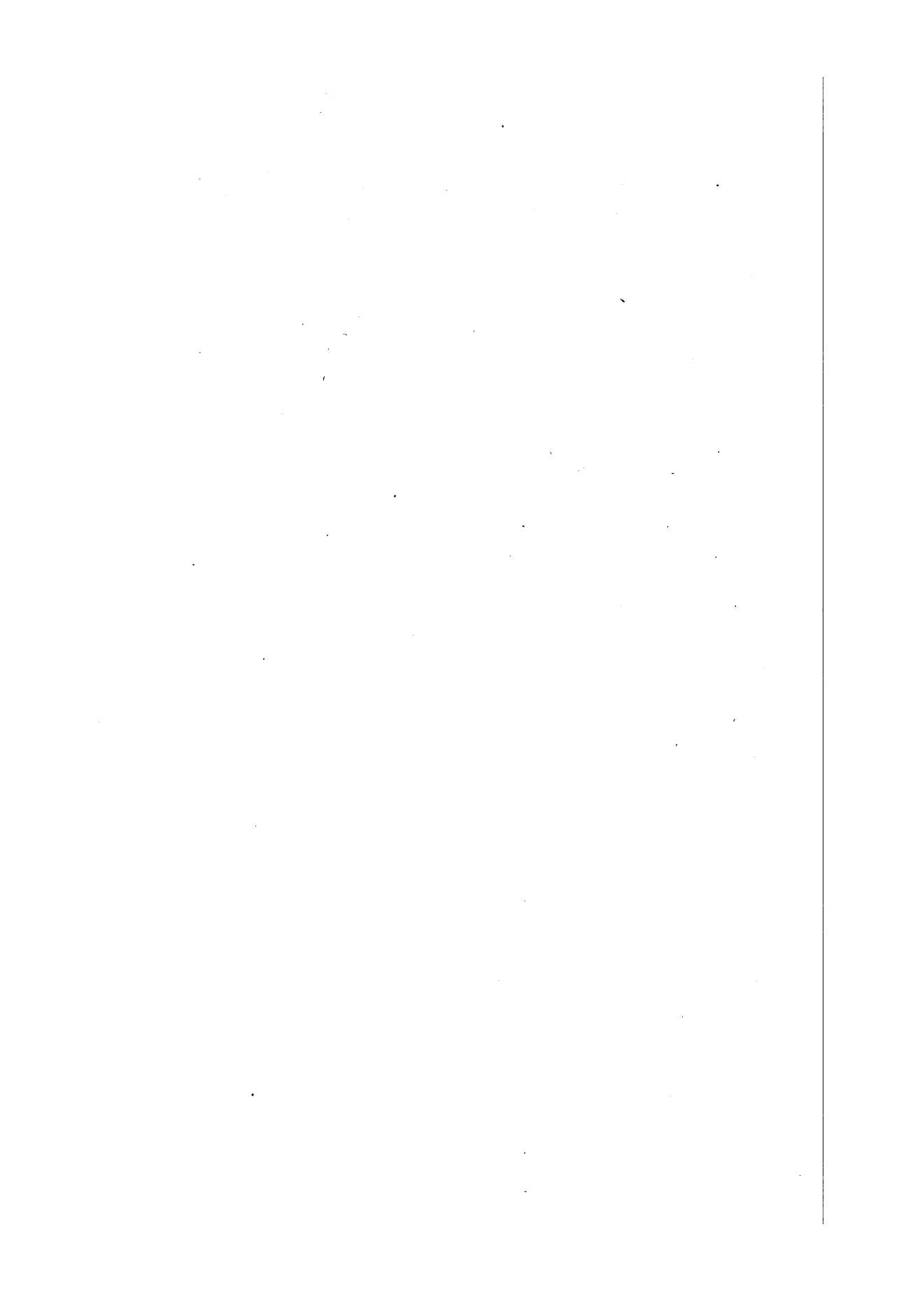


3 2044 097 771 760

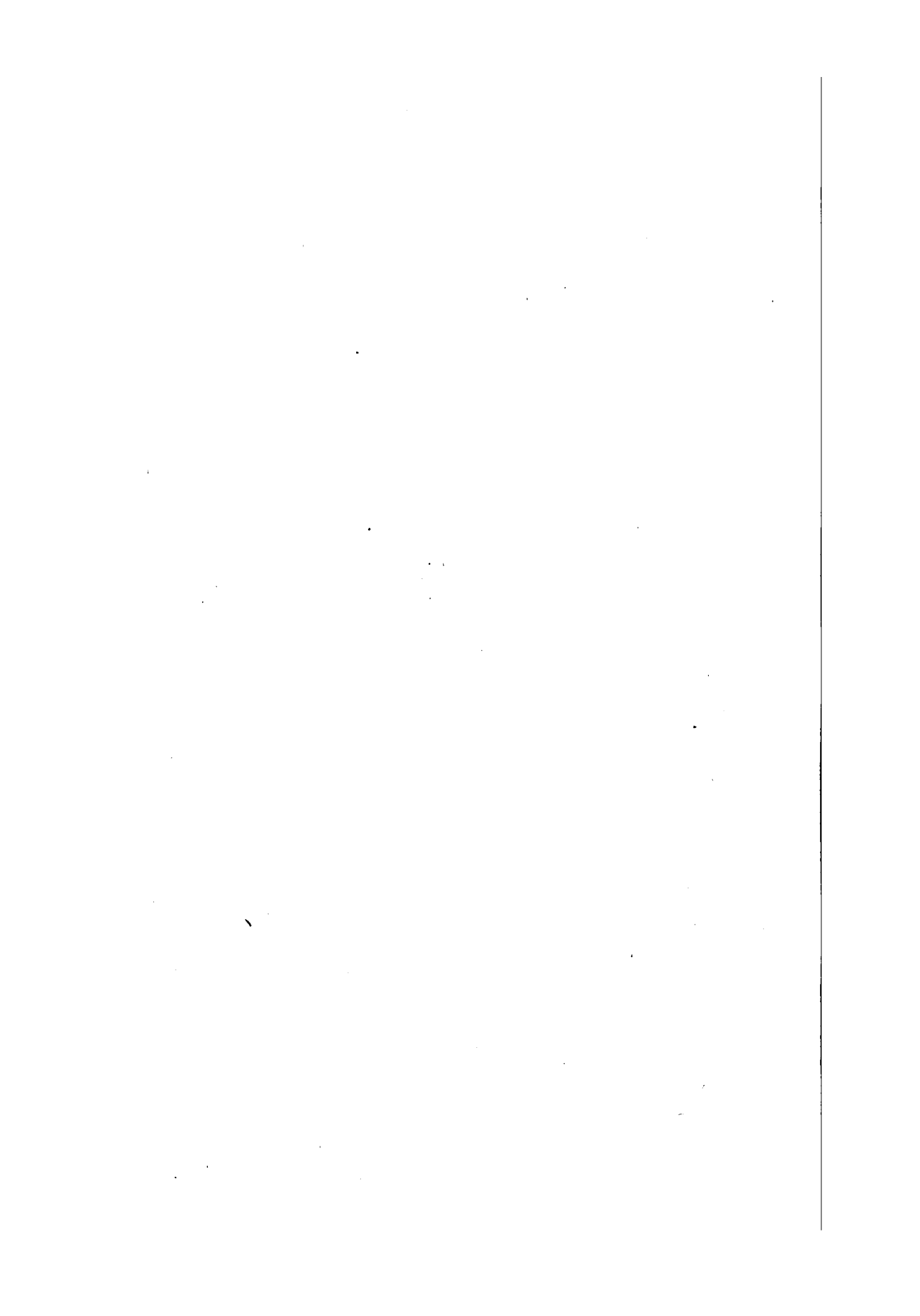


HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

~~Italy~~







2239

72

NOV 24

1

2

x LA LEGGE DELLE XII TAVOLE c

DE TIGNO JUNCTO

NOV 21

DI

MUZIO PAMPALONI

PROF. ORD. DI PANDETTE ALL' UNIVERSITÀ DI URBINO

(Estratto dall' Archivio Giuridico)

BOLOGNA

TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI

1883

+

911

For Tx
P



LA LEGGE DELLE XII TAVOLE.

DE TIGNO JUNCTO

Sommario

11-18-41 - U. U. U. U.

I. Legge delle XII tavole che vieta lo scioglimento del tignum congiunto a un edificio o a una vigna. — II. Altre disposizioni dirette a impedire lo scioglimento degli edifici e di ciò che vi è congiunto. — III. Scopo e natura della legge de tigno juncto e dell'altre disposizioni ricordate. Il principio ne urbs ruinis deformatur. Se la legge de tigno juncto sia d'ordine pubblico. Se il possessore dell'edificio possa disciogliere e restituire il tignum junctum. Contratto diretto allo scioglimento. Opinioni diverse. — IV. Nostra opinione intorno alle suddette quistioni. — V. Sfera d'azione della legge de tigno juncto. Differenze tra i giureconsulti romani. — VI. Limiti alla sfera d'azione della legge de tigno juncto. — VII. Se il tignum disciolto, ma destinato ad esser ricongiunto possa esser rivendicato. — VIII. Se la legge de tigno juncto riguardi soltanto il tignum furtivum. Festo ad v. tignum. — IX. Se l'actio de tigno juncto si dia soltanto per il tignum furtivum. L. 63 de donat. inter v. et u. — X. La proprietà del tignum junctum. — XI. Opinioni diverse intorno alla persona convenuta con l'actio de tigno juncto. — XII. Opinioni diverse intorno alla natura dell'actio de tigno juncto e della prestazione che n'è l'obietto. — XIII. Se e quando l'actio de tigno juncto escluda la rei vindicatio a unione disciolta. — XIV. Interpretazione della l. 2 de tigno juncto. — XV. Motivi e origine della legge de tigno juncto. Contro chi è diretta l'actio de tigno juncto. — XVI. Interpretazione della l. 1 de tigno juncto. — XVII. Natura dell'actio de tigno juncto e della prestazione cui è diretta. Valutazione del duplum. Azioni della medesima natura. — XVIII. Concorso con altre azioni. Se l'esibizione del tignum liberi dall'actio de tigno juncto. A chi spetta l'actio de tigno juncto. — XIX. La legge de tigno juncto e il possesso dei corpora connexa. L. 30. §. 1 de usurpationibus. Usucapione del tignum junctum. — XX. Uso moderno della legge e dell'azione de tigno juncto. Art. 449, 451, 452 del Cod. Civ. Ital. — XXI. Conclusioni.

647836

I.

Legge delle XII tavole che vieta lo scioglimento del tignum congiunto a un edificio o a una vigna (*).

Vi ha una legge delle XII tavole che vieta lo scioglimento del *tignum* congiunto a un edificio o a una vigna, e che dalla parola *tignum*, di cui si servivano le XII tavole per indicare l'oggetto della proibizione, è detta dagli scrittori legge *de tigno juncto*. Quando per conseguenza avviene che un *tignum* è stato congiunto a un edificio o a una vigna altrui, il proprietario, finchè dura l'unione, non può agire nè con la *rei vindicatio*, nè con l'*actio ad exhibendum* allo scopo di rientrarne in possesso. Però al proprietario è accordata un'altra azione per il doppio valore (*in duplum*) del *tignum*, la quale è detta nelle fonti *actio de tigno juncto* o *actio de tigno injuncto*.

I luoghi delle fonti, nei quali si accenna alla legge o all'azione *de tigno juncto* sono i seguenti:

1.º — *Festo de verb. signif.* (v. *tignum*) (1).

« *Tignum non solum in aedificiis, quo utuntur, appellatur, sed » etiam in vineis, ut est in XII: tignum junctum aedibus vineave » et concapit (2) ne solvito ».*

(*) Bibliografia. **E. Huschke.** *Ad legem XII tabularum de tigno juncto Commentatio.* Vratislaviae 1837. — **Puchta.** *Kleine civil. Schriften XXIV. Ueber die actio de tigno juncto.* — **Majansio.** *Disputationes II, 48 de tigno juncto.* — **C. Ziegler** *de tigno juncto.* Discept. select. ed. G. Beyer. Lipsia 1712, n.º 44. — **lo. Phil. Streitius.** *Programma de actione de tigno juncto.* Erford. 1730. — **Harskamp.** *de tigno juncto in Oelrichs* Thes. nov. Vol. II, tom. I, pag. 431 **Broekes** *de bonae fidei poss. circa act. de tigno juncto ad duplum non obligato.* Vit. 1753. — **G. Sturm.** *triga controvers. tert. de act. de tigno juncto non poen. mixt. sed mer. rei persecut.* — **H. Heleno.** *Diatribarum* lib. II, cap. VII. *An actio de tigno injuncto in simplum detur si bona fide injunctum sit.* (**Ottonis.** *Thesaur.* Tom. II, col. 1427). Non mi è stato possibile di averli e consultarli tutti.

(1) **Bruno,** *Fontes I. R. A.* 4.ª Ed. 1879, pag. 297.

(2) Così alcuni codici; altri hanno *et concapet*, e altri *et concapu.* **Huschke** o. c. pag. 1.

2.º — §. 29. Ist. de rer. div. II. 1.

« Quum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse »
» dominus intelligitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit.
» Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat desinit dominus eius
» esse; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhi-
» bendum de ea re agere, propter legem XII tab. qua cavetur, ne
» quis tignum alienum aedibus suis injunctum (3) eximere cogatur,
» sed duplum pro eo praestet per actionem quae vocatur de tigno
« injuncto (4). Appellatione autem tigni omnis materia significatur,
» ex qua aedificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne aedificia re-
» scindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium,
» poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam persecutus (5),
» tunc eam vindicare et ad exhibendum de ea agere ».

3.º — L. 7. §. 10. D. de acq. rer. dom. 41. 1. Gaio lib. II. rerum quotidianorum sive aureorum.

« Quum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse »
» dominus intelligitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo
» cedit. Non tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit eius
» dominus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque
» ad exhibendum agere, propter legem XII tab. qua cavetur ne quis
» tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum
» pro eo praestet. Appellatione autem tigni omnes materiae signi-
» ficantur, ex quibus aedificia fiunt. Ergo si aliqua ex causa diru-
» tum sit aedificium, poterit materiae dominus tunc eam vindicare
» et ad exhibendum agere ».

4.º — L. 98. §. 8 in fine D. de solut et lib. 46. 3. Paolo lib. XV Quaestionum.

« Denique lex XII tab. tignum aedibus junctum vindicari posse »
» scit, sed interim id solvi prohibuit, pretiumque eius dari voluit ».

5.º — L. 23. §. 6. D. de rei vindic. 6. 1. Paolo lib. XXI ad Edictum.

« Tignum alienum aedibus junctum nec vindicari potest propter »
» legem XII tab., nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus
» eum qui sciens alienum junxit aedibus; sed est actio antiqua de
» tigno juncto, quae in duplum ex lege XII tab. descendit ».

(3) Iunctum. *Haloandro* e altri. Cf. l'ediz. del C. I. dei Kriegell. Lipsia 1872.

(4) Iuncto. *Cuiacio* e altri.

(5) Consecutus. *Vulg.*

6.° — L. 6. D. ad exhibendum. 10. 4. **Paolo** lib. XIV ad Sabinum.

« Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari » non potest, sed ut excludatur ad exhibendum agi potest. Aliter » atque in tigno juncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tab. solvi vetaret, sed actione de tigno » juncto ex eadem lege in duplum agitur ».

7.° — L. 7. D. eiusd. tit. **Ulpiano** lib. XXIV ad Edictum.

« Tigni appellatione omnem materiam in lege XII tab. accipimus ut quibusdam recte videtur ».

8.° — L. 62. D. de V. S. 50. 16. **Gajo** lib. XXIV ad Edictum.

« Tigni appellatione in lege XII tab. omne genus materiae ex qua aedificia constant significatur ».

9.° L. 63. D. de donat. inter v. et u. 24. 1. **Paolo** lib. III ad Neratium.

« De eo, quod uxoris in aedificium viri ita conjunctum est, ut » detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia » nulla actio est ex lege XII tab., quamvis (6). Decemviros non » sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium conjunctae essent. Paulus notat: sed in hoc solum » agi potest, ut sola vindicatio, soluta re competat mulieri, non in » duplum ex lege XII tab., neque enim furtivum est, quod sciente » domino inclusum est ».

10.° — L. 1. D. de tigno juncto 47. 3. **Ulpiano** lib. 37 ad Edictum.

« Lex XII tab. neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis junctum (7) neque vindicare, quod providenter » lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur, sed in eum qui convictus est junxisse (8) » in duplum dat actionem §. 1. Tigni autem appellatione continentur » omnis materia, ex qua aedificium constet vineaque necessaria. » Unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam (9) caementaque si qua aedificiis sunt utilia; tigna enim a tegendo dicta » sunt; hoc et calcem et arenam tignorum appellatione contineri. » Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria con-

(6) Posse, quamvis nulla actione ex lege XII tab., quia Decemviros etc. *Hal.*

(7) Injunctum. *Vulg.*

(8) Injunctum. *Vulg.*

(9) Caementa. *Hal. e Vulg.*

» tinentur utputa perticae, pedamenta §. 2. Sed et ad exhibendum danda
» est actio; nec enim parci oportet ei qui sciens alienam rem aedi-
» ficio inclusit vinxitve (10) non enim sic eum convenimus quasi
» possidentem, sed ita quasi dolo malo fecerit quominus possideat ».

11.º — L. 2. D. eiusd. tit. **Ulpiano** lib. XLII ad Sabinum.

« Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus juncti (11) actum,
» deliberari poterit an extrinsecus sit rei vindicatio; et esse non
» dubito ».

II.

Altre disposizioni dirette a impedire lo scioglimento degli edifici e di ciò che vi è congiunto.

Oltre quella delle XII, tavole il diritto romano contiene altre disposizioni d'epoca più recente dirette a impedire lo scioglimento degli edifici e di ciò che vi è congiunto; le quali in parte son dovute al Pretore e in parte al Senato e agli Imperatori.

Se un privato edifica in luogo pubblico, l'editto del Pretore, invece di costringerlo ad abbattere l'edificio, gli ordina il pagamento di una tassa (*solarium*) affinchè abbattendo l'edificio, la città non sia deturpata da ruine (*ne ruinis urbs deformetur*). Sol tanto in certi casi l'edificio costruito dai privati in luogo pubblico deve essere abbattuto, vale a dire:

a) se osta al pubblico uso; e specialmente se è costruito in una pubblica via;

b) se è stato edificato in onta ad una precedente proibizione, (*aliquo prohibente*). (1). Anche l'edificio costruito in luogo sacro deve essere abbattuto per riguardo alla condizione del luogo (*propter religionem*).

L. 2. D. ne quid in loco pub. 43. 8.

§. 17. « Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non » esse eum cogendum tollere, *ne ruinis urbs deformetur*, et quia » prohibitorium est interdictum, non restitutorium; si tamen obstat

(10) Injunxitve. *Vulg.*

(11) Injuncti. *Vulg.*

(1) **Glossa** ad l. 2. §. 17. D. ne quid in loco pub. in v. *nemine*.

« id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis pro-
« curat, debet id deponere; vectigal enim hoc sic appellatur, so-
» larium ex eo quod pro solo pendatur. §. 18. Si tamen adhuc nul-
» lum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur
» non fieri; et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque
» successorum erunt cavenda. §. 19. Locorum sacrorum diversa
» causa est; in loco enim sacro non solum facere vetamur, sed et
» factum restituere iubemur, hoc propter religionem » (Cf. §. 43 e. l.).

L. 7. D. eiusd. tit.

« Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat,
» cogendus non est demoliri, *ne ruinis urbs deformetur*, ita qui
» adversus Edictum Praetoris aedificaverit tollere aedificium debet;
» alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit ».

Alcuni senatoconsulti e alcune costituzioni imperiali proibiscono
in certi casi determinati di sciogliere gli edifici e ciò che vi è con-
giunto; e cioè:

1.º Un senatoconsulto emesso a proposizione dell'imperatore
Claudio sotto il consolato di Gn. Hosidio e di L. Vagellio, di cui
è fatta menzione nella l. 52. D. de contrah. emt. 18. 1, nella l. 45.
D. de don. inter v. et u. 24. 1, e specialmente in una tavola di
bronzo, scoperta circa il 1600 in Ercolano, che ne riferisce il di-
sposto due volte, la prima da se, e la seconda come motivazione
di un altro senatoconsulto dell'epoca di Nerone, emanato sotto il
consolato di Q. Volusio e di P. Cornelio (2).

L. 52. D. de contrah. emt. 18. 1. (Paolo).

« Senatus censuit, ne quis domum villamve dirueret, quo plus
» sibi acquireretur, neve quis negotiandi causa eorum quid emeret
» venderetve; poena in eum qui adversus Senatusconsultum fecisset,
» constituta est, ut duplum eius quanti emisset, in aerarium inferre

(2) Il **Bachofen** (*Ausgewählte Lehren* pag. 194) crede che la prima parte
della tavola Ercolanese contenga la relazione letterale del senatoconsulto Hosi-
diano. D'opinione diversa è il **Dirksen** (*Scriptores historiae Augustae*. p. 160)
che vede il testo originale del Senatoconsulto Hosidiano nella relazione della se-
conda parte. E anche a me la relazione della prima parte della tavola Ercola-
nense sembra un estratto incompleto del testo originale. Infatti, fra le altre, essa
non contiene l'esplicito divieto di demolire *negotiandi causa*, e vi allude sol-
tanto in ultimo, quando riferisce un'eccezione a codesto divieto: « Ceterum te-
» stari Senatam dominis nihil constitui, qui rerum suarum possessores futuri
» aliquas partes earum mutassent ».

» cogeretur, in eum vero, qui vendidisset, ut irrita fieret venditio.
» Plane si mihi pretium solveris, quum tu duplum aerario debeas,
» repetes a me, quod a mea parte irrita facta est venditio. Nec
» solum huic Senatusconsulto locus erit, si quis suam villam vel
» domum, sed et si alienam vendiderit ».

Senatoconsulti Hosidiano e Volusiano (3).

. « I. Gn. Hosidio Geta, L. Vegellio cos. X. kal. Octobr. SC.
» Cum providentia optumi principis tectis quoque urbis nostrae et
» totius Italiae aeternitati prospexerit, quibus ipse non solum prae-
» cepto augustissimo, sed etiam exemplo suo prodesset, conveni-
» retque felicitati saeculi instantis proportione publicorum operum
» etiam privatorum custodia deberentque abstinere se omnes cru-
» entissimo genere negotiationis, nec inimicissimam pace faciem in-
» ducere ruinis domuum villarumque placere: si quis negotiandi
» causa emisset quod aedificium, ut diruendo plus acquireret quam
» quanti emisset, tum duplam pecuniam, qua mercatus eam rem
» esset, in aerarium inferri, utique de eo nihilo minus ad Senatum
» referretur. Cumque aequae non oporteret malo exemplo vendere
» quam emere, ut venditores quoque coercerentur, qui scientes dolo
» malo intra hanc senatus voluntatem vendidissent, placere: tales
» venditiones irritas fieri. Ceterum testari senatum, dominis nihil
» constitui, qui rerum suarum possessores futuri aliquas partes ea-
» rum mutaverint, dum non negotiationis causa id factum. Censuere.
» In senatu fuere 383 ».

« II. Q. Volusio P. Cornelio cos. VI non. Mart. SC..... Cum
» SC., quod factum est Hosidio Geta et L. Vagellio cos., claris-
» simis viris, ante diem X. k. Oct. auctore divo Claudio cautum
» esset, ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi acquireret,
» neve quis negotiandi causa eorum quid emeret venderetve, poena-
» que in emptorem, qui adversus id SC. fecisset, constituta esset,
» haec ut, qui quid emisset duplum eius quanti emisset in aerarium
» inferre cogeretur et eius qui vendidisset irrita fieret venditio, de
» iis autem qui rerum suarum possessores futuri aliquas partes ea-
» rum mutassent nihil esset novatum; et necessarij Alliatoria Cel-
» sillae, uxoris Attilii Luperci ornatissimi viri exposuissent huic
» ordini, patrem eius Alliatorium Celsum emisse fundos cum aedi-
» ficiis in regione Muliniensi, qui vocarentur campi Macri, in qui-

(3) **Brunns.** *Fontes* pag. 158.

» bus locis mercatus agi superioribus solitus esset temporibus, jam
» per aliquod annos desiisset haberi, eaque aedificia longa vetustate
» delaberentur neque refecta usui esset futura, quia neque habitaret
» in iis quisquam, nec vellet in deserta ac ruentia commigrare: ne
» quid fraudi multae poenaeque esset Celsillae, si ea aedificia, de
» quibus in hoc ordine actum esset, aut demolita fuissent, aut ea con-
» ditione sive per se sive cum agris vendidisset, ut emtori sine fraude
» sua ea destruere tollereque liceret, in futurum autem admonen-
» dos ceteros esse, ut abstinerent se a tam foedo genere negotia-
» tionis, hoc praecipue saeculo, quo excitari nova, et ornari universa,
» quibus felicitas orbis terrarum splenderet, magis conveniret, quam
» ruinis aedificiorum ullam partem deformem reddi Italiae et adhuc
» retinere priorum temporum.... ita ut diceretur senectute actum....
» Censuere. In senatu fuerunt... ».

Il disposto del senatoconsulto Hosidiano è riferito anche nella l. 48. D. de damno infecto 39. 2 di Marciano.

« Si quis ad demoliendum negotiandi causa vendidisse domum
« partemve domus fuerit convictus, ut emtor et venditor singuli
» pretium, quo domus distracta est praesent, constitutum est; ad
» opus autem publicum si transferat marmora vel columnas, licito
» jure facit ».

2.º Un editto di Vespasiano di cui è fatta menzione nella l. 2. C. de priv. aedificiis 8. 10 (Alessandro).

« Negotiandi causa aedificia demoliri et marmora detrudere
» edicto divi Vespasiani et senatusconsulto vetitum est. Ceterum de
» alia domo in aliam transferre quaedam licere exceptum est; sed
» nec dominis ita transferre licet, ut integris aedificiis depositis
» *publicus deformetur adspectus* ».

3.º Un senatoconsulto emesso sotto il consolato di Aviola e Pansa (4) che è riferito con l'interpretazione datane dalla giurisprudenza e dagli imperatori nelle leggi 41-43 D. de leg. 1 (5) ed

(4) Man. Acilius Aviola et C. Corellius Pansa. **Dirksen**, o. c. pag. 147. **Culacio**, *Observ.* V. 25. ed. Prati vol. 1. col. 208. **G. L. Funke**, *Lehre von den Pertinenzen*. Chemnitz. 1851, nota. Il senatoconsulto è noto così sotto il nome di Senatoconsulto Aciliano.

(5) È opinione comune che questo senatoconsulto sia stato emanato nel sesto anno dell'impero di Adriano (a. 875 di Roma. a. 122 p. C.). **Bachofen** o. c. pag. 204. **Dirksen** o. c. pag. 147. — **Pagenstecher**, *Lehre vom Eigentum* I. pag. 147. — **Schrader**, *Comm. in Ist.* II. 1. §. 29 in v. *eximere*

a cui forse allude la l. 45. D. de donat. inter. v. et u. 24. 1 (6).

L. 41. D. I.º leg. de (Ulpiano).

§ 1. « Sed ea, quae aedibus juncta sunt, legari non posse » Senatus censuit Aviola et Pansa Consulibus.... § 3. Item quaeri « potest, si quis binas aedes habens alteras legaverit, et ex alteris » aliquid junctum ei cui aedes legavit, an legatum valebit? Movet » questionem quod ex Senatusconsulto et Constitutionibus licet nobis » ab aedibus nostris in alias aedes transferre possessoribus earum » futuris, id est non distracturis; et ita Imperator noster et Divus » Severus rescripserunt. Numquid ergo et legari possit ei, cui aliam » domum legem? Sed negandum erit, quia, cui legatum est non est » possessor futurus. § 4. Si duobus domum legaverit Sempronianam, » et ex ea alteri eorum marmora ad exstructionem domus Sejanae, » quam ei legaverat, non male agitabitur, an valeat, quia dominus » est utriusque legatarius. Et quid, si quis domum deductis mar- » moribus legaverit, quae voluit heredem habere ad extruendam » domum quam retinebat in hereditate? Sed melius dicetur, in utro- » que detractionem non valere; legatum tamen valebit, ut aesti-

cogatur. Il Cuiacio in tit. I. de contrah. emt. lib. 18. Dig. ad l. 52 (ed. Prati. tom. 7. col. 1141) dice: « Hoc Senatusconsultum factum est imperante Adriano, » id quod indicant Coss. quibus factum est Aviola et Pansa Nomina horum » Coss. integriora sunt in veteri quadam inscriptione hoc modo, Marco Aquilio Aviola et Corellio Pansa Coss. et Corelli Pansae meminit Plinius. Huius » Senatusconsulti vestigium extat apud Spartianum in Adriano: « constituit, » inquit, inter cetera, ut in nulla civitate domus aliquae transferendae ad » aliam urbem ullius materiae causa diruerentur ». Ma la prescrizione ricordata da Spartiano non si accorda con quelle che troviamo nelle compilazioni giustinianeae. Infatti la l. 41. §. 5. leg. 1 (d'accordo con la Cost. 2. de aedif. priv. dell'anno 222) riconosce al proprietario il diritto di trasportare dei materiali da una casa a un'altra, anche situata in diversa città. « Sed videamus, » utrum ei soli civitati legari possit, in cuius territorio est, an et de alia civitate in aliam transferri possit, et puto, non esse permittendum, quamquam » constitutum sit, ut de domu, quam aliquis habet, ei permittatur in domum » alterius civitatis transferre » (L. 41. §. 5. leg. 1). Pure è opinione comune che il passo di Spartiano alluda, sebbene per alcuni con parole inesatte (Cf. Dirksen o. c. pag. 147) al senatoconsulto di Aviola e Pansa. Dirksen o. c. pag. 164-166. Schrader l. c.

(6) « Marcellus libro septimo Digestorum scribit, etiam eum detrahere sine » mulieris damno et citra metum senatusconsulti, quod detrahentibus negotiatio- » nis causa occurrit ».

» matio eorum praestetur. §. 5. Sed si quis ad opus Reipublicae
» faciendum legavit, puto, valere legatum; nam et Papinianus l.
» XI. Resp. refert, Imperatorem nostrum et Divum Severum con-
» stituisse, eos, qui Reipublicae ad opus promiserint, posse detra-
» here ex aedibus suis urbanis atque rusticis, et id ad opus uti, quia
» hi quoque non promercii causa id haberent... §. 14. Sed si pa-
» ravit quaedam testator quasi translaturus in aliam domum, et
» haec legavit, dubitari poterit an valeat; et puto valere. §. 15.
» Sed si ea, quae legavit, aedibus junxit, extinctum erit legatum;
» §. 16. Sed si heres ea junxit, puto non extinguitur ».

L. 42. eiusd. tit. (Ulpiano).

« Sive scivit sive ignoravit ».

L. 43. eiusd. tit. (Ulpiano).

« Senatus enim ea, quae sunt aedium, legari non permisit; haec
» autem mortis tempore aedium non fuerunt, heres ergo aestima-
» tionem praestabit. Sed si detraxerit et praestiterit, poenis erit
» locus, quamvis non ut vendat, detraxit, sed ut exsolvat ».

Ecco nel mio modo di vedere la sostanza di tutte queste di-
sposizioni. È vietato:

a) di demolire in tutto o in parte edifici (o di toglierne ma-
teriali) a scopo di negoziazione (*negotiationis causa, negotiandi
causa, promercii causa*);

b) di cedere o di acquistare a titolo oneroso edifici (in tutto
o in parte), perchè siano demoliti a scopo di negoziazione;

c) di demolire intieramente un edificio, anche non *negotiationis
causa*, quando ne rimanga deturpato l'aspetto della città — *ut pu-
blicus deformetur adspectus*;

d) di lasciare in legato cose congiunte a un edificio (7).

(7) Intorno alla successione storica di queste disposizioni vi è incertezza. Il **Bachofen** o. c. pag. 203 e il **Dirksen** o. c. pag. 150 credono che il senatoconsulto Hosidiano non proibisse la detrazione (parziale) dei materiali che sarebbe stata proibita dall'editto di Vespasiano e dal senatoconsulto di Aviola e Pansa. La l. 45 de don. inter v. et u. alluderebbe a questo senatoconsulto e non a quello Hosidiano, come pure le espressioni contenute nelle leggi 41-43. D. de legatis I, che ricordano un senatoconsulto per il quale sono vietate le detrazioni *negotiandi causa*. (**Bachofen**. l. c. pag. 206). Il **Culacio** crede che nella cost. 2 de aedif. priv. invece di *edicto Divi Vespasiani* si abbia a leggere, *edicto Divi Adriani* Observ. V. 26. ed. Prati tom. I. col. 209. Cf. **Bachofen** o. c. pag. 223.

Demolizione o detrazione *negotiationis causa* vi è non soltanto nel caso in cui si demolisce o si detrae per vendere (materiali o area) con un certo guadagno di fronte a un contratto antecedente (*ut diruendo plus aquireret*), ma in generale quando si demolisce o si detrae per ricavare un lucro, fosse anche la semplice realizzazione del valore della cosa o un semplice compenso (*quod sibi aquireret*). Le demolizioni e le detrazioni in adempimento di una obbligazione posta in essere con un atto a titolo oneroso sia da noi, sia da un nostro autore, sono demolizioni e detrazioni *negotiationis causa*, ma non già le demolizioni e detrazioni in adempimento di un atto a titolo gratuito.

Non è vietato di demolire quando non vi è mira di negoziazione, eccetto nel caso, di cui alla lettera *c*. Per esempio, il proprietario di un edificio può abatterlo per creare sull'area un giardino o per migliorare la prospettiva di un altro edificio, purchè, ben inteso, non a scopo di negoziazione (l. 41, §. 5 de leg. 1. — cost. 2 de aedif. priv. 8. 10). Se l'edificio abbellito dovesse esser ceduto a titolo oneroso, e massime se l'abbellimento mirasse ad agevolare una alienazione a titolo oneroso, la detrazione sarebbe vietata. Perciò e in questo senso si trova richiesto che il proprietario che trasferisce dei materiali da uno in un'altro edificio rimanga possessore di ambedue (8).

Il proprietario di un palazzo può anche abatterlo o diminuirlo per regalarne ad altri i materiali o l'area, o per recare ad altri un beneficio gratuito di maggior luce o di più grata prospettiva (9) l. 41 §. 5 de leg. 1°.

(8) *Qui rerum suarum possessores futuri* (senatoconsulto Hosidiano) *possessores earum futuri, id est non distracturi* (l. 41 §. 3 de leg. 1°). Non si deve credere per queste espressioni, nè per la frase finale della l. 41. §. 3. leg. 1°, che il rimanere possessore di ambedue le case sia *in se stessa* una condizione alla liceità della detrazione.

(9) Secondo il Cuiacio (in Tit. I de leg. ed Prati tom. 7. col. 1743) la demolizione e la detrazione è punita anche quando vien fatta *donandi animo*. Così pure altri: *Maynz Cours de droit Romain* §. 95 nota 20. Ma le fonti dicono addirittura che è vietata la demolizione e la detrazione a scopo di negoziazione — *ne quis domum villamve dirueret quo plus sibi aquireretur* (l. 32 de contrah. emt.) — *ne quis domum villamve dirueret quod sibi aquireret* (Senatoconsulto Hosidiano). La l. 41 §. 5 de leg. I non contiene, un'eccezione al divieto di demolire o detrarre per un riguardo particolare alla

Non è vietato di cedere edifici a titolo gratuito *ad demoliendum*, ancorchè l'acquirente sia per demolirli *negotiationis causa*. Il modo nel quale si valuta la pena secondo il senatoconsulto Hosidiano dimostra la verità di questa asserzione.

Non è vietato di cedere edifici a titolo oneroso *ad demoliendum*, se l'acquirente non li demolisce *negotiationis causa* (10).

Non è vietato l'acquisto (nè la cessione) di materiali (o aree) provenienti da illecite demolizioni o detrazioni, ancorchè l'acquisto sia fatto a scopo di negoziazione (11).

persona del donatario, ma per la causa che determinò la detrazione (causa donandi). Il senatoconsulto di Aviola e Pansa dovette vietare in modo espresso il legato di cose congiunte a un edificio, che altrimenti non sarebbe stato nullo per quanto era disposto in genere sulle detrazioni e sulle demolizioni. Cf. **Dirksen** o. c. pag. 166. Che se il legatario, quantunque il legato sia nullo, volesse adempire la volontà del testatore, non incorrerebbe nelle pene.

(10) È opinione comune che fosse vietato in generale di cedere edifici *ad demoliendum* — **Bachofen** o. c. pag. 196 **Maynz**, o. c. §. 95 nota 20. A me pare che fosse vietato di cedere edifici *ad demoliendum* nel caso soltanto in cui si sapeva che l'acquirente era per demolirli *negotiationis causa*. Come non è vietata in generale la demolizione, ma soltanto la demolizione *negotiationis causa*, così non è vietata in generale la cessione *ad demoliendum*, ma soltanto la cessione *ad demoliendum negotiandi causa*. Infatti così è immaginato il caso nel testo del senatoconsulto Hosidiano, quale ci è riferito nella prima parte della tavola Ercolanese, dove il compratore di cui si parla ha comprato l'edificio *negotiationis causa, ut diruendo plus acquireret quam quanti emisset*. E la l. 48 D. de damn. inf. dice assai chiaramente: « *si quis ad demoliendum negotiandi causa vendidisse.... emtor et venditor singuli praetium... praesent* ». L'espressione *negotiationis causa* non deve riferirsi al fatto del venditore, ma al fatto del compratore che vuol demolire. Lo stesso è detto nella l. 52 de contrah. emt. e nella seconda parte della tavola Ercolanese.

(11) È vero che nel senatoconsulto Hosidiano, quale è riferito nella seconda parte della tavola Ercolanese e nella l. 52 de contrah. emt., si incontrano le espressioni: « *neve quis eorum quid emeret venderetve* » — *neve quis negotiationis causa eorum quid emeret venderetve* ». Ma, secondo me, il *quid* è usato nelle dette espressioni in senso di *pars* (porzione). Infatti in questo senso si esprime la l. 48 de damn. inf., che usa appunto la parola *pars* — « *si quis ad demoliendum negotiationis causa vendidisse domum partemve domus fuerit convictus* ». Si confronti anche l'espressione — *aliquas partes earum mutassent*, che ricorre tanto nella prima, quanto nella seconda parte della tavola Ercolanese. Nelle espressioni sopra riferite sono sottintese probabilmente le parole *ad demo-*

Colui che compra o in generale acquista a titolo oneroso un edificio o una parte di esso *ad demoliendum negotiandi causa* è punito con un ammenda pari al doppio del valore, per il quale è stato venduto l'edificio o la parte di esso. Colui che vende o in generale cede a titolo oneroso un edificio *ad demoliendum negotiandi causa*, sapendo cioè che l'acquirente si propone di scioglierlo o diminuirlo a scopo di negoziazione (*dolo malo*) è punito in una maniera indiretta col render nullo di fronte ad esso il contratto di compra e vendita. Così mentre il venditore è sempre tenuto alla tradizione della cosa, il compratore invece può ripetere da lui il prezzo di vendita se l'ha sborsato, o ritenerlo nel caso contrario. Il compratore, che è tenuto di fronte all'erario per il *duplum*, viene a recuperare la metà dell'ammenda, ossia ciascuno dei contraenti viene a sottostare a una multa pari al prezzo della cosa da demolirsi o da detrarsi. In questo modo s'intende perchè la l. 48, D. *damno infecto dica* addirittura — *emtor et venditor singuli pretium quo domus distracta est praestent* — mentre la l. 52, D. *de contrahenda emtione*, d'accordo con gli altri passi delle fonti, afferma che il compratore è tenuto di fronte all'erario per il *duplum* del prezzo d'acquisto « — (*emtor*) *duplum eius quanti emisset in aerarium inferre cogeretur* ». Il *duplum* sborsato dal compratore è costituito per una metà dal prezzo che egli dovrebbe sborsare al venditore, e che non è tenuto a pagare altrimenti, o può recuperare se l'ha di già pagato, e per l'altra metà dalla pena che direttamente lo colpisce (12). Il senatoconsulto ha tenuto respon-

liendum, che si riscontrano nella l. 48 de *damn.* — *neve quis eorum quid negotiandi causa (ad demoliendum) eorum quid emeret venderetve* ». — Nella quale ipotesi il *quid* prende naturalmente il senso di *pars*. Non mi pare possibile che nel caso di compra e vendita di materiali già disciolti dovesse esser punito in modo principale il compratore che non è l'autore della demolizione. E nel caso di compra e vendita di materiali da sciogliersi per l'esecuzione del contratto dal venditore, il compratore non ha a ogni modo eseguita la demolizione, e non par giusto neppur qui che abbia a esser punito lui in modo principale. Il senatoconsulto ha tenuto responsabile per il *duplum* il compratore, perchè è quello che può eseguire lo scioglimento. D'altra opinione è il *Bachofen* o. c. pag. 198, 201, 221.

(12) *Glossa* ad l. 48 de *damn. inf. in v. constitutum est*. Il *Pagenstecher* o. c. I pag. 108 concilia codesta apparente contraddizione nel senso che se il prezzo non era stato sborsato, allora il compratore avrebbe dovuto pagare un'ammenda pari al doppio del prezzo di vendita; se invece il prezzo

sabile per il *duplum* il compratore, perchè è quello che può eseguire la demolizione o la detrazione *negotiandi causa*. Se il ven-

era stato sborsato, allora i singoli contraenti sarebbero stati tenuti per il *duplum*. Ma a una simile interpretazione fa ostacolo la l. 52 D. de contrah. emtione — « *plane si mihi pretium solveris, cum tu duplum aerario debeas repetes a me quod a mea parte irrita facta est venditio* ». Dalla quale apparisce che il compratore deve in ogni caso sborsare il *duplum*. Il **Bachofen** (o. c. pag. 200) ripete anche lui l'osservazione della Glossa che il *duplum* sborsato dal compratore è per una metà costituito dal prezzo che egli dovrebbe pagare al venditore, e che per ciò la pena si divide tra il compratore e il venditore (l. c. pag. 200); ma aggiunge subito che la pena del *duplum* alla fine dei conti è sopportata interamente dal compratore (« *so wird er (der Käufer) um das ganze Duplum ärmer, während der Verkäufer gar keinen Verlust erleidet* »). Perchè, dice il **Bachofen**, il contratto di compra e vendita è nullo *a parte venditoris*, e il venditore non può esser obbligato alla tradizione dell'edificio. Il senato, secondo il **Bachofen** avrebbe creduto meritevole di punizione soltanto il compratore e avrebbe creduto di poter raggiungere meglio lo scopo della legge punendo il compratore soltanto. L'essere il contratto nullo *a parte venditoris* significa, secondo il **Bachofen**, che il venditore nè può essere obbligato alla tradizione, nè può pretendere il prezzo, mentre il compratore, per il quale il contratto continua a sussistere è tenuto per il prezzo di fronte al fisco. E così anche **Dirksen** o. c. pag. 161-2. Secondo il mio modo di vedere tutto ciò è errato. Non è vero che il senato abbia creduto degno di punizione soltanto il compratore e lo mostrano assai chiaramente le parole del senatoconsulto Hosidiano « *cumque non oportere malo exemplo vendere quam emere venditores quoque coercerentur, qui scientes dolo malo intra hanc senatus voluntatem vendidissent placere tales venditiones irrita fieri* » quelle del senatoconsulto Volusiano « *et eius qui vendisset, ut irrita fieret venditio* » e le altre della l. 52 de contrah. emt. « *in eum vero qui vendidisset, ut irrita fieret venditio* ». L'esser il contratto di compra e vendita nullo *a parte venditoris* (*quod a mea parte irrita facta est venditio* l. 52 de contrah. emtione) importa, secondo me, la perdita del diritto al prezzo, ma non il togliimento dell'obbligo di consegnare la cosa. E in questo sta la pena del venditore, che altrimenti non nascerebbe: poichè l'esistenza di una multa speciale *ad arbitrium senatus*, che il **Bachofen** o. c. pag. 202 e il **Dirksen** o. c. pag. 162 suppongono esserci stata contro il venditore non ha fondamento nell'espressione del senatoconsulto Volusiano — *ne quid fraudi multae poenaeque esset Celsillae* — nè in quell'altra del senatoconsulto Hosidiano — *utique de eo nihilominus ad senatus etc.* Se il compratore fosse tenuto a sborsare il prezzo (al fisco) e non avesse diritto ad avere la cosa la compra e vendita sarebbe nulla *a parte emtoris*. L'obbligo della tradizione rimane, come rimane nel caso in cui il venditore non è in dolo. Il compratore poi, che avuto l'edificio lo demolisse effettivamente *negotiandi causa*, va soggetto alla multa che colpisce coloro che demoliscono a scopo di negoziazione.

ditore non è in dolo, la pena del *duplum* è sopportata interamente dal compratore, il quale allora non è esentato dal pagamento del prezzo di compra.

Come fosse punito il demolitore o il detrattore *negotiandi causa* non è detto in nessuno dei passi sopra citati. Anzi è notevole che anche nel senatoconsulto Volusiano, dove è riferita la proibizione di demolire *negotiandi causa* come distinta dall'altra di comprare e vendere *ad demoliendum negotiandi causa*, non è detto nulla in proposito. Se non che sulla fine del senatoconsulto si accenna a due diverse sanzioni, l'una per il caso in cui un edificio vien demolito *negotiandi causa (multa)* l'altra per il caso in cui un edificio vien venduto *ad demoliendum negotiandi causa (poena)* — « *ne quid fraudi multae poenaeque esset Celsillae si ea aedificia de quibus in hoc ordine actum esset aut demolita fuissent aut ea conditione sive se per sive cum agris vendidisset* ». — Alligatoria Celsilla invocava che tanto nel caso che gli edifici fossero abbattuti *negotiandi causa*, quanto nel caso che fossero venduti *ad demoliendum negotiandi causa* le fosse data assicurazione che non avrebbe incorso nella *multa* o nella *poena* comminata in casi simili. *Poena* è l'annullamento della compra e vendita *a parte venditoris*; *multa* è un'ammenda di cui non è specificato il *quantum*, ma che si può supporre fosse eguale al valore della cosa demolita o detratta (13).

Il legato di cose congiunte a un edificio è nullo. Il legatario, cioè, non è tenuto nè alla prestazione della cosa, nè alla prestazione del valore di essa. Si ritiene valido eccezionalmente, e il legatario è tenuto alla prestazione della cosa, se è fatto in favore di un'opera pubblica, purchè non situata in un'altra città. L. 41 §. 5 de leg. I. In certi casi speciali la giurisprudenza romana ha ritenuto che il legato valesse, ma soltanto all'effetto di far conseguire al legatario la stima della cosa legata. Due di questi casi son contemplati nella l. 41 §. 4 leg. I; un terzo nella l. 43 pr. eiusd. tit. — Se alcuno ha legato la casa Semproniana a Tizio e Cajo, e al medesimo Cajo la casa Seiana insieme ad alcuni materiali della prima da servire alla rifazione della casa Seiana, Ulpiano è d'opinione che la detrazione non valga, ma valga il legato all'effetto di ottenere la stima

(13) Intorno alla sanzione del divieto di demolire o detrarre *negotiandi causa* e di comprare e vendere *ad demoliendum negotiandi causa*, il Bachofen ha idee alquanto diverse da quelle esposte da noi. Cf. o. c. pag. 201, 221.

dei materiali. Lo stesso è detto da Ulpiano se vien legata una casa diminuita di certi materiali destinati a rimanere nell'eredità. Se sono state legate delle cose che l'erede sciente o insciente ha congiunte a un edificio, il legato non si estingue, ma anche qui soltanto all'effetto della prestazione della stima. In tutti e tre i casi ora ricordati, in cui l'erede è tenuto soltanto alla prestazione della stima, l'esibizione della cosa allo scopo di liberarsi dal pagamento di quella, fa incorrere nella pena minacciata dal senatoconsulto Hosidiano. Infatti, quantunque l'erede abbia detratto *non ut vendat, sed ut exsolvat*, ha sempre detratto *negotiationis causa*, perchè egli non era tenuto alla detrazione, ma al pagamento della stima.

Le proibizioni contenute nel senatoconsulto Hosidiano, e probabilmente anche le altre posteriori che ho ricordate, riguardano gli edifici ancora abitabili. Se un edificio è in tale stato da non poter più servire ad alcun uso, com'era quello di Alliatoria Celsilla, può essere demolito *negotiationis causa*, o venduto e acquistato *ad demoliendum negotiationis causa*, e i materiali possano esser lasciati in legato.

Il senatoconsulto Hosidiano e la legislazione posteriore non proibivano di detrarre materiali per trasportarli da una casa a una altra del medesimo proprietario, come abbiamo veduto. Ma in seguito una costituzione di Costantino proibì di trasportare in campagna le statue e le colonne che adornano la città, fossero o no congiunte a edifici (14); e un'altra di Giuliano proibì di trasportarle da provincia a provincia (15).

III.

Scopo e natura della legge de tigno juncto e delle altre disposizioni ricordate. Il principio ne urbs ruinis deformetur. Se la legge de tigno juncto sia di ordine pubblico. — Se il possessore dell'edificio possa disciogliere e restituire il tignum. Contratto diretto allo scioglimento.

La legge delle XII tavole de tigno juncto non doveva, io credo, contenere espressioni che ne chiarissero lo scopo e la natura. Nel modo

(14) Cost. 6. de aed. pr. 8. 10.

(15) Cost. 7. de aed. pr. 8. 10.

di vedere della giurisprudenza essa mirava alla conservazione degli edifici e delle vigne.

— « *ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur* » (l. 1. D. de tigno juncto — *ne aedificia rescindi necesse sit* Ist. §. 29 de rer. div.).

Ma in questo proposito si presentano varie domande tutte connesse fra loro: la legge de tigno juncto mirava alla conservazione degli edifici e delle vigne specialmente nell'interesse dei proprietari o specialmente nell'interesse di tutti i cittadini sia per vedute di estetica edilizia, sia per vedute di pubblica economia? La legge de tigno juncto è perciò legge di ordine privato o di ordine pubblico? E il possessore dell'edificio o della vigna ha facoltà di sciogliere ed esibire il tignum? E i privati possono fare oggetto di contrattazione lo scioglimento del tignum, e render priva di effetti la disposizione delle XII tavole? (1).

Alcuni Glossatori negavano che il convenuto con l'actio de tigno juncto (2) potesse sciogliere e restituire il tignum, appunto perchè la proibizione delle XII tavole era di ordine pubblico, e mirava ad impedire che distrutti gli edifici costruiti con materiali altrui, la città fosse deturpata con ruine. Altri però erano di contraria opinione.

— Glossa ad §. 29 Ist. de rer. div. v. *cum in suo*

« Hoc ideo statutum fuit in lege XII tabularum, ne sit necessarium aedificia ex aliena materia constructa rescindi et urbem ruinis deformari ».

— Glossa ad e. l. in v. *de tigno juncto*.

« sed quid si velit magis rem reddere et eximere quam duplum praestare? Respondeo, non auditur, quia propter publicam utilitatem hoc fuit statutum (l. *praeter* de operis nov. nunt. l. *caetera* §. si duobus de leg. 1^o).

— Glossa ad l. 23 §. 6 de rei vind. in v. *descendi*.

« Item quid si timore poenae dupli velit eximere is qui injunxit? Resp. non est audiendus, quia non sui favore est hoc statu-

(1) Arndts-Serafini Pand. 3^a ed. §. 152 nota 1. no. 4 f.

(2) Si noti che io ho posta la quistione in questi termini — *se il possessore dell'edificio potrebbe volendo sciogliere e restituire il tignum* — prescindendo dalla persona convenuta con l'actio de tigno juncto; mentre, e mi preme notarlo fin d'ora, gli scrittori confondono insieme il convenuto con l'actio de tigno juncto, il possessore dell'edificio e il congiungitore del tignum.

» tum, sed propter publicam utilitatem: et hoc in mala fide injun-
» gente; bonae fidei auditur secundum quosdam (3) sed contra
» videtur j. l. coetera §. si duobus leg. 1°.

L'opinione che sembra fosse prevalente tra i Glossatori è stata in seguito accolta da moltissimi scrittori, anche recenti. Citerò fra gli antichi:

— Il **Fabro** (4). « Illud etiam male Accursius: audiendum bonae
» fidei possessorem si velit eximere tignum, ut se liberet ab actione
» de tigno juncto Respexit enim l. XII tab. hac parte ut et
» in caeteris fere omnibus ad favorem rei publicae ».

— Il **Voet** (5); secondo il quale il congiuntore di buona o di mala fede non avrebbe facoltà di sciogliere e restituire il tignum, tutte le volte che lo scioglimento venisse a cagionare in tutto o in parte la rovina dell'edificio « *atque ita deteriorem efficeret publi-*
» *cum urbis adspectum*; eo quod tunc lex XII tab. non permittit
» tignum solvi, non in gratiam tantum eius qui junxit, sed et vel
» maxime *in publicam utilitatem* ». Il Voet cita in proposito la l. 43. de leg. I, dove l'erede che ha congiunta la cosa legata all'edificio è tenuto con la pena minacciata dal senatoconsulto di Aviola e Pansa, se scioglie e restituisce. Se però « *nulla publico adspectui deformatio ex tigni rescissione immineat* » allora il congiuntore ha facoltà di sciogliere e restituire.

(3) **Haenell**. *Dissent. dominorum* pag. 173. *An ei qui aliena tigna cum suis coniunxit optio detur utrum tigno ex aedificio eximere, an pretium eorum restituere velit.* — « De isto iniunctor requiritur: si vult bonae fidei iniunctor
» eximere tignum vel praestare an possit? Respondent, videtur, quod possit
» propter verba legis. *Ne... cogatur* etc. Bene datur intelligi quod potest si
» vult. Sed in contrarium (*intendi, il congiuntore di mala fede*) responderetur
» quod etiam volens eximere et praestare non audietur, quia non tenetur
» ad tigni praestationem, sed ad eius aestimationem duplam tenetur de tigno
» juncto et conditione furtiva, et furti et ad exhibendum actione, non quidem,
» ut exhibeat, sed quia dolo malo fecit quominus possideret. Si una fuerit actor
» (actus) altera evanescit, ubi eatenus plus est in ea; nisi fuerit furti, tunc enim
» nihilominus agetur ceteris, quia furti actio poenam dumtaxat continet, et extra
» poenam est et rei persecutio ». — Questi Glossatori accordavano in generale, lo scioglimento del tignum, ma credevano che soltanto il congiuntore di buona fede si liberasse dall'actio de tigno juncto con l'esibizione di esso. La questione sotto codesto rapporto sarà trattata più innanzi.

(4) *Rationalia in Pand.* ad l. 23 §. 6 D. de rei vind. 6. 1. in v. *visi adversus eum qui sciens.*

(5) *Comment. ad Pand.* 47 2 §. 2.

— E specialmente l'**Hunnio** (6) che ha tentato anche di confutare le argomentazioni in contrario del Donello. Uno degli argomenti coi quali l'**Hunnio** intende dimostrare che alla quistione da lui proposta devesi rispondere negativamente è il seguente:

« Accedit his quod quae ob publicam utilitatem sunt inducta » illis non possit a privatis renunciare. Ad publicam utilitatem spectat » ne aedificia diruantur, ac per hoc adspectus civitatis deformetur (7) ».

I moderni toccano molto raramente questa quistione; nondimeno si può citare il **Sell** (8), secondo il quale la proibizione delle XII tavole nata *unicamente* (lediglich) dal pubblico interesse (*ne ruinis urbs deformetur*) consta di due parti: prima di tutto e principalmente il proprietario di un edificio non può sotto nessun pretesto distruggerlo: in secondo luogo (e soltanto come conseguenza del principio ora detto, che contrasta naturalmente col diritto di rivendicare che spetta al proprietario del tignum) è vietata la rei vindicatio dalle cose congiunte a un edificio. Infatti nella l. 1 de tigno juncto è detto: « neque solvere permittit tignum... neque » vindicare »: nella l. 6. ad exhibendum è detto: « quia lex XII » tab. solvi vetaret »: nella l. 98 §. ult. de solut. « sed interim id » solvi prohibuit »: e in Festo (l. c.) « tignum junctum.... ne » solvito ».

Queste espressioni secondo il **Sell**, come secondo l'**Hunnio** e gli scrittori citati, dimostrano che la legge delle XII tavole vietava in generale la dissoluzione degli edifici, e per conseguenza tanto la rei vindicatio del tignum congiunto a un edificio, quanto la spontanea restituzione di esso.

L'opinione contraria, oltre che da alcuni Glossatori, è stata sostenuta da molti altri scrittori antichi e moderni.

(6) *Var. resolut.* II tract. II quaest. 21 pag. 267. — « An si malit possessor tignum eximere ac domino restituere quam duplum praestare id ei per legem XII tab. liceat ».

(7) Vedasi anche: **Heineccio** *Notae ad Vinni Inst.* II. 1 §. 29. — « Et » ratio ne urbs ruinis deformetur vel aedificia dissolvantur non admittit, ut » dicamus in arbitrio esse jungentis tignum eximere, an duplum solvere malit » **Hillighero** *Notae ad Donelli Comm.* lib. IV cap. 33 nota 3. — **Zoesius** *Comm.* in Dig. 47. 3. — **Thomasius** *Additiones* in Huberi *Inst.* II. 1 §. 29).

(8) **K. Sell** *Roemische Lehre des Eigenthums* pag. 142-3 in nota.

Secondo il Donello (9) la legge delle XII tavole provvede *et damno aedificantium et deformationi urbis* (10). Se fosse lecita la rei vindicatio del tignum congiunto — « existent facile passim » qui tignum suum alienis aedibus junctum dicant et aedificia » rescindant, *ut sic publicus deformetur adspectus*. Quod et ipsum » publice inutile et cavendum esse recte visum est — l. 2 C. de aedif. priv. (11). — Nondimeno il riguardo al decoro pubblico fu piuttosto la causa occasionale che spinse alla legge che lo scopo unico di essa. « Atque ut quis dicat in hac re etiam publici » decoris et ornamenti rationem habitam fuisse, quod negari non » potest, tamen illud tenendum erit, fuisse hanc causam quae legem » moveret non finem aut propositum unicum legis » (12). Altrimenti osserva il Donello, non sarebbe mai lecito ai cittadini di demolire i propri edifici e quindi di esibirne i materiali, il che è falso. Impe- rocchè non è proibito di demolire se non in certi determinati casi (l. 2. C. de aedif. priv. — l. 41 §. 1 D. de leg. 1°). — Il Donello nota anche alcune espressioni delle fonti che stanno in appoggio della sua opinione. Principalmente le parole di Gaio nella legge 7 §. 10 de acq. rer. dom. riferite anche nel §. 29 Ist. de rer. div. « propter » legem XII tab. qua cavetur ne quis tignum alienum aedibus suis » junctum eximere *cogatur* ». Quando si dice, come ha detto Gaio, che alcuno non può esser costretto a fare una cosa, significa che esso può farla, se vuole. E nel dar ragione della proibizione le Istituzioni (l. c.) dicono: « quod ideo provisum est ne aedificia rescindi » *necesse sit* » — e non già: « ne aedificia *rescindantur* » (13). Potrebbero replicare gli avversari che da quelle parole non è lecito argomentare *a contrariis* quando si hanno esplicite dichiarazioni delle fonti che vi contrastano: e nelle fonti è detto esplicitamente che la proibizione delle XII tavole era formulata in generale così: *tignum ne solvito* (14). Ma il Donello interpreta le espressioni

(9) *Comm. Iuris Civilis*. lib. IV cap. 33.

(10) l. c. §. 8.

(11) l. c. §. 8.

(12) l. c. §. 14.

(13) l. c. §. 9.

(14) **Thomasio** l. c. « Quamvis ergo quandoque in legibus dicatur *non cogi aedificatorem tignum eximere*, inde tamen non concludere licebit, ergo, » si velit, potest, quippe argumenta a contrario sensu contra alios textus expressos non procedunt ». V. anche **Hilighero** o. c. nota 2.

tignum ne solvito — lex tignum solvi vetat — lex non permittit tignum solvere — come se si riferissero, invece che al convenuto, all'attore, cioè al proprietario del tignum. È al proprietario del tignum che la legge delle XII tavole ha fatto divieto di sciogliere, sia di privata autorità, sia servendosi dell'*actio ad exhibendum*, per mezzo dell'autorità del giudice (15).

La medesima opinione è sostenuta dal **Vinnio** (16) che aggiunge: « unde fortassis non improbabiliter defendi possit, eumdem » fuisse scopum legis XII tab. qui fuit Senatusconsulti, quo cautum » est, nec ea, quae aedibus juncta legare liceat, neve negotiandi » causa aedificia demoliri, aut marmora, columnas aliave tigna de- » trahere (e cita le leggi che ho riferite al paragrafo II) non alia » de causa, quam ut ne integris aedificiis depositis, publicus defor- » metur adspectus; ac proinde quemadmodum in Senatusconsultum » non incidit qui aliquid detrahit citra metum ruinae, ita nec of- » fendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, ti- » gnum eximere malit, modo id faciat sine periculo ruinae ».

L'**Hubero** (17) ripete anche lui che la proibizione delle XII tavole è stata emanata *ne ruinae adspectum urbis corrumpant* (18)

(15) A che osserva l'**Hunnio** (l. c. pag. 268): « Verum tamen praeterquam » quod in mera conjectura haec responsio consistat proprie ac latine non dici- » tur tignum solvi, quando reus qui illud debet, sed actor cui debetur tignum » eximit. A propria autem significatione verbi in dubio non praesumitur legi- » slator recedere voluisse. Et quamquam actor quandoque dicatur condemnare: » eo quod agendo efficiat quo reus condemnatur, inde tamen non sequitur quod » recte etiam actor dicatur solvere. Et licet uno in loco aliquando a propria » vocis significatione recedatur, inde tamen non sequitur quod idem alio in loco » accidat, cum, ut dictum, pro vocis proprietate sempre militet praesumptio ».

(16) *Comm. in Inst.* II. 1 §. 29 in v. *sed duplum pro eo praestet* n. 3.

(17) *Praelectiones I. C.* II. 1 §. 29.

(18) In generale è accolto da tutti gli antichi che la proibizione delle XII tavole riposi sul principio *ne urbs ruinis deformetur*; e l'accennano sempre anche quando non si pronunziano sulle altre questioni del presente paragrafo. **Hottomanno**, *Comm. in Inst.* §. 29 de rer. div. II. 1 in v. *sed tantisper*. **Baldino**, *Comm. in leg. XII tab. XXVII (Jurisp. Attica et romana a I. G. Heineccio ed. Vol. 1)*. « Fuit igitur et Decemviris curae, decora civitatis facies; » noluerunt aedificiorum ruinis deformari publicum adspectum ». — **Cuiacio**, *Comm.* in tit. de contrah. emt. ad l. 52 ed. Prati vol. 7 col. 1142. « Nilitur » hoc Senatusconsultum (il Senatoconsulto di Aviola e Pansa) ratione quadam » l. duodecim tabularum quae vetat ne quis tignum domibus injunctum solvat, » ne ruina aedificiorum decorum urbis adspectum corrumpat ».

e che è stata diretta contro il proprietario del *tignum*. E le espressioni — *ne cogatur eximere ne aedificia rescindi necesse sit* — sebbene non vengano necessariamente a riconoscere nel convenuto la facoltà di sciogliere e di esibire il *tignum* nondimeno « ubi nullae » sunt rationes in contrarium a naturali significatione verborum, » quae facultatem supponit non est recedendum » (19).

Fra i moderni sostenitori della teorica del Donello si può citare il **Pagenstecher** (20) e il **Puchta** (21), secondo i quali la legge delle XII tavole ha proibito soltanto che il *tignum junctum* sia *in actione*, non già *in solutione*, onde il convenuto può sempre esibirlo. E l'uno e l'altro assegnano come fondamento alla proibizione il principio — *ne urbs ruinis deformatur* — (22). La controversia è stata ripresa in esame con una certa diffusione da un recente scrittore, lo **Zaun** (23). Non si può negare, dice lo Zaun, che la legge delle XII tavole abbia avuto riguardo al bello esteriore dei fabbricati e della città (24); ma non riposa in questo il fondamento e scopo unico della legge. Se fosse così, bisognerebbe sostenere — *nunquam licere civibus aedificia sua demoliri et inde tignum eximere*: il che è falso, essendo proibito di demolire soltanto in certi casi, pei quali la proibizione

(19) V. anche **Majansio**, o. c. §. 5. — **Harrprecht**, *Comm. in Inst.* II. 1 §. 29 n. 25.

(20) O. c. I pag. 101.

(21) O. c. pag. 396.

(22) Anche l'**Huschke** o. c. pag. 25 dice che la proibizione della legge delle XII tavole per ciò che riguarda gli edifici riposa sopra il principio *ne urbs ruinis deformatur*. Egualmente: **Boecking** (*Pand.* I §. 81 nota 5) che ponendo insieme le disposizioni della legge delle XII tav. de tigno juncto e quella del senatoconsulto di Aviola e Pansa e dell'editto di Vespasiano le designa come limitazioni positive di polizia edilizia al diritto di proprietà (*positive haupoliceiliche Beschränkung*). V. anche o. c. II §. 140 e n. 5. — **Schrader**, *Comm. in Inst.* II. 1 §. 29 in v. *eximere negatur*. — **Bechmann**, *Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession* pag. 46 e in nota 1. — **Westphal**, *Eigentum und Verjährung* §. 438. — **Ihering**, *Esprit du Droit Romain* trad. par C. de Meulenaere Paris 1878 vol. III pag. 63. — **Waechter**, *Pand.* §. 133 Beil. III e nel Dizionario del **Weiske** I pag. 27 nota 63. — Intorno alla quistione se il convenuto con l'actio de tigno juncto potesse sciogliere e restituire (e liberarsi) l'**Huschke** l. c. nota 25 dubita che i giureconsulti romani, come i Glossatori, dissentissero.

(23) *Archiv für civil. Praxis* Vol. 43 pag. 211 e segg.

(24) O. c. pag. 304.

deriva da leggi assai posteriori a quella delle XII tavole. Quanto poco corrisponda l'opinione contraria allo stato del diritto presso i Romani, si può rilevarlo dal fatto che il proprietario del fabbricato poteva esser costretto dal possessore convenuto con la rei vindicatio a lasciarsi distruggere l'edificio, se non venivano rimborsate certe spese incontrate dal possessore. Lo Zaun conclude col dire che la disposizione delle XII tavole de tigno juncto come *jus dispositivum* può esser sottoposta al capriccio di private contrattazioni, e cita e biasima un giudicato dei tribunali tedeschi, in cui, secondo lo Zaun, fu stabilito il contrario. Un legnaiolo aveva fabbricato per un Tizio di Cassel un *Kegelhaus* (sorta di pallaio). Non essendo Tizio in grado di pagarlo fu stabilito che il pallaio sarebbe stato messo a posto, rimanendo salvo il diritto di proprietà del legnaiolo, fino a tanto che il prezzo non fosse sborsato. Più tardi, quando il pallaio fu messo a posto, la dichiarazione di riservato dominio venne rinnovata con l'aggiunta che il legnaiolo in caso di non eseguito pagamento avrebbe potuto riprendere il *Kegelhaus*. Accadde che il giardino di Tizio, in cui era stata fatta la costruzione, a cagione di un creditore ipotecario passò in altre mani. Il legnaiolo non pagato avrebbe voluto in forza del contratto riprendersi il *Kegelhaus*, ma il nuovo proprietario si oppose. Agitatosi la causa presso il tribunale di Cassel, le pretese del legnaiolo furono respinte, e furono respinte presso un altro tribunale a cui il legnaiolo aveva appellato. Il tribunale d'appello addusse come motivo della decisione che la disposizione del diritto romano, per la quale il proprietario dei materiali congiunti a un edificio è impedito dal poterli separare in confronto del proprietario dell'edificio è una norma giuridica che riposa sul pubblico interesse, e non può essere in alcun modo infirmata per un accordo dei due proprietari dell'edificio e dei materiali. La causa, dice lo Zaun (25), non fu portata per mancanza di mezzi al tribunale Superiore, che forse l'avrebbe decisa in modo diverso.

IV.

Nostra opinione intorno alle suddette questioni.

Quantunque sia ammesso da tutti gli scrittori (1) anche da

(25) O. c. pag. 309.

(1) Non ne ho trovato che uno, il quale neghi in qualche modo che la legge de tigno juncto abbia relazione col principio *ne urbs ruinis deformetur*.

coloro i quali accordano al possessore dell' edificio la facoltà di sciogliere e restituire il tignum, che la proibizione delle XII tavole si fonda sopra motivi di estetica edilizia, ossia sopra il principio — *ne urbs ruinis deformatur* — io credo nondimeno che questi motivi e questo principio siano affatto estranei alla disposizione de tigno juncto. Prima di tutto noterò che la frase *ne urbs ruinis deformatur* si riscontra non già nei passi che riguardano la legge de tigno juncto, ma in altri che riferiscono certe disposizioni dovute all' editto del pretore e affatto distinte (2). Non si deve confondere, come fanno quasi tutti gli scrittori citati, codeste disposizioni, nè le altre dell' epoca imperiale, con quella delle XII tavole, perchè si tratta di disposizioni emanate in tempi diversi e sotto l' influsso di bisogni diversi. Per determinare quale fosse lo scopo e la natura della legge de tigno juncto non è già da riportarsi alle condizioni in cui la città di Roma venne a trovarsi nell' epoca più fiorente della Repubblica o sotto l' Impero, ma bensì a quelle in cui si trovava poco tempo dopo la sua fondazione. Giacchè, sebbene la legislazione delle XII tavole sia stata composta nell' anno 303-4 di Roma, si deve ritenere (tale è almeno la più accolta opinione) che i principj giuridici in essa contenuti fossero in generale, già innanzi, diritto consuetudinario del popolo romano. Così è molto probabile che anche la prescrizione della legge de tigno juncto fosse principio giuridico vigente in Roma prima del cominciare del quarto secolo (3). La città di Roma ai suoi primordi non era altro che un mucchio di capanne, nè fino alla metà del secondo secolo è sorta in essa alcuna solida costruzione (4). E anche quando poco più tardi Roma si abbellì di alcune mirabili costruzioni pubbliche, e civili e religiose, di cui ri-

Wesembecio, *Comm. in Inst.* II. 1 §. 24 in v. *provisum*. « Vera est ratio » non illa ne deformatur ruinis publicus aspectus urbis. Nam diruere tali casu » hoc est ex justa causa et ad diruendum agere licet (l. 37 D. de rei vind.) et » haec prohibitio pertinet etiam ad villas et aedificia quoque rustica, quae non » ob deformitatem, sed propter opera rustica non rescindi etiam publice licet : » eoque lex XII tab. non modo de tigno aedibus juncto, sed etiam de injuncto » vineis agit, et tamen in hoc cessare rationem certum est ».

(2) L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ.

(3) Cf. **Puchta** o. c. pag. 396.

(4) V. specialmente: **Mommsen**, *Hist. Rom.* trad. par de Guerle. Paris 1882 cap. XV. — **Pantaleoni**, *Storia di Roma* I pag. 57, 127, 136.

mangono gli avanzi tuttavia, non è a credere che in fatto di costruzioni private si facesse nulla di simile. Malgrado quelle costruzioni, Roma rimase per molto tempo ancora un ammasso di capanne, e perciò non si può neanche supporre che vi fossero in quell'epoca delle preoccupazioni per l'aspetto più o meno bello della città. Fu in seguito alle conquiste che la città venne ad abbellirsi di numerosi edifici tanto pubblici quanto privati, e che sorsero le idee di estetica edilizia, di cui sono espressione la l. 2 §. 17 e la l. 7 D. *ne quid in loco pub.* (5).

La legge delle XII tavole non poteva così aver altro scopo che quello di proteggere le vigne e le costruzioni, qualunque fossero nei tempi in cui essa invalse, di fronte alla necessità di doverle guastare o abbattere quando il proprietario del tignum facesse valere il proprio diritto: e la protezione non poteva esser fondata che sopra l'interesse dei possessori di esse. La legge era per conseguenza legge di ordine privato, nè vietava lo scioglimento e la esibizione volontaria, neppure se fosse stato per derivarne un danno all'edificio o alla vigna (6). Tant'è vero, che quando nell'epoca imperiale si vollero impedire le dissoluzioni degli edifici furono necessarie delle speciali disposizioni; e, come osserva il Donello, anche nell'epoca imperiale la dissoluzione non fu vietata che in certi determinati casi

Anche il cosiddetto *jus tollendi* (7) come osserva benissimo lo Zaun, dimostra che la disposizione delle XII tavole non vietava assolutamente lo scioglimento degli edifici. L'*jus tollendi* si con-

(5) Non è per conseguenza neppur proponibile la quistione proposta dalla Glossa ad l. 23 §. 6 D. *de rei vind.* in v. *descendit*: « Idem solet quaeri an » idem sit in villa, scilicet in rure facta, quod in aedificio in civitate: arg. » quod non; ut j. *ne quid in loco pub.* l. fina. — Sed contra propter huius » legis generalia verba ut . . . secundum Azo ».

(6) Il Voet, il Majansio ed altri che accordano la facoltà di sciogliere ed esibire il tignum, la limitano nel senso che lo scioglimento non deve produrre un grave danno o la ruina dell'edificio. Questa limitazione non è nello spirito della legge delle XII tavole. Certo, nell'epoca imperiale, come era vietato di demolire un edificio, se ne fosse stato deturpato l'aspetto della città, così doveva esser proibita l'esibizione del tignum, quando avesse condotto alle medesime conseguenze.

(7) L. 27 §. 5, l. 37, 38 D. *de rei vind.* 6. 1. — Cost. 5 *de rei vind.* 3. 32.

iglia benissimo (8) con la legge *de tigno juncto*, ritenendo che essa sia legge d'ordine privato, ma non si può conciliare affatto, se si ritiene che la legge *de tigno juncto* sia d'ordine pubblico. Il proprietario del fondo a cui spetta l'obbligo di rimborsare le spese di edificazione, rifiutando di rimborsarle, viene a dare implicitamente il suo consenso allo scioglimento dell'edificio; è come se egli stesso sciogliesse ed esibisse i materiali. L'*jus tollendi* si concilia benissimo anche con le disposizioni dell'epoca imperiale. È vero che nelle leggi 41 §. 14 e 42, 43 pr. D. de leg. I è vietato all'erede, tenuto per legato alla prestazione di cose che egli dopo la morte del testatore congiunse a un edificio, di scioglierle e di esibirle, quantunque lo faccia *non ut vendat, sed ut exsolvat*. Ma in questo caso l'erede che era tenuto soltanto alla stima dell'oggetto legato, ha esibito cose *proprie* invece di darne la stima, e si può dire che egli ne ha realizzato il valore, estremo necessario e sufficiente per incorrere nelle pene del senatoconsulto: nel caso invece dell'*jus tollendi* il concedente viene soltanto a restituire cose *non sue* al vero proprietario (9).

Infine, se si riflette che la disposizione *de tigno juncto* riguarda non solo gli edifici, ma anche le vigne apparirà anche più chiaro che essa dovette essere legge di ordine privato. Perché non è detto in alcun luogo delle fonti che fosse vietato ai proprietari di distruggere le viti di un campo o di una vigna, onde sarebbe strano che la legge avesse proibito ai medesimi di scioglierne i pali. E del resto il divieto fatto al proprietario di distruggere le viti di un campo o di una vigna sarebbe stato tanto dannoso agli interessi generali dell'agricoltura, quanto poco vantaggioso a quelli particolari della coltura della vigna.

Per ciò che riguarda le espressioni delle fonti, sulle quali si fondano specialmente il Sell, l'Hunnio e gli altri scrittori citati, per sostenere che la proibizione della legge delle XII tavole, impediva al proprietario medesimo dell'edificio o della vigna di scio-

(8) Probabilmente anche il Pernice, *M. A. Labeo* II pag. 176 deve aver creduto che la legge *de tigno juncto* sia d'ordine pubblico, perchè non sa vedere come l'*jus tollendi* si concilia coi principii che hanno motivata quella disposizione. « Es ist endlich ganz unklar, wie das von Proculus anerkannte *jus tollendi* bezüglich des Eingebauten sich mit den Principien vertrag aus denen die Rechtssätze über das *tignum junctum* hervorgiengen ».

(9) Cf. l. 43 §. 1 D. leg. I. — L. 45 D. de don. inter v. et u.

gliere il tignum, non importa ricorrere alla spiegazione artificiosa del Donello, perchè esse non forniscano un argomento contrario alla nostra opinione. Il divieto delle XII tavole era veramente concepito in forma imperativa e generale come si ricava da Festo — *tignum... ne solvito*; da cui poi son venute le espressioni dei giureconsulti — *lex XII tab. neque solvere permittit* — *lex XII tab. solvi vetaret* — *interim id solvi prohibuit*. — Ma come osserva lo Schoell (10) nella legislazione delle XII tav. è continuo, e senza eccezione costante, l'uso dell'imperativo anche per quello che essa intende di permettere, piuttosto che di ingiungere.

Noi possiamo dunque con sicurezza che la legge de tigno juncto è legge d'ordine privato intesa a proteggere le costruzioni e le vigne contro i guasti che avrebbe potuto arrecare la rei vindicatio dei materiali ad esse congiunti. La legge de tigno juncto costituisce una vera e propria limitazione interna al diritto di proprietà, e rappresenta uno dei primi passi fatti nella via di temperare la rigidità e l'assolutezza del dominio romano. Onde si vede che è affatto infondato il negare come fanno alcuni (11) ogni carattere di socialità al dominio romano, non che nella forma che ritiene oggidì dopo parecchi secoli di graduato svolgimento nell'affermazione di codesto carattere, neppure nella forma che ricevette dalla legislazione delle XII tavole.

Le disposizioni dell'epoca imperiale invece rappresentano in generale gli sforzi fatti da alcuni imperatori coadiuvati dal senato per impedire che le costruzioni, massime delle città, che avevano tanto sofferto per le guerre civili patissero maggiore ingiuria dall'avarizia e dall'inconsideratezza dei privati (12). Soltanto la disposizione per cui non si può abbattere interamente un edificio quando ne rimanga deturpato l'aspetto della città (C. 2 de priv. aedif.) e che probabilmente non è dell'epoca imperiale (13) è fondata sopra motivi di estetica edilizia. E questa e le altre hanno veramente il carattere di disposizioni di ordine pubblico.

Ripigliamo ora a esaminare la fattispecie proposta dallo Zaun.

(10) *Legis XII tabularum Reliquiae*. Lipsiae 1866 pag. 79.

(11) *Laveleye, De la propriété et des ses formes primitives*. Paris 1874.

Prefaz.

(12) *G. L. Funke*, o. c. pag. 95.

(13) Arg. l. 2 §. 17 l. 7 ne quid in loco pub.

Poichè la legge de tigno juncto è legge di ordine privato, e non vieta lo scioglimento volontario del tignum, è certo che una speciale obbligazione assunta dal proprietario dell'edificio di sciogliere ed esibire alcuni materiali è legalmente valida, e l'adempimento della medesima non fa incorrere in nessuna pena (14). Non per questo la legge de tigno juncto rimane assolutamente priva di effetto giuridico, perchè il proprietario dei materiali può valersi dell'*jus ad rem* acquistato col contratto di scioglimento, ma non già del suo *jus in re*, nè contro il proprietario dell'edificio, nè (ed è ciò che importa) contro i terzi. Io non dubito per ciò di affermare che nel caso pratico riferito dallo Zaun, se il *Kegethaus* rientra veramente nella sfera d'azione della legge de tigno juncto, la sentenza dei tribunali di Cassel, dal punto di vista del diritto romano, sebbene motivata in un modo erroneo, fu giusta, perchè venne ad impedire che si agisse per il tignum junctum contro il proprietario di un edificio, che si rifiutava di scioglierlo, e che a scioglierlo non si era obbligato. Rimarrà però al proprietario del tignum, *che abbia dato il suo consenso al congiungimento*, come nel caso del legnaiolo di Cassel, la facoltà di intentare (non importa contro chi) l'actio de tigno juncto? Ritornerò sopra questo punto in seguito.

V.

Sfera d'azione della legge de tigno juncto. Differenze tra i giureconsulti romani.

Stando alla letterale espressione della legge de tigno juncto la proibizione di scioglimento si riferiva soltanto ad un oggetto o ad una classe di oggetti determinata, cioè al *tignum* (1) parola che

(14) Per il diritto dell'epoca imperiale, dopo il senatoconsulto Hosidiano, bisognerebbe distinguere se i materiali sono del concedente o del concessionario, e se il contratto di scioglimento è a titolo oneroso o gratuito. Se i materiali sono del concedente e la convenzione è a titolo oneroso, lo scioglimento fa incorrere nella multa del senatoconsulto.

(1) Secondo **Ulpiano** (l. 1 D. de tigno juncto) *tigna dicta sunt a tegendo*; etimologia che trovo accolta dal **Cuiacio** ad l. 67 in tit. ad exhib. D.

significa propriamente (cf. *tigellum*) *trave, asse* (legno lavorato) (2) e anche *palo, pertica* (legno non lavorato) (3).

Come si rileva però dalle leggi sopra citate, i giureconsulti romani comprendevano nella proibizione di scioglimento *omnem materiam* (4) *omnem materiam ex qua aedificium constet vineaeque necessaria ceteraque si aedificio sunt utilia* (5) *omnis materia (omnes materiae) ex qua aedificia fiunt* (6) *omne genus materiae ex qua aedificia constant* (7) *omnis materia per quam aedificari solet* (8).

È proibita dunque la rei vindicatio non solo delle travi, delle

10. 4 ed. Prati vol. VII pag. 976; dal **Pagenstecher** o. c. pag. 99 (confronta, egli dice, *lignum* da *legere*). — Il **Mommsen**, *Corpus I. C.* Berolini. 1880 ritiene siano da togliersi le parole *tigna enim a tegendo dicta sunt*.

(2) Il **Cuiacio** fissa questo significato ristretto della parola *tignum* argomentando dalle parole di **Ulpiano** nella l. 1 de tigno juncto — *Sed et vinei tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur utputa perticae, pedamenta* — che sembrano indicare come un'estensione della lettera della legge l'aver compreso nella sfera di essa le *perticae* e i *pedamenta* — « Ait lex *tignum*, quam vocem porrigendam esse longius vel lege ipsa monstrat, quae sub ea appellatione comprehendit ea quae vineis junguntur, veluti *palos, perticas, pedamenta*: proprie *tigna* sunt in contignationibus l. malum 242 §. 1 de V. S. ». (Comm. ad l. 67 in tit. ad exhib. D. 10. 4 ed. Prati vol. 7 colonna 976). — Cf. l. 168 D. de V. S. e la frase *tigna dolare* della l. 235 §. 1 D. de V. S. — Ma io credo che *tignum* nel suo significato primitivo comprendesse anche la *perticae* (i pali) e che la distinzione fra *tigna* e *perticae* non sia forse esatta che nel modo di vedere dell'epoca di Ulpiano.

(3) La parola *tignum* nel suo vero e proprio significato ricorre spessissimo anche nelle Pandette. Per esempio, la l. 41 §. 9 D. leg. I distingue i *tigna* dalle *tegulae* e dagli *ostia*, quantunque le tegole e le porte sian comprese dalla giurisprudenza nella disposizione de tigno juncto. V. anche l. 13 D. de act. emti et venditi 19. 1 — l. 36 D. de servit. praed. urb. 8. 2 — l. 7 §. 2 D. de except. rei jud. 44. 2 e altre molte. Sebbene nella *servitus tigni immittendi* gli scrittori siano soliti di estendere il significato della parola *tignum* in quel modo che fu esteso dalla giurisprudenza romana nella legge de tigno juncto, nondimeno anche per essa apparisce ciò che significhi veramente la parola *tignum*.

(4) L. 7 pr. D. ad exhibendum.

(5) L. 1 D. de tigno juncto.

(6) §. 29 Ist. de rerum divisione, l. 7 §. 10 D. de acquir. rer. dom.

(7) L. 62 D. de V. S.

(8) **Teofilo**, *Paraphr.* II. 1 §. 29 trad. di G. C. Reitz. Haguae Comit. 1751.

assi e dei pali congiunti a un edificio o a una vigna, ma anche, come dichiara Ulpiano nella l. 1 de tigno juncto, delle tegole, delle pietre, dei mattoni, etc. (*tegulae, lapides, textae*); insomma di tutto ciò che è congiunto a un edificio o a una vigna e gli torna, come dice lo stesso Ulpiano, o utile o necessario.

Una sfera d'azione tanta vasta accordata alla legge de tigno juncto dobbiamo noi attribuirle ad una interpretazione estensiva della giurisprudenza o dobbiamo crederla già contenuta nella parola *tignum* usata dal legislatore delle XII tavole? In altri termini; è il legislatore delle XII tavole che, servendosi della parola *tignum*, intendeva di riferirsi anche alle tegole, alle pietre e ai mattoni, o è la giurisprudenza che in quella parola per una analogia giuridica venne a comprendere anche i suddetti materiali, sebbene il legislatore non intendesse riferirsi a codesti materiali, nè la parola *tignum* li indichi veramente? Non potrebbe darsi che il legislatore avesse inteso di indicare tutti i materiali di un edificio, indicando in un modo figurato uno di essi (*tignum*) forse il più importante? Non potrebbe anche darsi che il legislatore avesse inteso di limitare a quel solo materiale (*tignum*), come materiale il più importante di tutti, la proibizione di scioglimento, e che poi la giurisprudenza l'avesse nondimeno estesa anche agli altri? Nè l'una nè l'altra ipotesi è esatta.

Ho già detto di sopra in quali condizioni materiali della città di Roma sono sorti i principj giuridici intorno al *tignum junctum*. Io credo perciò che la legge delle XII tavole, quando proibiva di sciogliere il *tignum junctum* usasse codesta parola nel suo vero e proprio significato. La proibizione, sebbene limitata, si accordava con lo stato degli edifici in quell'epoca, i quali dovevano essere in generale rozze capanne di legno. La parola *tignum*, presa nel suo significato proprio di *trave, asse, palo*, veniva precisamente a indicare i materiali di cui si componevano comunemente le costruzioni d'allora. Mutata più tardi per le migliorate condizioni economiche la maniera di costruire gli edifici, si venne a comprendere nella parola *tignum* gli altri materiali da costruzione, nella medesima maniera che se la legge de tigno juncto avesse vigore attualmente, mentre si va generalizzando l'uso di sostituire dei fili di ferro ai pali destinati a sorreggere le viti, si dovrebbe intendere, avuto riguardo allo spirito della legge, che anche i fili di ferro fossero compresi nella parola *tignum*, sebbene la parola non gli indichi veramente.

L'aver notato che il principio giuridico de tigno juncto è

sorto in un'epoca, in cui le condizioni materiali della città di Roma erano molto diverse da quelle in cui essa venne a trovarsi più tardi, non solo ci è stata guida sicura per stabilire lo scopo e la natura della legge de tigno juncto, e per comprendere la ragione della particolare proibizione di codesta legge, ma ci servirà anche a darci ragione di una differenza d'opinione, che molto probabilmente ha esistito fra i giureconsulti romani intorno alla sfera d'azione della legge de tigno juncto.

Codesta differenza d'opinione sembra accennata in alcune espressioni delle leggi sopra riferite (§. I).

— « Unde *quidam* aiunt tegulam quoque et lapidem et testam » ceteraque si aedificio sunt utilia; tigna enim a tegendo dicta » sunt; hoc amplius et calcem et arenam tignorum appellatione » contineri » — (l. 1 D. de tigno juncto).

— « Tigni appellatione omnem materiam in lege XII tab. accipimus, ut *quibusdam* recte videtur » (l. 63 D. de V. S.).

Secondo il Savigny (9) la controversia avrebbe avuto luogo intorno a sapere se le tegole, le colonne e simili siano in generale veri e propri materiali da costruzione o no (10). Il Savigny crede che le tegole non siano veri e propri materiali da costruzione, ma ornamenti aggiunti all'edificio da non comprendersi nella proibizione della legge de tigno juncto. Questa però, secondo il Savigny, sarebbe stata l'opinione di alcuni giureconsulti romani soltanto, perchè altri, fra i quali Ulpiano, nella l. 1 D. de tigno juncto, avrebbero avuta un'opinione contraria (11).

Il Thibaut (12) ed altri (13), che hanno toccato incidentalmente questo punto, osservano contro il Savigny, che è falso che le tegole non siano materiali da costruzione e siano invece oggetti d'ornamento; perchè se delle colonne può dirsi che talvolta si pongono

(9) *Traité de la possession* trad. par H. Staedtler 3^e édit. Paris 1879 §. 29 pag. 253 nota 1.

(10) Egualmente il Vangerow, *Pand.* §. 204 nota.

(11) L'idea che le tegole e le colonne non siano veri e propri materiali da costruzione, come riferisce il Savigny l. c., era già stata messa fuori dal Falck, il quale si serviva di codesta idea ad una nuova spiegazione della l. 30 §. 1 D. de usurpat. 41. 3, accettata anche dal Savigny.

(12) *Archiv für civ. Praxis.* Vol 7 N. 33 pag. 79.

(13) Windscheid, *Sell's Jahrbücher* I pag. 467. Ruggieri, *Trattato del possesso.* Firenze 1880. I pag. 263.

per semplice ornamento (e come tale son riguardate nella l. 23 §. 1 D. de usurp.) non si può dire altrettanto delle tegole.

Le tegole appartengono al tignum come le pietre, i mattoni, la calce, l'arena, sia per le testimonianze delle fonti, sia per i principii stessi della legge de tigno juncto. Cosa tanto chiara, che a codesti scrittori sembra vana l'osservazione fatta dal Savigny, e fondata sull'espressione *quidam aiunt* della l. 1 D. de tigno juncto, intorno all'esistenza di una controversia tra i giureconsulti romani, quasi che Ulpiano in quella legge riferisca una singolare opinione. Che le tegole appartengono al tignum, era sicuramente vero, quantunque, come suole accadere, non tutti l'affermassero, senza però che alcuno affermasse il contrario. Se lo scopo della legge delle XII tavole, osserva il Windscheid, era veramente quello di impedire che fossero rovinati gli edifici (*nè aedificia diruerentur*) essa doveva riferirsi alle tegole non meno che alle travi. Giacchè è egli forse qualche cosa diverso dal *diruere*, se a una casa vien tolto in un tratto tutto quanto il tetto? Così la l. 59 D. de rei vind. comprende nella disposizione de tigno juncto anche le porte e le finestre. E Pomponio nella seconda metà della l. 30 §. 1 D. de usurp. dice: « quid ergo » in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia per- » manent? » Onde si vede che nel modo di vedere di codesto giureconsulto le tegole son divenute *immobiles*, e perciò parti della casa. — E la l. 8 D. quod vi aut clam 43. 24, mentre nega che si abbia un possesso delle tegole distinto da quello dell'edificio, aggiunge: *nec ad rem pertinet affixae sunt an tantum positae* (14).

Nel mio modo di vedere, se disputa vi è stata, come è molto probabile (15), essa ha avuto luogo intorno alla *natura* della materia compresa nella proibizione *de tigno juncto*, e a ogni modo è questo il senso dell'interpretazione estensiva di cui è fatto cenno nella l. 1 de tigno juncto e altrove. Io credo cioè, che alcuni giureconsulti volessero escludere dal divieto della legge de tigno juncto le

(14) Non nego ciò che afferma il Thibaut l. c. pag. 82 che non ogni *quidam aiunt* accenni ad una differenza di opinione tra i giureconsulti romani.

(15) Cf. Sell, o. c. pag. 144 in nota; che combatte anch'egli, e assolutamente, l'opinione del Savigny, e che quanto alle colonne cita la l. 41 §. 9 D. de leg. I. « Item prohibetur hoc legari quod non alias praestari potest quam » ut aedibus detrahatur, subducatur, id est marmora vel columnae » Paolo, Rec. Sent. I 21 §. 8 — Cost. 14 Th. C. de oper. pub. 15. 1

tegole, le colonne, etc., perchè la legge de tigno juncto con la parola *tignum* si era riferita esplicitamente a materia lignea, e perchè a materia lignea si riferiva l'applicazione pratica più antica della legge de tigno juncto. A questo accennerebbe l'espressione — *omnis materia* — nella l. 7 pr. D. ad exhib. nel §. 29 Ist. de rer. div. e nella l. 7 §. 10 D. de acq. rer. dom.; l'enumerazione delle tegole, pietre, mattoni, etc., tutte cose non lignee nella l. 1 D. de tigno juncto dove appunto Ulpiano accenna alla controversia; l'espressione *omne genus* della l. 62 D. de V. S.; e anche le parole di Teofilo ad §. 29 I. de rer. div. (16): « locus autem est » huic actioni non tantum ubi quis *lignum* mei domini aedificio » suo subjunxerit, sed etiam si lapidem aut lateram aut colum- » nam » (17).

Codesti giureconsulti non avrebbero poi potuto determinare quale fosse lo scopo della legge de tigno juncto; ma essi avevano per sè senza dubbio la lettera della legge e la sua applicazione tradizionale; e non è la prima volta che qualche giureconsulto ha creduto di doversi attenere alla lettera, anzi che allo spirito da cui presumibilmente era ispirata una legge.

VI.

Limiti alla sfera d'azione della legge de tigno juncto.

Abbiamo veduto che la sfera d'azione della legge de tigno juncto fu estesa più in là del significato vero e proprio della parola *tignum*. Rimane a indicare i limiti di codesta estensione giurisprudenziale, e in genere i limiti della sfera d'azione della legge de tigno juncto.

Non è tanto frequente il trovarli in qualche modo indicati negli scrittori che si sono occupati della legge de tigno juncto. Si suol dire comunemente che la legge de tigno juncto ha proibito di

(16) Trad. cit. del Reitz.

(17) **Culacio**, *Comm.* ad exhib. D. 10. 4 l. 6. 7 ed. Prati vol. 7 col. 976. « At in l. XII tab. quam tractamus tigna accipiuntur latissime pro *omni* » *materia lignea* ex qua aedificia construuntur, veluti tignis, trabibus, testis. » Sed et jurisconsulti quidam tigni significatione auxerunt, usque adeo ut por- » xerint eam ad tegulam et arenam et lapidem et testam, vulgo caementa ».

ripetere i *materiali* congiunti a un edificio o a una vigna, oppure che la legge de tigno juncto ha proibito di ripetere *tutto ciò che compone, o tutto ciò che fa parte di un edificio, e tutto ciò che è congiunto ad una vigna a scopo di coltura*; espressioni ricavate da quelle delle fonti riferite nel §. I — *omnis materia — omnem materiam ex qua aedificium constet vineaeque necessaria — omnis materia ex qua aedificia fiunt* —.

Ma quanto sia incerta ed indefinita l'espressione *materiali o materiali da costruzione* si può vedere dal fatto che, secondo il Falck ed il Savigny le tegole (e se non le tegole, neppure le porte e le finestre) non sono materiali da costruzione, mentre il Thibaut, il Windscheid e altri ritengono che fossero, e Ulpiano le comprende esplicitamente nel tignum, come il giureconsulto Giuliano nella l. 59 D. de rei vind. 6. 1 vi comprende le porte e le finestre.

« *Habitator in aliena aedificia fenestras et hostia imposuit, » eadem post annum dominus aedificiorum demisit: quaero is, qui » imposuerat, posset ne ea vindicare? Respondit, posse; nam quae » alienis aedificiis connexa essent, ea quamdiu juncta manerent, eorumdem aedificiorum esse, simul atque inde demta essent, continuo » in pristinam causam reverti ».*

Si aggiunga che fra le espressioni delle fonti vi è pure quella di Ulpiano (l. 1 de tigno juncto) *caeteraque si aedificio sunt utilia*: espressione che non bisogna trascurare, perchè vi può essere molta differenza tra dire che la legge de tigno juncto proibisce di ripetere tutto ciò che compone un edificio, e dire che la legge de tigno juncto proibisce di ripetere anche tutto ciò che congiunto ad un edificio ha per esso una qualche utilità.

È certo intanto che le tegole, le porte, le colonne, non che i tigna veri e propri, erano compresi nel divieto del senatoconsulto di Aviola e Pansa riferito al §. III.

« *Item hoc prohibetur legari, quod non alias praestari potest, » quam ut aedibus detrahatur, subducatur, id est marmora vel columnae; idem et in tegulis et in tignis et ostiis Senatus censuit; » sed et in bibliothecis parietibus inhaerentibus » (1).*

Ma qual'è la sfera d'azione del senatoconsulto di Aviola e Pansa e in genere delle disposizioni citate al §. III, intese a limitare il discioglimento di ciò che è congiunto a un edificio? E coincide essa con quella della legge de tigno juncto?

(1) L. 41 §. 1 D. de leg. I.

Per rispondere a queste domande, e raggiungere lo scopo di definire i limiti della sfera d'azione della legge de tigno juncto, è necessario premettere alcune idee sopra il concetto dei *corpora connexa*, e sopra le cose singole che li compongono come parti, secondo il modo di vedere di vari scrittori (2).

Nella l. 30 pr. D. de usurpat. 41, 3 Pomponio accenna ad una triplice partizione dei corpi dovuta alla filosofia stoica, e che egli prende a base di certe distinzioni giuridiche (3). A prima vista si crederebbe che codesta triplice partizione combinasse interamente con un modo assai volgare di considerare la natura dei corpi. Così, per esempio, si potrebbe credere che un corpus connexum risultasse sempre da un qualunque collegamento artificiale di più oggetti. Invece, anche prescindendo dai casi in cui il collegamento artificiale di più oggetti può far sorgere un corpus unitum (come, per esempio, nella ferruminazione) non è vero che ogni collegamento artificiale di più oggetti faccia sorgere un corpus connexum nel senso stoico (4). Il che è dimostrato dal Goepfert (5), almeno di fronte all'opinione di alcuni seguaci della filosofia stoica, ed è accettato anche dal Windscheid (6) e dal Brinz (7).

Secondo il Goepfert, perchè da un collegamento artificiale di più cose (che non forma un corpus unitum) sorga un corpus connexum, è necessario che le cose congiunte artificialmente servano nel loro collegamento ad un solo e comune scopo, ad un solo e co-

(2) Non intendo di accennare se non quel tanto che è necessario al presente lavoro, senza attenermi a nessuna particolare opinione, tanto più che probabilmente avrò occasione di ritornare sopra la materia.

(3) « Rerum mixtura facta, an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit quaeritur. Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et graece ἑνωμένον (*unitum*) vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συννημμένον (*connexum*) vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta veluti populus, legio, grex. Primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet ».

(4) Cf. Vangerow, *Pand.* §. 71 in nota.

(5) Ueber *Einheitliche, Zusammengesetzte und Gesammt-Sachen*. Halle 1871 cap. III §. 3 pag. 43 e segg.

(6) *Pand.* §. 138.

(7) *Pand.* §. 144 pag. 543.

mune fine, o più propriamente parlando, che abbiano una sola ed unica destinazione (8). Per esempio, il mucchio di frumento, dice il Goeppert, non si può dire in nessun modo che abbia, come tale, uno speciale e distinto scopo e che serva come tale a qualche cosa. Seneca (9), il quale cita il mucchio di frumento come esempio di *corpus connexum* avrebbe appunto, per il Goeppert, obliato questo requisito dei *corpora connexa*. Invece, nel modo di vedere del Goeppert (10), l'incastonamento di una gemma ad un anello fa sorgere un *corpus connexum* (11).

Secondo il Windscheid (l. c.), affinchè da un collegamento artificiale resulti un *corpus connexum* è necessario che le cose congiunte vengano a formare una nuova specie (*ein neues einheitliches Ganze*) (12). Dietro la quale idea, bisogna dire, contro l'affermazione del Goeppert, che l'incastonamento di una gemma ad un anello non fa sorgere un *corpus connexum* (13), giacchè nel tutto che risulta dall'incastonamento non vi è una nuova specie.

La parola *parte* (di un corpo) è suscettibile di svariate significazioni (14).

Parte può significare una porzione materiale, e in questo senso essa può applicarsi a qualunque individualità materiale. Si possono avere porzioni di un sasso, di una statua, di una nave, etc.

Parte può significare una porzione ideale o frazione (*pars indivisa, pars pro indiviso*).

Ma la parola *parte* si applica anche a significare quelle cose, che messe insieme vengono a costituire un tutto concettuale, conservando nel medesimo la propria individualità materiale: le cosiddette *parti integranti* o *constitutive* (*Bestandtheile*). Sono parti

(8) O. c. pag. 47. Cf. Lenz, *Das Recht des Besitzes*. Berlin 1860 pag. 224 — « zu einem bestimmten praktischen Zweck ».

(9) Natur. quaest. 2. 2.

(10) O. c. pag. 88.

(11) Così anche secondo il Bando *Der Besitz* 1876 §. 18 nota 1-pag. 378.

(12) Il medesimo scrittore nei *Sell's Jahrbücher* I pag. 452, parlando dei *corpora connexa* dice: « il tutto è qualcosa d'altro che un insieme di cose, è un nuovo concetto ». Però egli afferma (pag. 462) che la gemma congiunta ad un anello fa parte di un *corpus connexum*.

(13) Cf. Brinz, *Pand.* §. 144 nota 13.

(14) Windscheid, *Pand.* §. 142.

integranti le cose di cui si compongono i *corpora connexa* e i *corpora quae ex distantibus* (15).

Quando una cosa che entra in una unione fa sorgere un tutto che è un corpus connexum è naturale che essa ne sia parte integrante. Può anche darsi però che il corpus connexum esista di già, e che la cosa aggiunta ad esso assuma l'aspetto di parte integrante.

In generale, secondo la maggior parte degli scrittori, bisogna non confondere con le parti integranti quelle cose che pure essendo in una connessione materiale con un'altra, non formano con essa un tutto concettuale (*kein einheitliches Ganze*) (16). È in un modo affatto volgare che esse possono essere riguardate come parti costitutive di quel tutto, che non rappresenta un'unità corporale nel modo di vedere della filosofia stoica. Di tali cose, che, trovandosi in una connessione materiale con altre, mantengono la loro individualità concettuale, bisogna distinguere, secondo alcuni scrittori, due specie:

a) la prima, di quelle che nell'unione acquistano un carattere di dipendenza concettuale di fronte ad una cosa principale, della quale appariscono un ornamento, e quasi una parte, perchè sono destinate all'uso e servizio perpetuo di essa (17). Per esempio; la gemma congiunta ad un anello. Una gemma incastonata in un anello, come non fa sorgere un corpus connexum, non viene neppure in nessun caso a far parte integrante dell'anello o viceversa: tanto l'anello quanto la gemma conservano la loro individualità concettuale: ma la gemma e l'anello sono in uno stato di dipendenza l'una dall'altro, perchè la gemma può stare ad abbellire l'anello o viceversa. Lo stesso si dica dei pali piantati in un campo a scopo di coltura (18).

Il Goepfert (19) non ammette il concetto, ammesso comunemente, di cose destinate al perpetuo servizio di un'altra, e che

(15) L. 23 §. 3 in f. D. de rei vindic. 6. 1. « At in his corporibus, quae » ex distantibus corporibus essent, constat singulas *partes* retinere suam propriam » speciem, ut singuli homines, singuli oves etc. ».

(16) Windscheid, *Pand.* §. 142 n. 2 — Cf. Goepfert, *Ueber Einheitliche* cit. pag. 48 — e *Ueber die organische Erzeugnisse* 1869 pag. 58 e seguenti.

(17) Le cosiddette *pertinenze*. Windscheid, *Pand.* §. 143.

(18) Windscheid, *Pand.* §. 143 nota 6.

(19) V. specialmente *Organische Erzeugnisse* l. c.

nondimeno non sono parti vere di un corpo connexum (*pertinense*): quando una cosa è congiunta e destinata al perpetuo servizio di un'altra, o fa sorgere un corpus connexum, o viene a farne parte (20). Così, per esempio, secondo il Goeppert, i pali, piantati in un campo per sorreggere le viti, son parti integranti di un corpus connexum (21).

b) la seconda, di quelle che conservano nell'unione un' assoluta indipendenza concettuale, quantunque possano esser destinate a rimanere nell'unione per un tempo più o meno lungo, come cose indispensabili o utili all'uso di una di quelle che entrano nella unione. La ragione, per cui nonostante il congiungimento, e nonostante che nell'unione vi sia una cosa cui servono, esse mantengono la loro indipendenza concettuale, è quella di esser destinate soltanto ad un servizio occasionale. Così, per esempio, la suppellettile, ancorchè infissa, di una casa; i vasi, gli astucci, le casse etc. destinati a contenere e serbare qualche cosa (22).

All'incontro i giureconsulti romani considerano come se fossero congiunte per un legame materiale le cose che, essendo separate, si trovano nondimeno in una dipendenza economica di fronte ad un'altra, e riguardano anche queste quasi come parte della cosa principale. Son cose che nell'uso comune vengono destinate al perpetuo servizio della cosa da cui dipendono, e perciò nel modo comune di vedere sembrano comprese nel concetto di quella (23).

Torniamo ora alla nostra questione.

Secondo il Bachofen (24) nella proibizione del senatoconsulto di Aviola e Pansa furono comprese a poco a poco tutte le parti integranti, tutto ciò che è *portio aedium*, tutto ciò che è *aedibus junctum* (25). Resulta però dal §. 10-13 della leg. 41 leg. I (26)

(20) V. anche *Ueber Einheitliche* pag. 48.

(21) *Ueber Einheitliche* pag. 88.

(22) **Windscheid**, *Pand.* §. 143 nota 6. L. 17 pr. in f. D. de A. E. V. 19. 1. — L. 245 D. de V. S. 50. 16 cf. l. 12 §. 23 D. de instructo leg. 33. 7. — L. 3 §. 1 D. de tritico 33. 6.

(23) **Windscheid**, *Pand.* §. 143 nota 2. 3. — L. 17 pr. D. de A. E. V. 19. 1. — L. 12 §. 24 D. de inst. leg. 33. 7.

(24) O. c. pag. 208.

(25) Cf. **Goeppert**, *Organische Erzeugnisse* pag. 63 nota 21.

(26) §. 10: « Sed si cancelli sint, vel vela, legari poterunt, non tamen fistulae, vel castelli ». §. 11: « Sed et automataria, aut si qui canthari, per

che la proibizione del senatoconsulto comprendeva le parti integranti e quelle cose, le quali, senza essere compenstrate nell'edificio in modo da esserne parti integranti (*si quidem inhaerent parietibus*) erano destinate a rimanere perpetuamente come ornamento del medesimo (*ibi fuerunt perpetua*) e vi aderivano (27).

Il Windscheid (28) ritiene che la proibizione della legge delle XII tavole de tigno juncto abbracci tutto ciò che è congiunto *fortemente e durevolmente* a un edificio (*die Verbindung muss eine feste und dauernde sein*), e che serve al compimento del medesimo (*zur Vollendung dient*) o ne appartiene al concetto (*zum Inbegriff des Gebäudes gehört*).

Io non credo punto che abbia importanza se la cosa è congiunta o no fortemente all'edificio (29). E che non l'abbia, n'è prova l'esempio delle *tegulae* nella l. 1 D. de tigno juncto, la l. 59 de rei vindic. e la fattispecie medesima, contemplata dalla legge, del tignum congiunto ad una vigna, giacchè non ha nessun fondamento il distinguere in rapporto alla sfera d'azione della legge de tigno juncto fra il tignum congiunto ad un edificio e il tignum congiunto ad una vigna (30) in modo che le condizioni richieste nel

» quos aquae saliant, poterunt legari, maxime si impositi sint ». §. 12: « Quid » ergo in statutis dicendum? Si quidem inhaerent parietibus non licebit, si vero » alias existant, dubitari potest. Verum mens Senatus plenius accipienda est, ut, » si qua ibi fuerunt perpetua, quasi portio aedium distrahi non possint ». §. 13: « Proinde dicendum est, nec tabulas affixas et parietibus adiunctas, vel singula » sigilla adaequata legari posse ». — Cf. l. 12 §. 14-24 D. de instructo leg. 33. 7.

(27) G. K. Funke o. c. §. 10 e specialmente pag. 96.

(28) *Pand.* §. 188 e nota 20 *ibid.* Diversamente, come abbiamo veduto (§. V) nel lavoro anteriore dello stesso autore inserito negli *Annali del Sell.*

(29) Cf. *Brinz*, *Pand.* §. 146 pag. 557. 558. Il *Windscheid*, cita in proposito §. 188 nota 19 la l. 60 D. de acq. rer. dom. di Scevola: « Titius » horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seii praedio » posuit; quaeritur uter horrei dominus sit. Respondit, secundum quae proponere » rentur non esse factum Seii ». Ma l'horreum non solo non era stabilmente congiunto al terreno, ma era rimasto per di più un oggetto affatto distinto da esso. Il terreno non veniva a far parte dell'*universitas horrei*; e per usare una espressione caratteristica della l. 49 D. de rei vind., qui si verificava proprio il caso che il suolo sorreggeva l'horreum come il mare sorregge una nave.

(30) Cf. *Windscheid*, *Pand.* §. 188 in f. Per la nota 22 *ibid.* Cf. §. XVIII di questo lavoro.

primo caso alla limitazione del diritto di proprietà si dovrebbero ripetere nel secondo.

La quistione sta nel vedere se la proibizione della legge delle XII tavole era limitata a quelle che comunemente si dicono parti integranti dell'edificio, o se si estendeva anche a quelle cose congiunte all'edificio e destinate semplicemente al perpetuo servizio di esso (pertinenze congiunte all'edificio). Anche queste rientrano in un certo modo nel concetto dell'edificio, son quasi parti del medesimo (*quasi partes*) sebbene, secondo il modo di vedere comune non si possano confondere con le vere e proprie parti integranti.

E a me pare che, tenendo conto dell'espressione di Ulpiano nella l. 1 de tigno juncto — *caeteraque si aedificio sunt utilia* — si possa con un certo fondamento asserire che anche queste (almeno nel modo di vedere di Ulpiano) erano comprese nella proibizione della legge de tigno juncto. Cosicchè la sfera d'azione della legge de tigno juncto coinciderebbe con quella del senatoconsulto d'Aviola e Pansa (31). Vedremo in seguito che non vi poteva essere nessun inconveniente nell'ammettere che la proibizione delle XII tavole acquistasse tanta estensione.

VII.

**Se il tignum disciolto, ma destinato ad esser ricongiunto,
possa esser rivendicato.**

Poichè la sfera d'azione della legge de tigno juncto si estende al di là delle vere e proprie parti integranti, è da vedere se essa si limiti veramente a quelle pertinenze che sono in contatto con l'edificio, come abbiamo asserito, o se ne comprenda anche alcune che non sono in contatto: per esempio, il tignum disciolto, ma destinato ad esser ricongiunto.

È un fatto che la legge delle XII tavole parlava di tignum junctum, e che vietava lo *scioglimento* (*tignum ne solvito*). Parrebbe per conseguenza che non appena il tignum venisse a cessare

(31) Cf. **Goeppert**, *Organische Erzeugnisse* pag. 62; il quale, siccome non distingue tra parti integranti e pertinenze, non potrebbe non essere della medesima opinione.

di essere *junctum* all'edificio, dovesse pure cessare la limitazione imposta al diritto di proprietà. La l. 59 D. de rei vindic. è esplicita ed assoluta in tal senso — *simul atque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti* (1).

E di tale opinione sono il **Gothofredo** (2) e il **Westphal** (3); i quali anzi congetturano che nella legge delle XII tavole fosse esplicitamente dichiarato il diritto del proprietario con quelle parole di Festo (v. *sarpuntur*):

« *sarpuntur vineae, id est putantur, ut in XII: quandoque sarpta donec dempta erunt* »

che essi restituiscono così:

« *tigna quandoque sarpta, donec dempta erunt, vindicato* ».

Sarpere, dice il Westphal, è lo stesso che *nettare*: vale a dire dunque: i materiali che un altro ha congiunto al proprio edificio possono essere richiesti, se sono di nuovo separati: *donec* vale qui come *tunc, quando*.

Invece per il **Pagenstecher** (4) il *tignum de aedibus sive vineis ea mente depositum ut reponatur* — è come se fosse sempre congiunto, in conformità del concetto di pertinenza. E cita la l. 83 in f. D. de V. O. 45. 1 « *sicuti de aedibus deposita tigna ea mente ut reponantur, aedium sunt* ». (Cf. l. 17 §. 10. 11 e l. 18 D. de A. E. V. 19. 1).

(1) Cf. anche l. 43 D. de rei vind. 6. 1, nella quale si ammette la rei vindicatio delle pietre congiunte a un monumento e detratte *ut reponerentur*. È vero che il monumento non era ancora finito, ma questa circostanza credo avesse valore soltanto nella fattispecie contemplata dalla legge: se il monumento era finito la cosa congiunta acquistava il carattere di cosa religiosa e la *rei vindicatio* era esclusa assolutamente e per sempre. Non ha alcun fondamento, per me, l'idea del **Sell** o. c. §. 25 pag. 143 in nota, che per *tignum junctum* nel senso della legge delle XII tavole, non si abbia a intendere il materiale congiunto fin dal primo istante della congiunzione, ma soltanto dal momento in cui l'edificio o la vigna non sono più in costruzione, e che questo momento, specialmente negli edifici, arrivi per lo meno dopo un anno dalla congiunzione. Così anche il **Meischeider**, *Besitz* pag. 110; e contro il **Meischeider**, il **Banda**, o. c. § 18 nota 13 a, il quale, osservo, sebbene fuori di luogo, anche lui dice che la *ratio* della legge de tigno juncto è — *ne urbs ruinis devastetur*. —

(2) *Fontes quatuor I. C.* lib. III ad tab. VI. (**Ottonis**, *thesaurus* vol. 3 pag. 112-3).

(3) O. c. §. 438 e 439.

(4) O. c. I pag. 99.

Sulle tracce del Gothofredo l' **Huschke** (5) ammette in generale la ripetizione del *tignum* che è stato disciolto, ma fa un'eccezione per i pali delle viti separati in occasione della potatura annuale, riferendo appunto quel passo di Festo (v. *sarpuntur*) non già ai tigna in generale, ma a quelli congiunti a una vigna, e dandogli un senso opposto a quello fissato dal Gothofredo e dal Westphal. Ecco come egli restituisce per questa parte la legge de tigno juncto :

« *tignum junctum aedificio vineave... ne solvito; neque vinea quantum doque sarpta donec dempta esunt, tigna vindicito* » (6).

Furono, dice l' **Huschke**, le particolari necessità della coltivazione che mossero i Decemviri a una maggiore protezione dei proprietari delle vigne. « *Nam ne tignum junctum solveretur pariter id ad aedificium et vineas pertinebat ne vel urbs ruinis deformaretur, vel vinearum pedatura foedaretur; ne vero tignum ad tempus solum vindicaretur, id tantum vinearum cultura exigebat; aedificiis enim, quae in perpetuam formam erigimus, tigna non fere ad tempus eximuntur ita, ut reponantur, sed si quod putruit vel alias eviluit, id ut prorsus dematur sanaque materia commutetur, et cura boni patris familias requirit et publice interest. Hic igitur cavere ne tignum refectiois causa solum vindicaretur, id vero urbi non profuisset, sed nocuisset. At vinearum tigna quoniam tannis evelli, et quae idonea sint, tantum emendato reponi, ipsa diligentis vinitoris cultura jubet; neque tam deformatio vineae, quam, ut Ulpianus ait, culturae turbatio, hoc est quod necopinato vinea justo numero pedamentorum fraudata, non habet vinitor statim, quo lacunam commode repleat, in causa fuit, ut Decemviri etiam de tigno vinea juncto caverent; haec vero ratio non minus valet in tigno juncto, quam, putata vite, ad tempus exempto* » (7).

La restituzione dell' **Huschke** è piaciuta al Boecking (8), al Puchta (9), allo Zaun (10) e al Sell (11); ma forse, più che altro,

(5) O. c. pag. 20 e segg.

(6) L' **Huschke** medesimo (o. c. pag. 20 nota 36) riferisce che già un **Aloysius de Locella** in un libro intitolato: *Tria tentamenta ad illustr. XII tabulas* pag. 180 aveva restituito il passo di Festo in questo modo: « *quandoque sarpta vinea escit, donec dempta erunt tigna vindicare jus esto* ».

(7) O. c. pag. 24 e segg.

(8) *Pand.* §. 140 nota 23.

(9) O. c. pag. 292.

(10) O. c. pag. 305.

(11) O. c. §. 10 pag. 23.

per aver dato un senso al passo di Festo, non già che positivamente approvassero la conseguenza giuridica di quella restituzione. Non è piaciuta invece allo Schoell (12), ma soltanto per il modo col quale l'Huschke ha riunito i due passi di Festo. In luogo di *neque*, dice lo Schoell, egli avrebbe piuttosto dovuto mettervi *neve*: invece dell'ablativo assoluto *vinea sarpta*, egli avrebbe piuttosto dovuto accogliere la lezione del Locella *vinea sarpta exit* (cioè *erit.* pag. 106). E poi non mettere l'oggetto del discorso una volta al singolare (*tignum*) e una al plurale (*tigna*). In questa parte, aggiunge lo Schoell (13), era migliore l'altra lezione proposta dall'Huschke medesimo (pag. 24 nota 42) — *Tignum junctum..... ne solvito, quandoque sarpta* (vinea) *donec dempta esunt tigna. ne vindicito*. In sostanza dunque lo Schoell non rigetta la congettura di riferire alla legge delle XII tavole de tigno juncto il passo di Festo (v. *sarpuntur*). E in un altro luogo (14) dice che indubitatamente nella parola *sarpta* si deve intendere la *vigna*, come pareva all'Huschke e al Locella, e non i *tigna* come pareva al Gothofredo e al Westphal. Resta a vedersi se è più giusta la conclusione giuridica della lezione del Locella, che accorda la *rei vindicatio* del *tignum* anche in occasione della potatura delle vigne, o quella dell'Huschke, che in occasione della potatura delle vigne la esclude: o se non sia migliore di ambedue quella del Pagenstecher, che esclude in generale, tanto per gli edifici, come per le vigne, la *rei vindicatio* del *tignum ea mente depositum ut reponatur*.

Nel mio modo di vedere, i passi, ove il *tignum ea mente depositum ut reponatur* è riguardato quasi come parte dell'edificio, non hanno peso nella questione, perchè molte altre cose son riguardate come parti dell'edificio che pure non dovevano esser comprese nel *tignum* (15). La legge de tigno juncto provvede unicamente al danno dei possessori degli edifici e delle vigne: e il danno, che può provenire al possessore dell'edificio e della vigna dalla esibizione del *tignum ea mente depositum ut reponatur*, sarà, in generale il medesimo che può derivargli dalla rivendicazione dei materiali preparati per la congiunzione, i quali non son considerati come

(12) O. c. pag. 104.

(13) O. c. pag. 106.

(14) O. c. pag. 107.

(15) L. 17 pr. D. de A. E. V. 19. 1.

parte dell' edificio (16). E poi il danno non sarà di regola così rilevante da far preferire al possessore il pagamento del duplum alla restituzione del tignum, perchè noi vedremo in seguito che è proprio il possessore dell' edificio o della vigna, che è tenuto con l' actio in duplum verso il proprietario del tignum. D' altra parte (senza tener conto delle parole *junctum* e *solvito* della proibizione) la l. 59 de rei vindic., e anche la l. 43 eiusd. tit., son chiare in proposito, almeno per gli edifici. Un' eccezione in favore delle vigne non ha un fondamento positivo nelle fonti. Io ritengo per ciò che il *tignum ea mente depositum ut reponatur* potesse esser rivendicato; e così la sfera d' azione della legge de tigno juncto comprenderebbe, come avevamo di già asserito, le parti integranti di un edificio e quelle pertinenze che stanno in una unione materiale con esso.

VIII.

Se la legge de tigno juncto riguardi soltanto il tignum furtivum — Festo in v. tignum.

I luoghi delle fonti citati in principio riferiscono la proibizione della legge de tigno juncto ora in particolare al tignum furtivum, ora in generale a qualunque tignum. Di qui il dubbio se la legge delle XII tavole vietasse o no il discioglimento di qualunque tignum.

Il pr. della l. 1 de tigno juncto dice:

« Lex XII tabularum, neque solvere permittit tignum *furtivum*, »
» neque vindicare ».

Invece il §. 29 Ist. de rer. div.:

« propter legem XII tab. qua cavetur ne quis tignum *alienum* »
» aedibus suis injunctum eximere cogatur » (Gajo l. 7, §. 10 de acq. rer. dom.)

E Paolo nella l. 23 §. 6 D. de rei vindic.:

« Tignum *alienum* aedibus junctum nec vindicari potest etc. »

E nella l. 98 §. ult. in fin. D. de solut.:

« Denique lex XII tab. tignum aedibus junctum vindicari etc. »

E anche nella l. 6 D. ad exhib. il medesimo Paolo:

« aliter atque in tigno iuncto aedibus *de quo* etc. »

Un solo scrittore, ch'io sappia, sostiene che la legge delle XII

(16) L. 17 §. 10 D. de A. E. V. 19. 1.

tavole vietava lo scioglimento del *tignum furtivum* nel senso che fosse permesso di sciogliere quelli non furtivi: il **Fabro** (1), che attribuisce al senatoconsulto di Aviola e Pansa di avere estesa la proibizione delle XII tavole a comprendere qualunque *tignum*.

« Et quia lex XII tabularum fuerat locuta nisi de tigno furtivo »
» eadem vero utilitas publica suadebat, ut idem juris esset in tigno »
» non furtivo, quod aedibus junctum esset. Augeri jus hoc necesse »
» fuit eo senatusconsulto de quo in l. caetera 41 §. 1 et per tot. »
» leg. I ».

È necessario però di intendersi intorno al significato dell'espressione *tignum (junctum) furtivum*, il che gioverà anche a trattare altre quistioni che verranno poste in seguito. Come ebbi occasione di accennare in un mio lavoretto (2) *tignum furtivum* è soltanto il *tignum* che è stato soggetto passivo di un furto di cosa (*furtum rei*): ed è in questo senso tutto obiettivo che la parola *furtivum* si trova sempre usata nelle fonti. Un errore inveterato nella scienza del diritto romano, ed io credo di averlo dimostrato tale in un altro mio lavoretto (3), ha fatto sì, che quel senso tutto obiettivo della parola *furtivum* si mutasse quasi sempre dagli scrittori in un senso subiettivo; ha fatto credere cioè che l'espressione *tignum junctum furtivum* appellasse alla mala fede del congiungente. L'errore inveterato consisteva nel credere che il possessore di mala fede, alienando la cosa posseduta, si facesse reo di furto; onde la conseguenza logica (4) che anche il congiungitore in mala fede di un *tignum* altrui a un edificio si facesse reo di furto. Di qui poi si passò ad affermare, sebbene non logicamente, che *tignum (junctum) furtivum* è il *tignum junctum mala fide*.

Io ho dimostrato nel lavoro citato (nota 3) che il possessore di mala fede non può commettere un furto usando o disponendo di una cosa altrui, e che per conseguenza si può essere congiungitori di mala fede (perchè per esempio, possessori di mala fede) e può nonostante non sorgere il delitto di furto, nè la furtività del *tignum*.

(1) *Ration.* ad l. 23 §. 5 in v. *nisi adversus eum qui sciens*. Cf. **Schweppe** *Roem. Privatrecht* §. 555.

(2) *Interpretazione della l. 63 de don. inter v. et u.* (Archivio Giuridico vol. XXVIII pag. 160 nota 6).

(3) *Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto* (Archivio Giuridico vol. XXVIII pag. 275).

(4) V. il paragrafo VI del lavoro citato alla nota precedente.

Viceversa si può essere congiungitori di buona fede, e la cosa aver già innanzi per il fatto altrui la qualità di cosa furtiva. Cosicchè dicendo che *tignum (junctum) furtivum* è il *tignum congiunto in mala fede*, si commettono due errori; uno, perchè vi possono essere delle cose congiunte in mala fede che non sono, nè diventano per la congiunzione, furtive; l'altro, perchè vi possono essere delle cose congiunte in buona fede che sono di già furtive.

Vedremo ben presto le conseguenze di questi due errori. Intanto ecco gli argomenti principali che si possono addurre per stabilire che la legge delle XII tavole vietava e intendeva di vietare lo scioglimento di qualunque *tignum*.

Anzitutto non è ragionevole che la legge delle XII tavole proibisse lo scioglimento e la rivendicazione di quei materiali sottratti al proprietario con un delitto di furto, e permettesse lo scioglimento e la rivendicazione di quelli, di cui il proprietario lamentava semplicemente la mancanza del possesso. Se mai, sarebbe stato più giusto che la legge avesse proibito lo scioglimento di tutti i materiali, eccettuati quelli furtivi. In secondo luogo, non si comprende quale potesse essere lo scopo della legge de tigno juncto; perchè a raggiungere quello indicato dalle fonti (*ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur — ne aedificia rescindi necesse sit*) è indispensabile che la proibizione di scioglimento sia generale per qualunque *tignum*.

Quanto alla espressione della l. 1 de tigno juncto si può conciliarla facilmente, osservando come fanno altri (5) che essa non dice, nè è detto in altro luogo, che il divieto di scioglimento vi sia *soltanto* allora che il *tignum* è furtivo. Essa dice semplicemente che è proibito di sciogliere e rivendicare il *tignum furtivum*, il che rientra nella generale disposizione, di cui fanno parola gli altri passi delle fonti. E d'altra parte non si può limitare una esplicita disposizione generale ad alcuni casi, a meno non si trovi prescritta espressamente la limitazione.

Resta a chiarire come mai il giureconsulto Ulpiano nella l. 1 de tigno juncto abbia riferita la disposizione delle XII tavole de tigno juncto in una maniera particolare.

Alcuni scrittori pensano che la legge de tigno juncto nella sua proibizione parlasse in generale di qualunque *tignum* (6); io credo

(5) Windscheid. *Pand.* §. 188 nota 16.

(6) Majansio o. c. §. 12.

invece assai probabile che essa o pigliasse di mira esplicitamente anche il *tignum furtivum*, o si riferisse esplicitamente e soltanto al *tignum furtivum*, pure intendendo significare che la proibizione di scioglimento avesse ad esser generale per qualunque *tignum* (7). Mentre infatti la legge *de tigno juncto* si proponeva di rimediare all'inconveniente che i proprietari dei materiali, esercitando il loro diritto di proprietà fossero cagione di danno o di rovina per gli edifici o per le vigne, non poteva sfuggire al legislatore quanto il divieto della rivendicazione fosse oneroso per i proprietari, a cui i materiali erano stati sottratti per furto. Il sentimento giuridico e l'interesse del proprietario sono tanto offesi da quell'azione delittuosa, che una disposizione, la quale impedisce al proprietario di rientrare in possesso di cose che sono state soggetto passivo di un furto, deve apparire una disposizione ben grave, sebbene si ispiri a motivi fortissimi di bene pubblico. Non si tratta qui soltanto di limitare e frenare il diritto di proprietà, si tratta di limitare e frenare il diritto di proprietà offeso da un'azione delittuosa. La legge delle XII tavole sull'usucapione che pure è legge provvidentissima, e informata a principi di ordine pubblico, stabilisce che il possesso di un anno è titolo d'acquisto di proprietà alle cose mobili; ma se queste sono furtive, la legge esclude l'acquisto per mezzo del possesso per quanto protratto; e la legge *Atinia* confermò più tardi codesto principio — *quod surreptum erit eius aeterna auctoritas esto* (8). La detenzione stessa di cosa furtiva, anche in buona fede, è cagione di pena

(7) Molti sono gli scrittori, i quali credono che la legge delle XII tavole si riferisse esplicitamente al *tignum furtivum*, quantunque intendesse proibire lo scioglimento di qualunque *tignum*, o almeno la si interpretasse dalla giurisprudenza in questo senso. **Keller** *Pand.* §. 139 nota 3. **Goeschen** *Vorlesungen* §. 271. **Waechter** *Pand.* §. 133 Beil. III. Ma in generale trascurano di dire, il perchè la legge si riferisse esplicitamente al *tignum furtivum*. Qualcuno ne trova la ragione in ciò che è detto da Gajo II, 50 che raramente accade di veder passare cose mobili altrui a possessori suo nomine senza che siano state soggetto passivo di un furto. **Hunnio** o. c. quaestio 19. pag. 266. **Vinnio** *Comm.* lib. II tit. I de rer. div. et de acq. rer. dom. §. 29. — **Pagenstecher** o. c. I pag. 100. — **Sell** §. 10 o. c. p. 23. — La legge delle XII tav. avrebbe vietato di sciogliere il *tignum junctum furtivum*, perchè il caso del *tignum junctum furtivum*, o come dicono erroneamente alcuni, il caso del *tignum mala fide junctum*, è il più frequente.

(8) **A. Gellio**. *Noct. Att.* 17. 7. — §. 2, 3 *Inst. de usuc.* 2. 6. — l. 4 §. 6, l. 33 *pr. de usurp.* 41. 3. **Gaio** II, 45, 49.

(*actio furti concepti*): coloro che impediscono al proprietario di ricercare una cosa furtiva (9) o si rifiutano di esibirla dopo che è stata ritrovata (10) vanno soggetti a pene così gravi come quella del furto (*actio furti prohibiti, actio furti non exhibiti*). Di qui si veda con quanto favore la legislazione romana in generale aiutava i proprietari a rientrare in possesso delle cose furtive.

D'altra parte però urgeva il bisogno di tutelare a ogni costo gli edifici e le vigne, nè si potevano efficacemente tutelare, se non proibendo la rivendicazione anche del *tignum furtivum*; giacchè come osserva Gaio II, 50 è molto difficile che cose mobili vadano in mano di possessori suo nomine senza che siano state soggetto passivo di un furto. Bisognava per ciò che la proibizione fosse generale, che riguardasse qualunque *tignum*. Ma di fronte alle disposizioni eccezionali, concernenti le cose furtive, e che si riscontrano in parte anche nella legislazione Decemvirale, non era forse utile che fosse detto espressamente che nel caso del *tignum junctum* non si faceva eccezione? Anzi di fronte all'obbligo più stretto di restituzione che hanno coloro presso i quali vengono ritrovate cose furtive, (11) non era necessario fosse detto che nel caso del *tignum junctum* non si era tenuti all'esibizione? La legge delle XII tavole deve per conseguenza aver preso di mira espressamente (in qualunque modo) il *tignum furtivum*, non perchè il caso del *tignum junctum furtivum* sia il caso più frequente, ma perchè, ripeto, nel caso del *tignum junctum furtivum* era necessaria più che negli altri un'espressa proibizione di scioglimento. Ora Ulpiano nella l. 1 de *tigno juncto*, o ha voluto alludere alla espressa proibizione delle XII tavole a riguardo del *tignum furtivum* o ha voluto da se stesso avvertire che la generale disposizione delle XII tavole intorno al *tignum junctum* viene a comprendere *anche, infino* il *tignum furtivum*, quantunque in altri casi le cose furtive godano di disposizioni speciali.

(9) « Concepti et oblata poena ex lege XII tab. tripli est, eaque similiter a » praetore servatur. Prohibiti actio quadrupli ex edicto praetoris introducta etc. » Gaio III, 191 » — §. 4. Ist. de oblig. quae ex delicto IV. 1.

(10) « Praeterea poena constituitur edicto Praetoris adversus eum qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit. » Ist. §. 4 de oblig. quae ex delicto 4. 1.

(11) Tanto più stretto che poi venne ad esser sancita una pena contro coloro che non le restituivano. V. nota precedente.

« *Lex XII tabularum*, egli dice, *neque solvere permittit tignum furtivum... neque vindicare* ». E poi quasi rispondendo alla dimanda — ma perchè proibire la rei vindicatio del tignum furtivum, mentre si danno disposizioni speciali che aiutano i proprietari a rientrare in possesso delle cose loro quando sono furtive? — il giureconsulto aggiunge: *quod providenter lex effecit ne sub hoc praetextu vel aedificia diruantur etc.* Vale a dire la legge delle XII tavole ha dovuto proibire anche la rei vindicatio del tignum furtivum per raggiungere lo scopo di tutelare gli edifici e le vigne.

Disgraziatamente il passo di Festo citato di sopra (paragr. I), che ci avrebbe potuto indicare quale fosse precisamente il tenore della legge de tigno juncto, ci è rimasto in una lezione incerta e di senso oscuro.

Moltissime (12) sono le interpretazioni che si danno alle parole *et concapit* (*et concapet, et concapu*); ma tutte sono fondate sopra una correzione del testo (13).

Eccettuata poi quella del Cuiacio, tutte stabiliscono che la proibizione della legge de tigno juncto era concepita in una maniera generale per qualunque tignum.

Il Cuiacio (14) propone di leggere invece della parola *concapu* (*concapet* o *concapit*) *concaptum* o *concapitum* « *id est conceptum cognitumque: concipere est invenire* ». La parola appellerebbe così alla furtività del tignum, in quanto accenna al ritrovamento del tignum come cosa furtiva. Non accennerebbe però, secondo il Cuiacio, al ritrovamento del tignum con quelle formalità solenni *licio et lance*, con cui potevano essere ricercate le cose furtive. Le cose furtive, che erano nascoste, dice il Cuiacio, o si ricercavano con una forma solenne, o si riconoscevano semplicemente. « *Quae erant in propatulo, ut tigna juncta, cognoscebantur* ». — La quale distinzione, su cui il Cuiacio insiste più volte, non ha nessun fondamento. Il Cuiacio non chiarisce in che senso la legge delle XII

(12) Per le antiche **Dirksen** *Uebersicht der Vers. zur Krit. und Wiederherst. der Zwölftafelges.* pag. 437-443 e i citati dall'**Huschke** o. c. pag. 1 nota 1. — Per le moderne **Schoell** o. c. 105.

(13) Il **Mommsen** (seguendo il **Bosio**) **C. Mueller** e lo **Schoell** correggono rispettivamente *e compage, e concapet, e concapi*, tutti e tre nel senso medesimo di *e compagine aedifici vel vineae*. **Schoell** o. c. pag. 105 **L'Huschke** l. c. pag. 4-5 corregge *sei concapit*, onde il passo avrebbe questo senso: *si quis tignum suum alieno aedificio vineave junctum concipit sive invenit ne solvito*.

(14) *Observ.* 23. 19. — V. anche lib. XXI Pauli ad Edictum. — **Huschke** o. c. pag. 4. **Schoell** o. c. pag. 104 nota 2.

tavole, ammessa la correzione da lui proposta del passo di Festo, avrebbe alluso al *tignum furtivum*: non certo nel senso che la proibizione di scioglimento dovesse esser ristretta al *tignum furtivum*. Anche lui ritiene con quasi tutti che la proibizione di scioglimento riguardasse qualunque *tignum*. E però il senso più naturale del passo di Festo, quando si voglia accogliere la correzione Cujaciana, è di spiegare l'*et* nel senso di *etiam* — *Tignum junctum et concapitum ne solvito* — cioè: *il tignum, ancorchè ritrovato come cosa furtiva, non si sciolga*: o in altri termini: *il tignum, ancorchè furtivo, non si sciolga*. La correzione del Cuiacio è detta dall'Huschke (15) *priorum optima*, e altri scrittori (16) l'approvano, ma non i più noti, nè i più recenti. Eppure a me sembra tuttavia la migliore di tutte, almeno dal punto di vista giuridico.

IX.

Se l'*actio de tigno juncto* si dia soltanto per il *tignum furtivum* — L. 63. de donat. inter. v. et u.

È opinione dominante tra i moderni scrittori che l'*actio de iuncto* abbia luogo per qualunque *tignum*; ma già i Glossatori erano discordi in questo punto, e dopo di loro molti ed autorevoli degli antichi, e alcuni dei moderni, richiedono come requisito a potere intentare l'*actio de tigno juncto* la furtività del *tignum*.

Citerò fra gli antichi: (1) il Duareno (2) il Cuiacio (3) e fra i moderni (4) il Vangerow (5) e il Pellat (6).

(15) o. c. pag. 4.

(16) Guadagni. *Inst. I, C. II. 1 §. 175* nota 1.

(1) V. anche Fabro *Ration. l. c. Brunnemanno Comm. in Pand. 47 3. Hillighero. Notae ad Donellum* lib. IV cap. 33 nota 2. *Wesembecio Comm. in Inst.* lib. II tit. 1 §. 29. — *Noodt* *Comm. ad lib. VI tit. 1 de rei vind. § sic in statua* — *Zoesio. Comm. in Dig. 47, 3. Goeddo Comm. in tit. 16 lib. 50 Dig. ad l. 62.* — *Scip. Gentile. De donat. inter virum et uxorem* cap. 38 *Hanoviae 1604* pag. 136. *Theodoro Marsilio Interpret. legis XII tab.* (Ottonis *Thesaur. Tom. IV col. 280.*

(2) *Comm. in lib. 47. 3. Dig.*

(3) *Paratitla ad tit. de tigno juncto 47. 3.* — *Comm. in lib. XXI Pauli ad Edict. in l. 23. D. de rei vind. 6. 1* *Obser. 23. 19. Comm. in tit. ad exhib. D. 10. 4. Comm. in tit. de rei vind. 6. 1. ad l. 23 §. 6.*

(4) V. anche Schweppe o. c. §. 555. *Van Wetter Cours de Droit Romain §. 117.* — *Esmarch Roem. Rechtsgeschichte §. 20.*

(5) *Pand. §. 300* nota.

(6) *Exposé des principes généraux sur la propriété* Paris 1853 pag. 210.

Qualche scrittore ha espressa sulla questione proposta un'opinione particolare.

Secondo il **Pernice** (7) le XII tavole accordavano l'actio de tigno juncto per qualunque tignum, e senza aver riguardo alla buona fede pel convenuto. Fu la giurisprudenza posteriore che per rimediare in qualche modo all'indifferenza dell'antico diritto di fronte alla buona e alla mala fede introdusse il criterio obiettivo della furtività (*das objective Kriterium der Furtivität*).

Secondo il **Sell** (8) e il **Maynz** (9) le XII tavole crearono un'azione *de tigno juncto furtivo* contro coloro che in una costruzione da essi elevata avevano impiegato dei materiali altrui in mala fede; la quale azione fu estesa in seguito dalla giurisprudenza al caso in cui il costruttore aveva agito in buona fede (*actio de tigno juncto*).

Secondo l'**Huschke**, vi erano tra i giureconsulti romani due opposte opinioni: Per Ulpiano (l. 1. 2. de tigno juncto) l'actio de tigno juncto « *tantum ad furtivum tignum spectat* (10) *ad tignum furtivum respicit* (11) *ad tignum furtivum sive a sciente junctum spectare* (12) e ha luogo contro colui « *qui jungendo furtum fecit* (13) ossia contro colui *qui junxisse* (*sciens* pag. 13) *convietus sit* (14). — Per Gaio (l. 7 §. 10 D. de acq. rer. dom.) e Paolo (l. 6 D. ad exhib. l. 23 §. 6. D. de rei vind.) l'actio de tigno juncto ha luogo per qualunque tignum contro colui che possiede l'edificio. Però, dice l'**Huschke**, i compilatori delle Pandette hanno dimostrato chiarissimamente di aver seguito l'opinione di Ulpiano (15).

(7) o. c. II pag. 149.

(8) o. c. pag. 23.

(9) *Cours* II §. 286 pag. 242.

(10) o. c. pag. 9.

(11) o. c. pag. 11.

(12) o. c. pag. 16.

(13) o. c. pag. 14.

(14) o. c. pag. 7.

(15) L'opinione dell'**Huschke**, che tra i giureconsulti romani vi fosse disparere intorno ai requisiti necessari per sperimentare l'actio de tigno juncto, e in generale sulla natura della legge e dell'azione de tigno juncto, è disapprovata dal **Vangerow** *Pand.* §. 300 nota; dal **Sell** o. c. pag. 24; dal **Pernice** o. c. II pag. 169 nota 2; dallo **Schmid** *Handbuch des gem. deuts. Rechts* I §. 10 nota 56; dal **Fuchta** o. c. pag. 394.

È accolta invece dal **Sintenis**. *Das gemeine Civilrecht.* §. 50 nota 52.

I principali argomenti di cui si valgono gli scrittori che accordano l'actio de tigno iuncto soltanto per il tignum furtivum sono riassunti dal Vangerow nella seguente maniera

1° che il titolo de tigno iuncto si trova nelle Pandette tra i libri terribiles immediatamente dopo quello de furtis (16).

2° che in più luoghi delle fonti dove si tratta dell'actio de tigno iuncto è richiamato il requisito della furtività:

— « *furtivi nomine actum* » l. 2. D. de tigno iuncto — « sed » in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat » mulieri, non in duplum ex lege XII tabularum; *neque enim furtivum est quod sciente domino inclusum est* » l. 63 D. de donat. inter. v. et u.

Io debbo subito avvertire che molti (17) degli scrittori ora ricordati, i quali richiedono come requisito a potere sperimentare l'actio de tigno iuncto nel trattare la nostra quistione, son caduti in quei due errori notati nel paragrafo precedente; prendono cioè la parola furtivum in un senso subiettivo, e spiegano l'espressione *tignum junctum furtivum* come *tignum junctum mala fide*. Di già alcuni Glossatori avevano messo innanzi questo falso modo di intendere l'espressione *tignum junctum furtivum*. Infatti nella l. 63 D. de don. inter v. et u. alla parola *furtivum* la Glossa annota: « quod eo solo casu cum quis *mala fide injunxit* agi potest de tigno injuncto ». E di qui apparisce che l'opinione sostenuta dal Duareno, dal Cuiacio e dagli altri scrittori citati rimonta ai Glossatori.

(16) Il **Gentile Scip.** o. c. pag. 136 cita anche un verso di Properzio lib. I. 5: « *Sive in furtivo genuit stans noctua tigno* ».

(17) Alcuni cadono soltanto nell'errore di credere che il congiungitore di mala fede si faccia reo di furto, e che per conseguenza il tignum diventi furtivo; per esempio, il **Gentile**. Il quale riprende assai bene la Glossa e gli altri scrittori che credono *tignum junctum furtivum* essere il *tignum mala fide junctum*, e così l'actio de tigno iuncto aver luogo soltanto contro il congiungitore in mala fede.. « Male Iohannes tum solum agi posse tigni iniuncti, cum mala fide quis junxit: » non enim hoc Paulus vult aut dicit, sed tunc agi cum furtivum est tignum » injunctum: id autem tam bonae fidei aedificatore quam a malae fieri potest, » ut aute demonstratum » (o. c. pag. 136 in f.) Ma poi ha quest'altre espressioni: « sed cur in duplum, adversus hunc agatur ut adversus scientem, hoc est » furem? » (o. c. pag. 138). Nondimeno si vedrà nel paragrafo XIV che anche questi scrittori cadono in tutti e due gli errori accennati, quando si tratta di interpretare la l. 2 de tigno iuncto; e così lo stesso **Gentile**.

Io credo del resto che il richiedere la furtività del *tignum* come requisito dell'actio de *tigno juncto* non abbia nessun fondamento.

Il §. 29 Ist. de rer. div. dice chiaramente che l'actio de *tigno juncto* ha luogo per qualunque *tignum*, in modo corrispondente alla proibizione di scioglimento, che riguarda qualunque *tignum* « ne » quis *tignum alienum*... *eximere cogatur*, sed *duplum pro eo* » praestet per actionem, quae vocatur de *tigno juncto* ».

Così pure la l. 6. D. ad exhibendum di Paolo: « in *tigno juncto* » aedibus de quo... actione de *tigno juncto* ex eadem lege in duplum agitur ». E anche la l. 23 §. 6 D. de rei vindic. del medesimo Paolo.

» *Tignum alienum aedibus junctum nec vindicari potest*... sed » est actio antiqua de *tigno juncto*, quae in duplum ex lege XII » tabularum descendit ».

È vero che Ulpiano nella l. 1 de *tigno juncto* dice: « lex XII » tabularum neque solvere permittit *tignum furtivum* neque vindicare... sed in eum qui convictus est junxisse in duplum dat actionem »; ma come osservano altri scrittori (18), la particolare disposizione della l. 1 de *tigno juncto* rientra in quella generale degli altri passi. — La l. 1 de *tigno juncto*, dice certamente che si ha l'actio de *tigno juncto* per il *tignum furtivum*, ma non dice che si ha l'actio de *tigno juncto* soltanto per il *tignum furtivum*. In altri termini non si deve argomentare *a contrario sensu* dalla l. 1 de *tigno juncto* in presenza della disposizione chiara ed esplicita, contenuta negli altri passi delle fonti. E però lo sviluppo storico nella teoria dell'actio de *tigno juncto* immaginato dal Sell e dal Maynz allo scopo di poter conciliare la l. 1 de *tigno juncto*, che parla di *tignum furtivum*, con gli altri luoghi delle fonti, che parlano di *tignum* in generale, è immaginata senza necessità, nè aiuta a intendere nessuna particolarità della legge o dell'azione de *tigno juncto* (49).

(18) Hubero. *Praelect.* II. §. 29. — Windscheid §. 188 nota 16. — Pagenstecher o. c. l. pag. 100 nota 2. — Unterholzner. *Lehre von den Schuldverhältnissen* II. §. 670 pag. 686.

(19) Come si è veduto nel paragrafo precedente un analogo sviluppo è stato immaginato da molti a rispetto del divieto di scioglimento. Cf. ib. nota 7.

Ecco dunque l'errore a cui son condotti di necessità il Duareno, il Cuiacio e gli altri scrittori sopra citati. Malgrado le prime parole della l. 1 de tigno juncto di Ulpiano: « *lex XII tabularum neque sol-»* vere permittit tignum furtivum neque vindicare » essi ammettono, o devono ammettere, che fosse proibito di sciogliere e rivendicare qualunque tignum, sia perchè la legge delle XII tavole proibiva espressamente lo scioglimento e la rivendicazione di qualunque tignum, sia perchè la legge delle XII tavole, pure avendo preso di mira soltanto il tignum furtivum, intendeva a fortiori di proibire lo scioglimento e la rivendicazione degli altri. E così intesero tutti i giureconsulti romani, e così deve avere inteso lo stesso giureconsulto Ulpiano nella l. 1 de tigno juncto, se si vuole abbia un senso la frase: « *quod providenter lex effecit ne vel aedificia* » sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur ». Quando poi nella medesima legge Ulpiano viene ad accordare l'actio de tigno juncto per il tignum furtivum, allora codesti scrittori negano che fosse accordata, o si intendesse accordarla, per qualunque tignum. Di modo che il passo viene ad essere interpretato così: « la legge delle XII tavole non permette di sciogliere nè di rivendicare il tignum furtivum ancorchè furtivo.... ma da up' azione » in duplum contro colui che è convinto di aver congiunto, *sol-» tanto se il tignum è furtivo* ». Ora di tale restrizione non vi è traccia nel passo di Ulpiano. Anche se si dovesse sottintendere, come sottintendono alcuni, nella frase — *sed in eum qui convictus est junxisse* — la parola *sciens*, che si trova più sotto, la restrizione sarebbe sempre arbitraria; non resulterebbe mai dalla l. 1 de tigno juncto che l'actio de tigno juncto fosse accordata soltanto per il tignum furtivum. Perchè, torno a ripetere, è un errore il credere che il possessore di mala fede che congiunge un tignum altrui a un edificio commetta un delitto di furto, e che per conseguenza il tignum congiunto diventi furtivo.

Certo non sarebbe assurdo il dire che la legge delle XII tavole abbia preso di mira specialmente e soltanto il tignum furtivum, intendendo nella sua proibizione di comprendere a maggior ragione i tigna non furtivi, ma che essa volesse restringere soltanto a questi l'actio de tigno juncto (20). Neppure sarebbe assurdo il

(20) Così secondo il **Goeddo** l. c. due furono i capitoli della legge de tigno juncto; uno che proibiva lo scioglimento di qualunque tignum, di cui par-

dire che la giurisprudenza romana dinanzi al testo delle XII tavole, che proibiva la rivendicazione e lo scioglimento del *tignum furtivum* e accordava un' *actio de tigno juncto*, abbia ritenuto che la proibizione fosse generale, ma che l' *actio de tigno juncto* avesse da accordarsi soltanto nel caso del *tignum furtivum*. Se non che, in primo luogo, di questa restrizione, come abbiamo veduto, non solo non vi è traccia nel passo di Ulpiano, ma le altre leggi citate in principio attestano del contrario. E in secondo luogo poi quale azione vi sarebbe stata nel caso del *tignum non furtivo*? L'opinione del Fabbro (21) che in questo caso avesse luogo soltanto la *rei vindicatio* a unione disciolta non si giustifica se non ammettendo che la legge de *tigno juncto* sia d'ordine pubblico; e la l. 63 de don. inter v. et u. non appoggia, com'egli pensa, la sua opinione. Se nella detta legge è accordata soltanto la *rei vindicatio* a unione disciolta, è perchè si tratta non già di un *tignum non furtivo* semplicemente, ma di un *tignum congiunto* con l'assenso del proprietario. L' *actio de tigno juncto in simplum* ammessa da alcuni Glossatori e da altri (22) non è ricordata, nè ha alcun fondamento nelle fonti (23). L' *actio in factum* ammessa dal Cuiacio (24) dal Vangerow (25) e da altri (26) non ha neppur essa alcun fondamento, come mostrerò in seguito, nella l. 23. §. 5. D. de rei vind. da loro citata.

Rimane a dimostrare come le leggi 63 D. de don. inter v. et u. e 2 D. de *tigno juncto* si possono intendere senza ammettere che la furtività del *tignum* è un requisito dell' *actio de tigno juncto*.

La l. 2 D. de *tigno juncto* non offre nessuna difficoltà, perchè essa fa l'ipotesi di un' *actio de tigno juncto* sperimentata per un *tignum furtivum*, ma non dice in alcun modo che l' *actio de tigno juncto* abbia luogo soltanto per il *tignum furtivum*. La vera ed unica dif-

lano Festo (v. *tignum*) e Gaio (l. 7. §. 10 de acq. rer. dom.); l'altro che accordava l' *actio de tigno juncto* soltanto per il *tignum furtivum*, di cui parla Ulpiano nella l. 1 de *tigno juncto*. V. anche Brunnemanno l. c.

(21) Ration l. c.

(22) Wesembecio l. c.

(23) Heleno o. c.

(24) Observ. 23. 19. — Paratitla in lib. 47. 3. Dig.

(25) Pand. §. 300 nota.

(26) Hillighero. Notae ad Donelli Comm. IV. 38 nota 2. — Goeddo o. c. ibid.

ficoltà (27), per coloro che sostengono che l'actio de tigno juncto ha luogo per qualunque tignum, è la l. 63 D. de don. inter virum et uxorem: difficoltà, la quale, lo riconosce anche il Windscheid (28), non è stata finora superata da alcuno.

Lo Schmid (29) osserva in proposito: « Nella legge 63 de donat. inter v. et u. è trattato il caso di un marito che ha impiegato nel proprio edificio dei materiali appartenenti alla moglie, e da lei regalatigli. In un tal caso, essendo nulla la donazione, è accordata alla moglie la rei vindicatio, non già l'actio de tigno juncto, perchè l'impiego dei materiali avvenne a conoscenza del proprietario; e allora non è possibile ammettere l'actio de tigno juncto *neque enim furtivum est quod sciente domino inclusum est*. Da queste parole non si deve affatto trarne la conseguenza che l'actio de tigno juncto supponga sempre un tignum furtivum, imperocchè esse formavano piuttosto la ratio decidendi per il caso fatto nella legge, dove esse sono assolutamente esatte. Se infatti qualcuno, come è ivi supposto, si appropria scientemente i materiali di un altro ciò può avvenire, o senza l'assenso, o con l'assenso del proprietario. Nel primo caso i materiali diventano furtivi, nel secondo non diventano. Soltanto in quel caso era impiegabile l'actio de tigno juncto, non già nel secondo; e in questo l'esclusione della azione poteva essere convenevolmente giustificata anche con la proposizione: *neque enim furtivum est quod sciente domino inclusum est* ».

Prima di tutto non è vero che colui che si appropria una cosa sapendola altrui, insciente domino, commetta sempre un delitto di furto, e che la cosa divenga per conseguenza furtiva: appunto per ciò il possesso di mala fede è distinto dal possesso del ladro (30). Ma, anche prescindendo da questo, la spiegazione dello Schmid non regge. O si ritiene che l'actio de tigno juncto avesse luogo soltanto

(27) Si trova, è vero, bene spesso detto il contrario, ma l'asserto non è seguito da dimostrazione, o almeno da una precisa dimostrazione. Cf. Puchta o. c. pag. 397. — Waechter. *Pand.* §. 133. Beil. II. pag. 124. — Goeschen. *Vorlesungen* §. 271.

(28) *Pand.* §. 188 nota 16.

(29) *Handbuch* I. §. 10 nota 56, pag. 142.

(30) V. il mio lavoro cit. alla nota 3. §. VIII.

se il tignum era stato congiunto in mala fede (tignum furtivum), come erroneamente dicevano anche alcuni Glossatori, e allora si viene a richiedere in una maniera indiretta la furtività del tignum: o si ammette, come dichiara più volte lo Schmid (31), che l'actio de tigno juncto avesse luogo anche nel caso in cui il tignum era stato congiunto in buona fede (tignum non furtivum), e allora la ragione data da Paolo per escludere l'actio de tigno juncto, che cioè il tignum non era stato congiunto in mala fede (non furtivum) è insufficiente e non può accettarsi (32).

L'**Huschke** (33) crede che il passo di Paolo non ci sia pervenuto nella sua interezza. La l. 6. D. ad exhibendum e la l. 23. §. 6. D. de rei vindic. dimostrano addirittura che Paolo accordava l'actio de tigno juncto per qualunque tignum. « Num a se ipso descivit, » dice l'Huschke, *Jurisconsultorum non modo subtilissimus sed etiam » consideratissimus? Hoc pronunciare, fateor, pudor quidem vetat* ». Ecco dunque, secondo l'Huschke, come bisogna immaginare che Paolo abbia scritto il passo:

« Sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re » competat mulieri non in duplum ex lege XII tabularum » (*nam hanc actionem hoc casu locum non habere non solum ut Gaius, vel alius Jurisconsultus eam accipit, cuius sententiam et ego probo, verum est, propter eam rationem, quam Neratius posuit, sed multo magis ex Ulpiani vel alius Jurisconsulti opinione, qui de tigno furtivo Decemviros sensisse putant*) « neque enim » furtivum est quod sciente domino inclusum est ».

È questa, dice a ragione il Vangerow (34), una troppo audace ipotesi.

Nemmeno accettabile mi sembra l'interpretazione proposta dall'**Harrprecht** (35). All'opinione che l'actio de tigno juncto abbia luogo per qualunque tignum non fa ostacolo, egli dice, la l. 63 D. de

(31) V. o. c. pag. 139-140 e la nota 56 pag. 142.

(32) L'idea dello Schmid si trova anche nell'**Unterholzner** o. c. II. §. 670. pag. 686 nota 2.

(33) o. c. pag. 8-9.

(34) *Pand.* §. 300 nota.

(35) *Comm. ad Inst.* II. 1. §. 29. n.° 18 (Intellectus l. 63 de donat. inter v. et u.).

donat. inter v. et u., nelle parole finali della quale sembra esser detto che nessuno può esser convenuto con l'actio de tigno juncto se non il ladro (*praeterquam furem*). Infatti il giureconsulto nella fattispecie proposta in quella legge dal fatto che il tignum non è furtivo inferisce che l'actio in duplum non possa aver luogo, ma non già perchè l'actio in duplum non abbia luogo se non contro il ladro (*nisi furem*), sibbene perchè nel caso della detta legge constava positivamente che quell'azione non poteva aver luogo contro il marito come possessore di buona fede. Giacchè il marito non era un semplice possessore di buona fede, ma un possessore di buona fede che possedeva con l'assenso del proprietario. « Quare si quis adversus » illum actionem dupli concedere volebat, eam hac solummodo ratione niti oportebat, quod in fures ea actio daretur. Igitur Iurisconsultus, intelligens maritum qui ex voluntate uxoris tignum junxisset furem non esse, recte respondit: actionem istam cessare, quia non sit furtivum tignum. Hinc argumentationem eius hanc fuisse animadvertimus: *si quis dandam adversus maritum actionem in duplum defendere velit, eum oportere evincere tignum illud furtivum esse. Etenim tanquam contra bonae fidei possessorem intendi ista actio nequit. Atqui furtivum non est: ergo actio in duplum hic omnino quiescit* ».

Che veramente Paolo, dopo la ragione così semplice data da Nerazio dell'esclusione dell'actio de tigno juncto, sia venuto a confermarla in maniera tanto poco giuridica, non par probabile. E anche l'Harrprecht pare abbia avvertito codesto difetto che si riscontrerebbe nella frase di Paolo, perchè dopo le parole ora riferite soggiunge: « Sed et brevius respondetur quod in l. 63 cit. proponatur casus quo maritus ex voluntate uxoris tignum eius aedibus suis junxit. Hic vero agitur de eo qui inscio domino, bona tamen fide tignum eius aedibus suis junxit ».

Io ho già data un'interpretazione della l. 63 de donat. inter v. et u. (36), e mi pare di poterla mantenere tuttavia tale e quale. Mi limiterò per conseguenza a riferirne qui sott'altra forma la sostanza.

(36) V. il lavoro citato al paragrafo VIII nota 2. Allora non conosco i tentativi di interpretazione dello Schmid e dell'Harrprecht.

Secondo l' Huschke, che segue la lezione Vulgata^T della nostra legge, Paolo correggerebbe Nerazio in quanto codesto Giureconsulto intendeva di accordare alla moglie una *condictio* per il prezzo del tignum (*agi potest*) (37). Il che, osserva l' Huschke, non era possibile: « *condictio enim non est nisi eius quod nostrum non est* » a meno che, aggiungo io, non si tratti di cose furtive. Ora perchè Paolo nel correggere Nerazio deve avere speso tante parole a dar ragione dell' esclusione dell' actio de tigno juncto, su cui tutti erano d' accordo, e non deve aver giustificata per nulla l' esclusione della *condictio* che Nerazio ammetteva? E l' esclusione della *condictio* si può giustificare, o dicendo, come l' Huschke « *condictio enim non est nisi eius quod nostrum non est* » o dicendo come ha detto Paolo: « *neque enim furtivum est quod sciente domino inclusum est* » (38). L' argomentazione di Paolo, mi servirà delle parole dell' Harrprecht, è stata questa: « si quis dandam adversus maritum *condictionem ex non concessa donatione* defendere velit, eum oportere evincere tignum illud furtivum esse; etenim contra possessorem intendi ista actio nequit. Atqui furtivum non est; ergo *condictio ex non concessa donatione* quiescit, et sola vindictio soluta re competit mulieri » (39).

(37) Nella mia interpretazione della l. 63 già pubblicata mi attenni allo Scipione Gentile, il quale dice: « Paulus notat, id est, reprehendit vel certe temperat et limitat Neratii responsum qui *agi posse* dixerat de materia illa, si detracta alicuius usus esse possit: *nec expresserat qua actione agi posset* » (l. c. pag. 139).

(38) L' osservazione di Paolo alla l. 63 de donat. inter v. et u. non ha nessun rapporto con la quistione che vi era tra i giureconsulti romani intorno a sapere se un coniuge possa rendersi colpevole di furto di fronte all' altro, e se per conseguenza le *res amotae* assumano la qualità di *res furtivae*. L. 1. D. de act. rer. amat. 25. 2.

(39) Io trovo tanto più naturale che Paolo abbia data ragione dell' esclusione della *condictio ex non concessa donatione*, perchè vedo che qualche autore, a cui questa ragione non è sovvenuta, è caduto nell' errore di crederla possibile, appunto in quell' errore che forse Paolo ha direttamente ripreso in Nerazio. Così il Waechter *Pand.* §. 133, Beil. III, pag. 124, che dice: « in un tal caso (nel caso della l. 63 de donat. inter v. et u.) non può naturalmente parlarsi di un' actio de tigno juncto per il doppio, soltanto può il donatore,

Noterò infine queste parole del Gentile (40): hoc enim vult Neratius agi posse, quamvis de eo nulla sit actio ex XII tabularum, id est actio de tigno juncto hic non quadret, quia non sit verisimile. Decemviros in actione illa proponenda sensisse de tignis, quae dominorum voluntate in alienum aedificium coniecta coniunctaque essent: *haec enim dici furtiva nullo modo possunt*. Il Gentile, a quanto pare, crede che anche Nerazio con la frase: *quia Decemviros non sit credibile etc.*, alludesse alla furtività del tignum: il che è impossibile. Anzi codesta frase, come osserva il Pernice (41) fornisce un argomento a sostenere che l'actio de tigno juncto ha luogo per qualunque tignum. Se la legge delle XII tavole avesse accordato l'azione soltanto per il tignum furtivum, e se così fosse stata intesa dalla giurisprudenza, come avrebbe potuto dire Nerazio *quia Decemviros non sit credibile etc.*?

Ritenere dunque che la frase finale della l. 63 stia a spiegare l'esclusione dell'actio de tigno juncto è già in se stesso per il tenore della legge poco naturale; a meno non si ammetta l'ipotesi del Pernice, che Paolo, a differenza di Nerazio, riguardasse la furtività del tignum come requisito necessario a potere intentare l'actio de tigno juncto. Ma l'ipotesi che, mentre la legge delle XII tavole accordava l'actio de tigno juncto per qualunque tignum, la giurisprudenza romana sia venuta in progresso di tempo a limitarla al caso del tignum furtivum, è un'ipotesi non meno difficile a sostenersi per se stessa, che superflua.

» giusta i principj, che regolano le donazioni tra marito e moglie, *ripetere il valore dell'arricchimento risentito dal donatario*, e in quanto non l'abbia richiesto o non l'abbia ottenuto, rivendicare il materiale a unione disciolta». Mentre Paolo ha detto, correggendo Nerazio: « sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat mulieri ».

(40) o. c. pag. 135.

(41) o. c. pag. 149 nota 4.

X.

La proprietà del tignum junctum.

Nel diritto romano l'unione di più cose appartenenti a diversi proprietari non ha per effetto di fare acquistare *irrevocabilmente* ad uno di essi la proprietà di tutte le altre che compongono il tutto (1). Di regola, ciascun proprietario conserva ciò che era suo; ed è soltanto come eccezione che per varie ragioni si ammette in certi casi un acquisto della cosa altrui, o almeno una perdita del diritto di proprietà.

I casi di eccezione sono:

a) nell'unione di cose mobili ad immobili:

• 1.° l'avulsione (*avulsio*) (2). Il proprietario del suolo acquista la proprietà irrevocabile del pezzo di terra che vi si è unito, non appena ha messo radici.

2.° la seminazione e la piantagione (*satio e plantatio*) (3).

— Il proprietario del suolo acquista la proprietà irrevocabile di ciò che è stato seminato o piantato, non appena ha germinato o si è attaccato al suolo.

b) nell'unione di cose mobili:

1.° la mescolanza di materie liquide o liquefatte che si compenetrano e sono della medesima natura; o che, pure essendo di

(1) V. specialmente il **Bechmann** o. c. pag. 41 e segg. e passim. — Cf. il mio lavoro *sopra il significato delle parole ferruminare e adplumbare* §. X. (Archivio Giuridico vol. XXIII) **Brinz**, *Pand.* I §. 146 pag. 555. — **Gesterding**, o. c. §. 34 pag. 252. — **Schweppe** o. c. §. 263. — **K. Sell.** o. c. §. 75 pag. 282. (*ohne dadurch vernichtet oder unbrauchbar zu werden*). **Girtanner** *lahrb. für die Dogmatik* III. pag. 163 e segg. pag. 175 nota 91 cf. pag. 181. **Demolombe** *Cours* IX, 187.

(2) l. 9. §. 2. D. de damno infecto 39. 2. — l. 7. §. 2. D. de acq. rer. dom. 41. 1.

(3) §. 31, 32. Inst. de rer. div. 2. 1. — l. 7. §. 13; l. 9. pr.; l. 26. §. 2. D. de acq. rer. dom. 41. 1. — l. 25 D. de usuris 22. 1. — l. 9 §. 2. D. de damno infecto 39. 2. — C. 11. Cod. de rei vind. 3, 32.

natura diversa, l'arte non sa separare (4). — Per unanime sentimento dei giureconsulti romani il tutto diventa comune in proporzione di quanto ciascuno vi ha conferito; anche se la mescolanza, almeno per l'opinione di alcuni (5), non è avvenuta in modo completo (6).

2.° la mescolanza del denaro, fatta in maniera che non si possa più discernere quello che spetta ai singoli proprietari (7).

3.° la ferruminazione (8). — Secondo il modo di vedere di Cassio e di Paolo, il proprietario dell'oggetto, di cui tutti gli altri ferruminati appariscono in qualche modo un accessorio, diviene proprietario irrevocabile anche di questi ultimi. Nella ferruminazione le estremità delle cose congiunte si confondono, o era

(4) l. 3. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. — l. 7. §. 9; l. 12 §. 1; l. 27. pr. D. de acq. rer. dom. 41. 1. — §. 27 Inst. de rer. div. 2. 1.

(5) l. 19. D. comm. divid. 10. 3.

(6) Alcuni ammettono nel caso di mescolanza inseparabile di materie solide (giova aggiungere, che si danno a peso e a misura) una comunione del tutto per parti proporzionali, come nel caso di mescolanza inseparabile di materie liquide. — §. 28. Inst. de rer. div. 2. 1.; l. 5 pr. D. de rei vind. 6. 1. **Windscheid Pand.** §. 189. Cf. **Bechmann** o. c. pag. 28 e segg. e il mio lavoro sulla ferruminazione cit. paragrafo X nota 1.; dove è da leggere: « se le cose non erano etc. »

(7) l. 78. D. de solut. 46. 3. — Il fondamento giuridico dell'acquisto ammesso dalla l. 78 è disputato. **Windscheid Pand.** §. 189 nota 8.

(8) Ho dimostrato nel lavoro sulla ferruminazione citato (v. nota 1.) che i romani intendevano per ferruminazione, la bollitura o saldatura immediata del ferro, e certe saldature mediate dell'oro e dell'aes, che ad essi apparivano immediate. Mi permetto qui alcune aggiunte, che riusciranno opportune per ciò che sarà detto in seguito, di maniere nelle quali altri autori hanno definita tecnicamente la ferruminazione. Definiscono la ferruminazione in generale come saldatura immediata di cose metalliche: il **Gosterding** o. c. pag. 252.; il **Sell K.** o. c. §. 75 pag. 282; il **Pagenstecher** o. c. pag. 138; il **Westphal** o. c. §. 458. — Definisce la ferruminazione come saldatura di cose metalliche fatta con mezzo simile alle cose saldate, e la plumbatura come saldatura fatta con mezzo diverso, il **Waechter Pand.** §. 133 pag. 118. Rappresenta la ferruminazione come unione indissolubile di cose metalliche o non metalliche il **Brinz Pand.** I §. 146 pag. 555. Rappresenta la ferruminazione come unione di cose metalliche o non metalliche, che non si può disciogliere senza danno, il **Keller Pand.** 140 e nota 2 *ibid.*

ritenuto si confondessero insieme; mentre conservano inalterata, o quasi inalterata, la loro forma. E siccome la ferruminazione non avviene che tra materie della medesima natura, così una separazione delle cose ferruminate in guisa da ridare precisamente ciò che era prima oggetto di proprietà si riteneva, ed è difatti, (9) impossibile. \

4.° la compenetrazione di materie liquide in cose solide (10).

5.° la specificazione, nell' ipotesi che essa venga operata con materia appartenente a diversi proprietari.

In generale si può dire, che, quando la separazione è possibile (11) e l' oggetto che entra nell' unione non è riguardato come estinto materialmente, ha sempre luogo la rei vindicatio diretta a ciò che prima era oggetto di proprietà.

Non pochi scrittori, anzi forse la maggior parte, limitano il diritto alla rei vindicatio nel caso di congiunzione di cosa *mobile* a cosa *mobile* in una maniera più estesa; ammettono cioè un acquisto irrevocabile delle cose congiunte per parte di uno dei proprietari tutte le volte che la separazione non può effettuarsi *senza danno*, (12) come dicono alcuni, o come dicono altri, *senza danno di una delle cose congiunte, oppure senza alterazione di una delle cose congiunte* (13).

(9) Cf. il paragrafo VIII del lavoro sulla ferruminazione citato. Cf. **K. Sell** o. c. pag. 282. in nota. **Waechter Rechtslexicon** I. v. Accession pag. 31 nota 89.

(10) Cf. §. 33, 34. Inst. de rer. div. 2. 1. l. 9. §. 1, 2, D. de acq. rer. dom. 41. 1. — Il **Bechmann** o. c. pag. 40 non ammette in questo caso un vero acquisto di proprietà, ma piuttosto un' estinzione del diritto del proprietario della materia liquida. — In due casi speciali, la pittura e la scrittura, i giureconsulti romani pare considerino come cosa il lavoro creato; e parlano di acquisto di cosa altrui per parte del proprietario della carta e della tavola. L. 23. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. Cf. **Bechmann** o. c. pag. 77 in f.

(11) In certi casi la separazione, almeno secondo alcuni giureconsulti, deve esser possibile in una maniera completa (confusione, ferruminazione); in certi altri la possibilità astratta di essa equivale alla possibilità reale, a cagione della natura degli oggetti uniti (unione di cose solide che si danno a peso o a misura).

(12) **Arndts-Serafini Pand.** §. 152 (senza danno). — **Maynz Cours** §. 103 (sans détérioration) **Keller Pand.** §. 140 (ohne Schaden) **Goeschen Vorlesungen** §. 273 (ohne Beschädigung). **Thibaut System** §. 742.

(13) **Waechter Pand.** §. 133 (ohne Zerstörung der eine oder anderen). V. anche **Rechtslexicon** I. v. Accession pag. 31 nota 88. — **Mühlenbruch**

Codeste più estese limitazioni, che non vi è ragione alcuna di applicare unicamente all'unione di cosa mobile a cosa mobile, sono dal punto di vista storico affatto arbitrarie (14). Esse son derivate a volte da un falso concetto di ciò che i giureconsulti romani intendevano per ferruminazione (15); altre volte dalla tendenza naturale in coloro che studiano il diritto romano come un diritto attualmente vigente, a trasportarvi delle idee proprie dei tempi presenti, o a produrre alle ultime conseguenze certi principj appena accennati dai giureconsulti romani. Il diritto romano nel suo concetto, veramente assoluto ed esclusivo, del diritto di proprietà non ha riguardo al danno che può cagionare ad altri la rivendicazione di una cosa. Nessun giureconsulto romano ha motivato nel senso voluto dagli scrittori citati uno di quei casi eccezionali, in cui viene ammesso l'acquisto irrevocabile della cosa altrui. Su tutt'altro motivo, per esempio, è stato fondato l'acquisto di proprietà per ferruminazione. È la confusione inseparabile che nasce, o sem-

Doctrina Pandect. §. 257 (salva cuiusque natura atque integritate). **Schmid** o. c. I §. 10 pag. 160 (ohne deren Zerstörung). Il **Windseheid Pand.** §. 189 assegna la seguente formula: « se la cosa ha perduta la sua esistenza in modo che essa non possa esser rimessa fuori nello stato in cui era prima. » — E in modo analogo il **Boecking Pand.** §. 152 appendice §. é. II. pag. 153 — « se la cosa principale e la cosa accessoria possono essere messe fuori senza alterazione della loro primitiva natura — se il tutto è separabile, se può nuovamente tornare alle sue parti, quali erano prima della congiunzione. Cf. gli scrittori citati alla nota 1: e per citare qualche antico, anche **Donello Comm.** IV. 37. §. 3. — **Vinnio Comm. in Inst.** 2. 1. §. 26 in v. *sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius.* — « Aut alienam purpuram vestimento suo quis » intexuit, aut suam vestimento alieno. Item aut bona fide id fecit aut mala. Si » alienam et bona fide est adversus eum actio ad exhibendum, ut purpura separetur, et tunc vindicetur. Videndum tamen, an non audiri debeat bonae fidei » possessor pretium purpurae offerens; maxime si ea sine manifesto eius damno » separari non possit. » — **Cuiacio Comm.** in tit. D. de rei vindic. 6. 1. ad l. 24 ed. cit. vol. 7. col. 456-457. — **Hubero Praelectiones I. C.** §. 28 de rer. div. 2. 1.

(14) Il **Bechmann** o. c. pag. 43 in nota 6 le chiama assolutamente arbitrarie. Io non voglio negare che esse rappresentino un' assai logica continuazione di un movimento iniziato, ma non compito, dalla legislazione (legge delle XII tavole de tigno juncto) e dalla giurisprudenza romana (avulsio, satio, plantatio).

(15) Cf. nota 8 di questo paragrafo.

bra nascere, all'estremità dei pezzi congiunti (16) e il mantenersi inalterata o quasi inalterata la forma, malgrado di essa, che ha servito di ammenicolo giuridico al giureconsulto Cassio per ammettere un acquisto di proprietà in quel caso (17). Non si negherà che lo scioglimento di un tutto composto di più parti saldate insieme per mezzo di plumbum (plumbatura) non rechi in generale un danno, o non possa anche recarlo, alle singole parti che lo compongono; eppure in un caso simile le fonti ammettono esplicitamente le azioni reali (18).

Su tutt'altro motivo è pure fondato l'acquisto della pianta congiunta a suolo altrui — *nam credibile est alio terrae alimento aliam factam* (19). E se la pianta non ha ancora gettato radici, per quanto lo svellerla possa tornar di danno al suolo o alla pianta, il proprietario di essa non perde il diritto di agire con la rei vindicatio.

Ma una prova maggiore che le sopraddette limitazioni non sono affatto fondate dal punto di vista storico l'offre la legge de tigno

(16) « *ferruminatio per eandem materiam facit confusionem* l. 23 §. 5 D. de rei viudic. 6. 1.

(17) Cf. il paragrafo XI del lavoro sulla ferruminazione citato.

(18) l. 23 §. 5. D. de rei vind. 6. 1. — Cf. anche ciò che dice benissimo il **Bechmann** o. c. pag. 44. — Quanto al §. 26 Inst. de rer. div. 2. 1. in cui quasi tutti vedono un acquisto di proprietà irrevocabile, anche il Bechmann l. c. ha creduto di non potersi scostare dall'opinione dominante. Bensì nel modo di vedere di lui l'acquisto di proprietà irrevocabile si fonda sulla teoria della specificazione; cioè il caso proposto nel §. 26 cit. è un caso in cui vien creata una nuova specie in parte con materia propria e in parte con materia altrui. Senza ricorrere alla teoria della specificazione, si potrebbe dire che le ultime parole del passo — *nam extinctae* etc. contengono semplicemente un'argomentazione a fortiori per sostenere che vi è la *condictio furtiva* di una cosa congiunta dal ladro ad un'altra come parte, cioè congiunta in modo da venire a perdere la sua individualità (*accessionis vice cedit*). Vale a dire: se vi è la *condictio furtiva* per le cose materialmente estinte, molto più vi sarà per le cose che sono soltanto assorbite concettualmente nell'individualità di un'altra. Si potrebbe anche ritenere che la parola *extinctae* non fosse qui usata a indicare l'estinzione materiale della cosa, ma in un senso più lato anche l'estinzione concettuale. Cf. il **Vinnio** *Comm. in Instit.* 2. 1. §. 26 in v. *sive ipse, qui vestimentum fecit, sive alius*; in v. *nam extinctae res*; in v. *licet vindicari non possent*.

(19) l. 26. §. 1. D. de acq. rer. dom. 41. 1.

juncto. Sarebbe stato inutile, o presso che inutile, il divieto legislativo di sciogliere e rivendicare il tignum junctum, se veramente fosse esistito il principio che le azioni reali dirette a rientrare in possesso di una cosa congiunta ad un'altra in qualità di accessoria sono irrevocabilmente perdute, quando possono recare un danno in generale, o almeno un danno ad una delle cose congiunte. Gli edifici e le vigne sarebbero stati già per questo principio abbastanza tutelati. Invece nelle Fonti è detto in un modo esplicito, e senza restrizioni di sorta, che il proprietario *della materia che compone un edificio* non cessa irrevocabilmente di esserne proprietario (20). È detto pure, e senza restrizioni, che se l'edificio viene a rovinare egli può sempre sperimentare la rei vindicatio per rientrare in possesso di ciò che era suo (21). Ma nella massima parte dei casi non dovrebbe darsi la rei vindicatio, neppure a unione disciolta, se fosse vero che il congiungimento di più cose produce un acquisto irrevocabile della proprietà tutte le volte che la separazione può cagionare un danno nel senso voluto dagli scrittori citati. E come ho già accennato, una distinzione in proposito tra l'ipotesi di un congiungimento di cosa mobile a cosa mobile, e l'ipotesi di un congiungimento di cosa mobile a cosa immobile, non avrebbe senso. Si può pertanto fissare in rapporto al nostro tema, con molta sicurezza, che il tignum junctum aedificio vel vineae, anche intesa la parola tignum nel senso più lato, non cade in generale nella proprietà irrevocabile del proprietario del suolo o della vigna.

Però si domanda: se l'unione di più cose appartenenti a diversi proprietari non ha in generale per effetto di fare acquistare irrevocabilmente ad uno di essi la proprietà delle cose congiunte, avrà almeno per effetto di fargliela acquistare *revocabilmente*, cioè *finchè dura l'unione*?

Ecco un'altra quistione, assai distinta dalla precedente.

(20) §. 29. J. de rer. div. 2. 1. — l. 7. §. 10. D. de acq. rer. dom. 41. 1. — l. 7. §. 2. D. de excep. rei judic. 44. 2. — l. 98. §. 8. D. de solut. 46. 3.

(21) « Sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium poterit materiae do-
» minus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum
» de ea re agere » §. 29 in f. I. de rer. div. 2. 1.; Cf. l. 7 §. 10. D. de acq-
» rer. dom. 41. 1. — « Caementa resoluta prior dominus vindicabit » l. 23 §. 7
» D. de rei vindic. 6. 1. — « si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum
» dominum redit. » C. 2. Cod. de rei vind. 3. 32.

È opinione dominante tra i moderni scrittori che il *tignum junctum aedificio*, e in generale ogni cosa mobile congiunta come parte ad un'altra che rappresenta, o viene a rappresentare, un'unità specifica, cessi almeno momentaneamente, finchè dura l'unione, di appartenere alla persona cui apparteneva innanzi (22).

Io credo invece con altri scrittori (23) che la giurisprudenza romana abbia ritenuto che il diritto di proprietà al *tignum junctum aedificio* perduri tuttavia malgrado l'unione, e che non sia estinto neppure momentaneamente.

Il principio generale, che domina nella materia, è il seguente: « la proprietà di un *corpus connexum* (24) non implica la proprietà delle cose singole che lo compongono, ma queste, *come parti, e soltanto come tali*, si debbono riguardare comprese nel dominio del tutto ». — Così il proprietario di un oggetto che rappresenta di già una specie, non cessa di esserne proprietario, se l'oggetto vien completato con l'aggiunzione di un altro: costui rimane proprietario del tutto, e per conseguenza anche dell'oggetto aggiunto in quanto fa parte di esso. Le cose singole che fanno parte

(22) **Waechter** *Pand.* §. 133 Beil. III. e *Rechtslexicon* I. v. *Accession* pag. 20-26. **Demelius** *Exhibitionspflicht* pag. 100 e segg. — **Brinz** *Pand.* 2.^a ed. I. pag. 555 e 556 nota 13 §. 146. — **Pernice** *Labeo* II pag. 48. — **Gesterding** o. c. §. 34 pag. 252. — **Maynz** *Cours* §. 102. Come opinione dominante la designa il **Bechmann** o. c. pag. 47 in nota e il **Windscheid** *Pand.* §. 188. nota 13. — Non era però prevalente forse tra gli antichi. Cf. **Hotomanno** *Comm. in Inst.* §. 29 de rer. div. 2. 1. — **Vinnio** *Comm. in Inst.* §. 29 de rer. div. 2. 1. in v. *nec tamen is qui materiae dominus fuerat*. **Hubero** *Praslect.* §. 29 in pr. de rer. div. 2. 1. Cf. nota 30 di questo paragrafo.

(23) **Baron** *Gesamtrechtsverhältnisse* pag. 39 e segg. — **Windscheid** *Pand.* §. 188 nota 11-13. — **Keller** *Pand.* §. 139. — **Boecking** *Pand.* §. 153 appendice §. II. e pag. 153. — **Arndts-Serafini** *Pand.* §. 152. **Buggeri** *Possesso* Firenze 1880 I pag. 194. **Girtanner** *Lehrbücher für die Dogmatik* III pag. 163 e segg. — **Bechmann** o. c. pag. 41 e seg. **Ihering**. *Esprit* ed. cit. III pag. 63.

(24) Abbiamo veduto che il concetto dei corpora connexa è assai incerto. Nondimeno per rendere più evidente una relazione che esiste sopra questo punto fra la materia della proprietà e quella del possesso, e che sarà dimostrata in seguito, credo di dovermi servir qui del concetto di *corpus connexum*, sebbene i giureconsulti romani nell'affermare il principio posto nel testo non si siano letteralmente riferiti ad esso. Farò a suo tempo le debite riserve.

del tutto non sono materialmente perite; la loro individualità sussiste e può essere ristabilita, e però anche il diritto di proprietà deve continuare a sussistere. Bensì esse perdono, finchè dura l'unione, la loro individualità concettuale ed economica, e in questo rispetto la proprietà del tutto abbraccia la proprietà di quelle cose che lo compongono (25). La presente teorica, la quale come vedremo, dalla materia del dominio si riflette nella materia del possesso, risulta dalle leggi seguenti:

— L. 23. §. 2. D. de rei vindicatione 6. 1,

« Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuæ suae brachium aut pedem alienum adiecerit aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum aut mensae pedem, dominum eius totius effici vereque statuam suam dicturam *plerique* recte dicunt ».

— L. 23. §. 5. eiusd. tit. in fine.

« Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret; nam, si statuæ meae brachium alienae statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur ».

— L. 26. §. 1. D. de acq. rer. dom. 41. 1,

« Proculus indicat hoc jure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas rei spectaretur, si quid additum erit, toti cedit, ut statuæ pes aut manus, navi tabula, aedificio caementum; tota enim sunt cuius ante fuerant » (26).

Da esse apparisce anche che la teorica, la quale ammette una proprietà a un tutto, distinta dalla proprietà alle singole parti che lo compongono, non era in principio accolta da tutti i giuriconsulti, e molto probabilmente era da principio un'opinione particolare della scuola Proculejana (27).

Che poi in special modo la proprietà della cosa congiunta come parte in un tutto (*corpus connexum*) perduri assolutamente anche durante l'unione risulta da altre prove positive.

(25) Di qui la necessità di premettere l'actio ad exhibendum alla rei vindicatio per potere rientrare in possesso della cosa congiunta.

(26) Cf. anche l. 27 §. 2. D. de acq. rer. dom. 41. 1, e il mio lavoro cit. sulla ferruminazione §. X.

(27) Cuiacio, *Comm.* in tit. 1 de rei vind. lib. VI. Dig. ed. cit. vol. 7, col. 453. Cf. il lavoro cit. sulla ferruminazione paragrafo X, dove peraltro la differenza tra le due scuole è stata limitata senza ragione.

Prima di tutto (28) dalle espressioni:

— « nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desinit » eius dominus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere » — §. 29. I. de rer. div. 2. 1. — L. 7. §. 10. D. de acq. rer. dom. 41. 1.

— « cuius insula est non utique et caementa sunt » — l. 7. §. 2. D. de except. rei iudic.

In secondo luogo (29) da ciò che dice Paolo nella l. 98. §. 8 D. de solut. 46. 3.

— « Denique l. XII tabularum tignum aedibus junctum vindicare posse scit, sed interim solvi prohibuit ».

Con le parole *vindicare posse scit* (30), il giureconsulto riconosce che secondo la l. delle XII tavole il proprietario avrebbe l'azione nascente dal dominio (31); ma che essa viene ad essere

(28) Windscheid, *Pand.* §. 188 nota 11.

(29) Baron, o. c. pag. 59 nota 2.

(30) La Vulgata ha *sciscit*. Scipione Gentile, o. c. pag. 137: « *Lex XII tabularum vindicari tignum junctum posse scit*, id est, sciunt Decemviri » ita jus commune vulgatumque esse, ut dominis rerum suarum vindicatio detur, » ideoque et tignum alienum aedibus junctum vindicari jure posse, cum per eam junctionem non desinat quis esse dominus. Sed solvi id prohibuerunt etc. » — Cuiacio, *Comm.* in tit. IV ad exh. lib. X. Dig. ed. cit. vol. 7, col. 977: « et sic ait lex scit, ut in Novella 39, νόμος ἐπιζαταί, sicut etiam dicunt: » *lex putat*: igitur si de tigno juncto solvendo agi posset ad exhibendum lex » scit competituram vindicationem ». — Malansio, l. c. §. 6: « rursus vindicari tignum junctum per rerum naturam potest, quia tignum extinctum non est et pristinus dominus adhuc manet dominus, vindicari tamen propter civilem actionem lex XII tab. prohibet, et hoc est quod Paulus l. 98. ait: *lex XII tab. tignum aedibus junctum vindicare posse scit*. — Scire legem XII tab. » dixit Paulus eadem forma, qua idem alibi de hac ipsa lege agens in l. de eo » D. 63 de donat. inter v. et u. decemviros *sensisse*. Qua etiam Modestinus et Cicero leges XII tab. *putasse*; ille in l. statu liberos 25 D. de stat. lib.; hic in lib. IV de Rep.: *jurgare igitur*, inquit, *lex putat inter se vicinos non litigare* ». — V. anche Huschke, op. cit. pag. 26 nota 44.

(31) Cf. Demelius, o. c. pag. 104 nota 1. — Nella l. 23. §. 6. D. de rei vindic. 6. 1., nella l. 1. pr. de tigno juncto e altrove è negato l'esercizio della rei vindicatio. È meno naturale, mi pare, intendere nelle parole *vindicare posse scit* della l. 98. §. 8. D. de solutionibus che si tratti della rei vindicatio a unione disciolta. — Huschke, o. c. pag. 26: « quod ait Paulus l. 98 cit: » legem XII tab. *scire*, tignum aedibus junctum vindicari posse, h. e. non ita » domino suo perisse, ut nunquam ab eo peti possit ».

impedita nel suo esercizio per la facoltà concessa al convenuto di non sciogliere.

La **Glossa** (32) e altri scrittori (33) ritengono che il giureconsulto con l'espressione *vindicare posse scit (sciscit)* abbia inteso di parlare della *rei vindicatio* durante l'unione contro il congiungitore in mala fede *quasi dolo malo desierit possidere*; ma, come mostrerò in seguito, contro il congiungitore in mala fede non può darsi, quasi *dolo malo desierit possidere*, se non l'*actio ad exhibendum*.

Infine io credo che anche la l. 63 D. de donat. inter v. et u. offra un argomento in favore della nostra opinione, almeno in relazione alle idee del giureconsulto Paolo. Paolo nella l. 63. D. de donat. inter v. et u. accorda al coniuge donatario, per i materiali che il coniuge donante ha congiunti al proprio edificio, la *sola rei vindicatio* a unione disciolta. Ma se nel modo di vedere di quel giureconsulto i materiali avessero cessato di essere proprietà del coniuge donante, perchè accordare la *sola rei vindicatio* a unione disciolta, e non accordare durante l'unione la *condictio ex non concessa donatione*? Non dovrebbe accadere nel caso della congiunzione quello che accade nel caso dell'alienazione o della consumazione utile? La cosa rimane nel patrimonio del coniuge donatario, ma ha cessato di appartenere, e non importa se revocabilmente o irrevocabilmente, a quello del donante: sicchè nessun ostacolo vi dovrebbe essere ad accordare la *condictio* nei limiti dell'arricchimento che ha risentito il patrimonio del primo (34).

Dalle frasi — « caementa resoluta prior dominus vindicabit (35) » — « si vero fuerit dissolutum materia eius ad pri-

(32) **Glossa** ad l. 98. §. 8. D. de solut. in v. *sciscit*: « idest statuit, » alias, *si scit*, scilicet alienum, id est si mala fide iniunxit, et dic quod ad interesse procedit condemnatio per iurandum in litem, quia dolo desit possidere ».

(33) **Hunnio**, o. c. II. tract. I. quaestio XX. pag. 267. — **Harrprecht**, *Comm. in Inst.* §. 29 de rer. div. 2. 1. n. 10. — **Vinnio**, *Comm. in Inst.* §. 29 de rer. div. 2. 1. in v. *sed duplum pro eo praestet*.

(34) Cf. l. 5. §. 10, l. 29, l. 30, D. de donat. inter v. et u. 24. 1. — §. 26. I. de rer. div. 2. 1. **Gaio** II, 79: « nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt ». V. nota 18 di questo paragrafo e nota 39 del paragrafo IX.

(35) L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1.

» *stinum* dominum redit (36) » — non si può argomentare a contrario sensu (37) la estinzione del dominio al tignum, di fronte alle esplicite espressioni che ho riferite in principio. Se mai, sarebbe anche più assoluta nel senso della estinzione la frase della l. 7. §. 10. D. de acq. rer. dom. — nec tamen ideo qui materiae dominus fuit — alla quale però tengon subito dietro le altre parole — *desiit eius dominus esse, sed tantisper neque vindicare etc.* Apparisce di qui il valore che si deve attribuire alle espressioni *prior dominus, pristinus dominus*. Per indicare la persona che era proprietario innanzi la congiunzione, e che tuttavia rimane proprietario, occorre facilmente, come modo naturalissimo, di servirsi delle espressioni *prior dominus, is qui materiae dominus fuit*; perchè soltanto un argomento a contrario sensu può renderele improprie (38). Il che apparisce in modo evidente anche nella l. 26. §. 2. D. de acq. rer. dom. 41. 1. (39) dove le medesime parole *prior dominus* sono impiegate a indicare chi è rimasto proprietario e chi ha cessato irrevocabilmente di esserlo.

Il Demelius (40) obietta ancora il §. 4. della l. 7. D. de acq. rer. dom. 41. 1. (41) e il Baron (42) non sa trovare altro modo ad evitare l'obiezione che quello di correggere il passo e porre *meamve* in luogo di *meamque*. Ma, come ha sostenuto anche il Bechmann (43) non vi è bisogno di correzione. Il Bechmann consi-

(36) C. 2. Cod. de rei vind. 3. 32.

(37) Demelius, o. c.; Arndts-Serafini, Pand. §. 152 nota 1. n. 2. — Cf. Windscheid, Pand. §. 188 nota 13. Bechmann, o. c. pag. 43 e 47.

(38) Cf. Bechmann, o. c. pag. 46. in f.

(39) « Arbor radicibus eruta et in alio posita priusquam coaluerit prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit; et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alia terrae alimento aliam factam ». Cf. le espressioni: *qui materiae dominus fuerit* §. 25 I. de rer. div. 2. 1. l. 7. §. 7 de acq. rer. dom. 41. 1. — *cuius materia sit*. Galo, II, 79 — *cuius et fuerat, cuius et fuit* §. 24, 25, 31. I. de rer. div. 2. 1.; l. 7. §. 4. 6, 13. de acq. rer. dom. 41. 1. — *cuius et spicae fuerunt* l. 7. §. 7. de acq. dom. 41. 1. Sulle parole *pristinam causam* della l. 59 D. de rei vind. 6. 1. Cf. il Baron, o. c. pag. 32 nota 1.

(40) O. c. pag. 106.

(41) « In omnibus igitur istis in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit *meamque* efficit, si eam rem vindicem per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accessit dare ».

(42) O. c. pag. 44.

(43) O. c. pag. 46. Windscheid, Pand. §. 189 nota 4. .

dera la frase — *in omnibus igitur istis in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit* — quasi una frase ipotetica applicabile in genere a tutti i casi, in cui veramente la congiunzione fa acquistare una cosa altrui, e tale è appunto quello contemplato nel §. 3 della detta legge (44). Invece secondo il Demelius le parole citate si riferiscono necessariamente (*mit Nothwendigkeit*) non soltanto al caso contemplato nel §. 3, ma ancora a quello contenuto nel §. 2 della medesima legge (45). La disposizione, egli dice, contenuta nel §. 4, che cioè può essere opposta una exceptio doli alla rei vindicatio del proprietario della cosa principale, è applicabile all'uno e agli altri. Per parte nostra, se è vero quando si è detto più innanzi che, come regola generale, non vi è luogo ad un acquisto irrevocabile di una cosa congiunta ad un'altra in maniera da esser possibile lo scioglimento, dobbiamo invece ritenere che le parole citate si riferiscano necessariamente al caso contemplato nel §. 3, perchè la disposizione contenuta nel §. 4 non può mai essere applicabile a quelli contemplati nel §. 2.

Quanto al *tignum junctum vineae*, anche il Demelius (46) riconosce col Windscheid (47) che il diritto di proprietà perdura malgrado l'unione. Anzi, secondo l'uno e l'altro, non sarebbe necessario per potere sperimentare la rei vindicatio del *tignum junctum vineae* di premettere l'actio ad exhibendum. Onde, osservano essi, nel caso del *tignum junctum vineae* la legge delle XII tavole non veniva ad escludere l'actio ad exhibendum, ma bensì direttamente la rei vindicatio. S'intende però (48) che il legislatore delle XII tavole non poteva avere in mente questa distinzione, perchè l'actio ad exhibendum è stata introdotta più tardi nel diritto romano. Ritornero sopra questo punto in seguito.

(44) « Sed et id quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae, sed necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest ».

(45) « Si quis rei meae alienam rem ita adjecerit, ut pars eius fieret, veluti, si quis statuæ meae brachium etc. ».

(46) O. c. pag. 115 nota 1.

(47) *Pand.* §. 188, nota 22.

(48) Demelius, o. c. pag. 115.

XI.

Opinioni diverse degli scrittori intorno alla persona convenuta con l' actio de tigno juncto.

Contro chi si esercita l' actio de tigno juncto? Contro il possessore dell' edificio, ancorchè possedga in buona fede e non abbia congiunto; o contro il congiungitore (1), ancorchè non possedga più l' edificio e abbia congiunto in buona fede?

La quistione non è stata presa in esame da alcuno, quantunque esistano sopra di essa assai incertezze e assai svariate opinioni fra gli scrittori di diritto romano.

In generale è sfuggito che non sempre il congiungitore del tignum, proprietario o possessore del suolo, continua a possedere l' edificio, e che non sempre il proprietario o possessore dell' edificio è autore della congiunzione; onde poi è nata l' incertezza di molte opinioni (2).

Secondo alcuni **Glossatori** (3), l' actio de tigno juncto si eser-

(1) È superfluo l' avvertire che, quando si parla di congiungitore, non s' intende l' autore materiale della congiunzione, ma la persona in nome e per conto della quale fu fatta. — **Glossa** ad l. 23. §. 5. de rei vind. 6. 1. in v. *descendit*.

(2) Comunemente gli scrittori, trattando la teorica della inedificazione, distinguono due soli casi: 1.° quello di chi inedifica sul proprio suolo con materiali altrui; e in tal caso accordano l' actio de tigno juncto; 2.° quello di chi edifica sopra suolo altrui con materiali propri. È facile comprendere che una simile incompleta distinzione, sebbene corrisponda alle fattispecie che ci offrono le fonti, non è la più appropriata per dare un' idea precisa della teorica dell' actio de tigno juncto. Avrò occasione di fare dei richiami a questo punto. V. **Maynz**, *Cours* §. 102. — **Keller**, *Pand.* §. 139. — **Mühlenbruch**, *Doctr. Pand.* §. 256. — **Goeschen**, *Vorlesungen* §. 271. — **Waechter**, *Pand.* §. 133 Beil. III — e molti altri moderni ed antichi.

(3) **Glossa** ad §. 29. l. de rer. div. 2. 1. in v. *cum in suo*: « Nam » competit ei (domino) actio de tigno injuncto: cuius beneficio ab eo qui iniunctum vel iniunctum habet duplum consequi poterit ». — **Glossa** ad eumd. l. in v. *de tigno juncto*: « qua actione tenetur et qui iniunctum habet, licet non iniunxerit, et qui iniunxit, licet non possideat, sed altero solvente altero liberatur, ut D. de iis qui deie. vel effud. l. si vero §. si id quod, et de flu. l. j. in fin.; et quod vi aut clam l. competit §. fina ». — **Glossa** ad l. 23. §. 5 D. de rei vind. 6. 1. in v. *descendit*: « Item numquid is qui non iunxit, sed tantum junctum tenetur? Resp. ita ».

cita tanto contro il congiungitore del tignum, sebbene non possegga più l'edificio, quanto contro il possessore dell'edificio, ancorchè il tignum sia stato congiunto da altri. Pagato da uno di essi il duplum, l'altro è liberato. Argomentavano che il possessore fosse tenuto alla pari del congiungitore dalle ll. 5. §. 9 D. de iis qui deie. vel effud. D. 9. 3; 1. §. 22. D. de flum. 43. 12; 16. §. 2. D. quod vi aut clam. 43. 24.

Secondo altri **Glossatori** (4), la vera azione de tigno juncto in duplum aveva luogo contro il congiungitore in mala fede; congiungitore, che essi ritenevano si facesse colpevole di furto per il fatto stesso del congiungimento. Contro il congiungitore in buona fede aveva luogo nel loro modo di vedere un' actio de tigno juncto in simplum.

Il **Donello** crede che l' actio de tigno juncto avesse luogo contro il congiungitore del tignum in buona o in mala fede, purchè fosse l'attuale possessore dell'edificio (5). Contro colui che congiunse, ma poi cessò di possedere, come pure contro colui che possiede, ma non fece la congiunzione, non vi può essere actio de tigno juncto. Se si dà il caso che il congiungitore abbia cessato di possedere, il proprietario dei materiali ha soltanto un' actio in factum contro il nuovo possessore. Codesta actio in factum, che il **Donello** ritiene accordata dalla l. 23. §. 5. D. de rei vind. 6. 1, è un'azione tamquam ex damno dato: « nam cum

(4) **Glossa** ad l. 23. §. 6. D. de rei vind. 6. 1. in v. *descendit*: « Sed » numquid etiam bonae fidei possessor tenetur in duplum. — *Quidam* dixerunt » in simplum tantum arg. j. de do. inter. vir et uxo. l. de eo ». — **Glossa** ad §. 29. I. de rer. div. 2. 1. in v. *de tigno juncto*: « Item numquid haec actio » competit etiam contra eum qui bona fide iniunxit. Resp. sic.: ut licet contra » dixerint quidam ». — V. anche **Glossa** ad l. 63. D. de donat. inter. v. et u. 24. 1. in v. *furtivum*. È incerto se questi Glossatori ritenessero che il congiungitore di mala fede avesse a essere possessore attuale dell'edificio per potere intentare contro di lui l'actio de tigno juncto.

(5) *Comm. I. C. IV. 33. §. 17.* « Illud notandum actionem de tigno juncto » dari in eum qui tignum junxisse convictus erit. Quae res facit, ut si domi- » nus soli tignum non junxerit, sed ab alio forte bonae fidei possessore junctum » nunc possideat, actione de tigno juncto non teneatur. Sed erit hoc casu do- » mino materiae adversus dominum areae actio in factum, ut vel tignum resti- » tuat vel praestet aestimationem ut fit aliis in rebus junctis, quae separari et » aliqua de caussa vindicari non possunt l. in rem §. item quaecumque D. de » rei vindic. ».

» possit dominus soli restituere tignum exemptum ab aedibus, si
» non restituit et ita vindicationem itemque actionem ad exhiben-
» dum domino adimit, perinde hoc est ac si tignum illud absum-
» psisset. Quam ob causam eodem modo teneri debet, quo is
» tenetur, qui animal nostrum solvit, ut effugeret, aut annulum
» projecit in profluentem (6) ».

Il Cuiacio, sebbene tratti con ampiezza dell'actio de tigno juncto in vari luoghi (7), non è stato tanto chiaro ed esplicito da potere affermare con sicurezza, se nel modo di vedere di lui l'actio de tigno juncto era diretta contro il possessore, o contro il congiungitore-possessore, o contro il congiungitore. L'actio de tigno juncto, secondo il Cuiacio, ha luogo per i tigna furtiva, è una specie dell'actio furti concepti - « est quaedam actio furti concepti » - è l'actio furti concepti propria dei tigna (8). L'actio furti concepti vera e propria, che era, giusta il diritto pretorio, un'actio in triplum, e, giusta il diritto civile, un'actio in quadruplum, richiedeva che il ritrovamento avvenisse con certe formalità solenni: ma i « tigna non sunt in occulto et sunt inventu facilia et ob id » etiam est specialis actio tigni furtivi concepti in duplum tantum » (9). Sembrerebbe dunque che per il Cuiacio l'actio de tigno juncto nascesse assolutamente dal fatto del ritrovamento di un tignum (junctum) furtivum presso qualcuno, e che si desse così contro colui presso il quale il tignum (junctum) furtivum fu ritrovato, cioè contro il possessore dell'edificio, ancorchè non fosse l'autore della congiunzione. Eppure io non ho trovato che il Cuiacio designi esplicitamente il possessore dell'edificio come la persona contro cui è diretta l'actio de tigno juncto; anzi in tutti i luoghi, nei quali accenna alla persona contro cui è diretta l'actio de tigno juncto, o egli s'immagina che il possessore dell'edificio sia quella medesima persona che ha operata la congiunzione, o parla sempre di congiungitore e mai di possessore. Per esempio, fra i tanti, nei seguenti:

— « dari eam arbitror in non furem qui bona fide tignum
» injunxit hac sola ratione, quod tignum furtivum apud eum con-
» ceptum sit, quod vindicari non potest, nam vindicationis loco

(6) l. c. Cf. anche *Comm. I. C. IV, 34. §. 5.*

(7) V. nota 2. paragrafo IV.

(8) *Comm. in tit. ad exhibendum D. 10. 4. ed. cit. vol. 7. col. 979.*

(9) *Comm. in tit. ad exhibendum cit.*

» simul et concepti furti ratione domino in eum datur actio in tigni duplum etc. (10).

— Eadem in duplum actionem ex XII tabulis in non furem, » id est *in eum qui ignorans alienum tignum quod erat furtivum suo aedificio junxit*..... Ratio haec est; quia tignum » furtivum apud eum conceptum etc. (11).

— « Ideoque adversus eum *qui bona fide tignum alienum, quod erat furtivum junxit*, suis aedibus, est actio in duplum » ex XII tabulis, quia tignum furtivum apud eum conceptum » est (12).

— « in nescientem autem non est vindicatio tigni, non actio » ad exhibendum, ne in id quidem quod interest, cum caret dolo » *qui junxit tignum aedibus suis vineaeve suae*, sed actio in » duplum quasi furti concepti, si tignum fuerit furtivum. Si ti- » gnum, quod nesciens junxit suo aedificio, fuerit furtivum, puta » subreptum ab alio, tenetur *is qui bona fide junxit*, non in » rem, non ad exhibendum, sed actione de tigno juncto in duplum » nomine furti concepti, non nomine tigni juncti, sed furti apud » eum deprehensi et recogniti etc. » (13).

È perciò da ritenersi, sebbene non si possa affermarlo con sicurezza, che, secondo il Cuiacio, l'actio de tigno juncto avesse luogo contro il congiungitore - possessore di un tignum furtivum (14).

(10) *Paratitla* in lib. D. de tigno juncto 47. 3. ed. cit. vol. 7. col.

(11) *Observ.* 23. 19. ed. cit. vol. 1. col. 1054.

(12) *Comm.* in lib. XXI Pauli ad Edictum ad l. 23. §. 6. D. de rei vind. 6. 1. ed. cit. vol. 5 col. 473.

(13) *Comm.* in tit. D. de rei vind. 6. 1. ed. cit. vol. 7. col. 458.

(14) Anche il **Pellat** *Exposé* cit. nel commento alla l. 23. §. 6. D. de rei vind. 6. 1. sembra che accordi l'actio de tigno juncto contro il possessore di un tignum furtivum; ma è facile vedere come egli si immagini che il possessore sia quella medesima persona che ha fatta la congiunzione: « Si le tignum » est furtivum, c'est à dire a été volé, le propriétaire de la maison est tenu par » une action dite de tigno juncto.... Il en est tenu (*le propriétaire*) soit qu'il » ait su, soit qu'il ait ignoré que le tignum était furtivum avec cette différence » toutefois que dans le premier cas cette action sera considérée comme pure- » ment penale et n'empêchera pas le propriétaire des matériaux d'agir ad exhibendum (*dunque il proprietario della casa è quegli che ha congiunto, altrimenti non potrebbe esser perseguitato con l'actio ad exhibendum!*) pendant » que le matériaux adhèrent à la maison etc. »

Il **Fabro** invece è abbastanza esplicito nell' accordare l' actio de tigno juncto contro il congiungitore - possessore di un tignum furtivum (15). Contro colui che possiede, ma non congiunse, non vi è actio de tigno juncto. « Quid si quis non tignum ipse junxerit, sed junctum habeat? Accursius putat idem esse. Male. Nam » actione de tigno juncto non alius tenetur quam qui junxisse con- » victus est » (16). Contro colui che congiunse, ma ha cessato di possedere, non vi è actio de tigno juncto; « quia non alius actio- » ne ista teneri potest quam qui vindicatione teneretur jure com- » muni si lex non prohiberet: in quo numero non esset faber, sed » tantum dominus aedium » (17).

Della medesima opinione del Cuiacio e del Fabro suppongo che sia anche il **Vangerow** (18), quantunque non abbia espressa la sua idea con molta chiarezza. « Se dunque i materiali congiunti » sono furtivi, non solo si darà l' actio de tigno juncto contro lo » stesso ladro *gegen den Dieb selbst*; (intendi *contro il congiun-* » *gitore di mala fede*, e sottintendi *tuttavia possessore*, come » mostra l' actio ad exhibendum che è accordata più sotto contro » di lui) ma però con essenziali differenze. Perchè nel primo caso » insieme all' actio de tigno juncto concorre cumulativamente con- » tro il ladro (*congiungitore in mala fede - possessore*) l' actio » ad exhibendum; non già contro di lui quasi possidentem, perchè » l' esibizione del tignum non può esser richiesta, ma bensì ita » quasi dolo malo fecerit quominus possideat etc. ».

Secondo il **Sell K.** (19), l' actio de tigno juncto è diretta contro il congiungitore come tale in buona o in mala fede, ancorchè

(15) Cf. il **Gentile** l. c. pag. 136: « In furtivo igitur tigno ita jus est: » agi de eo potest, etiam dum junctum aedibus est et adversus malae fidei pos- » sessorem et adversus bonae fidei, sed varie. Nam adversus malae fidei *posses-* » *sorem, qui sciens alienum aedibus junxit* est actio ex XII tabulis in duplum » eaque mera poena est ».

(16) *Rationalia in Pand.* ad l. 23. §. 5. de rei vind. 6. 1. - Seguono queste parole, con le quali sembra che il Fabro abbia voluto soltanto affermare che il congiungitore deve essere anche possessore: « Idemque mihi videtur si » tignum furtivum fuit. Nam quemadmodum posset vindicari tignum tamquam » furtivum, etiamsi possessor neque furatus esset, neque junxisset, nisi lex XII » tab. prohiberet, ita et actione de tigno juncto teneri eum aequum est, quem » lex illa XII tab. quasi pro vindicatione dedit ».

(17) *Rationalia in Pand.* l. c.

(18) *Pand.* §. 300. Anm.

(19) o. c. §. 10. pag. 24.

non possenga. Il Sell ha creduto, secondo me a torto, che il Cuiacio accordasse l'actio de tigno juncto anche contro il possessore in buona fede di un tignum furtivum, sebbene non avesse congiunto. Questo, osserva il Sell, è in contraddizione con le nostre fonti, che accordano l'actio in duplum soltanto in *eum qui convictus est junxisse* l. 1. D. de tigno juncto 47. 3.: che parlano del convenuto *qui alienam rem aedificio inclusit vinxitve* l. 1. §. 2. D. eod. tit., l. 23. §. 6. D. de rei vind. 6. 1.: e che nella l. 2. D. de tigno juncto cumulano, senza punte restrizioni, con l'azione tigni furtivi nomine la rei vindicatio. Segno evidente, aggiunge il Sell, che, trattandosi di tignum furtivum, esse hanno di mira soltanto colui che ha fabbricato in mala fede; perchè è decisamente contro di esso, e non contro il possessore di buona fede, che sono accordate le due azioni. Però, secondo il Sell, la legge delle XII tavole parlava soltanto di un *tignum furtivum*, cioè accordava l'actio de tigno juncto soltanto contro il congiungitore in mala fede, il quale, secondo il Sell, per il fatto del congiungimento si fa sempre reo di furto (20). È la giurisprudenza che ha esteso la disposizione delle XII tavole al caso in cui il tignum era stato congiunto per un errore, accordando l'azione contro il congiungitore di buona fede.

Prescindendo da quest'ultima idea intorno allo svolgimento storico, che avrebbe avuto la teoria dell'actio de tigno juncto, e che trovasi riferito in qualche altro scrittore (21), l'opinione del Sell pare sia l'opinione più ricevuta nella scienza. Accordano l'actio de tigno juncto contro il congiungitore come tale e qualunque sia: il Vinnio (22), l'Heineccio (23), l'Harrprecht (24), l'Hubero (25), il Maiansio (26), etc.: e fra i moderni il Goeschen (27),

(20) Cf. quanto ho già detto nel paragrafo VIII.

(21) *Maynz Cours* II. §. 286. cf. I. §. 102.

(22) *Comm. in Inst.* §. 29. de rer. div. 2. 1. in v. *sed duplum pro praestel.* « Moribus harum regionum actio in duplum de tigno juncto exolevit con- » suliturque domino materiae actione in factum ad pretium consequendum, uti » et jure antiquo ei consulebatur adversus dominum soli, qui ipse tignum non » junxerat, sed ab alio forte junctum possidebat; nam in eum demum, qui con- » victus erat junxisse, in duplum dabatur actio ».

(23) *Notae ad Vinni Inst.* §. 29. de rer. div. 2. 1.

(24) *Comm. in Inst.* §. 29. de rer. div. 2. 1.

(25) *Praelectiones I. C.* §. 29 de rer. div. 2. 1.

(26) o. c. §. 12.

(27) *Vorlesungen* §. 271.

l'Unterholzner (28), lo Schmid (29), il Keller (30), il Gesterding (31), il Waechter (32), il Guadagni (33), il Westphal (34), etc. Però anche questi scrittori, che si può dire rappresentino la communis opinio, come tutti gli altri che accennano alla nostra questione, non hanno posto mente alle due ipotesi, assolutamente distinte, di un congiungitore che ha cessato di possedere l'edificio e di un possessore che non ha congiunto il tignum (35). Mentre indicano sempre il congiungitore come la persona contro cui è diretta l'actio de tigno juncto, non affermano, in generale, positivamente che l'azione ha luogo soltanto contro il congiungitore anche se ha cessato di possedere. Anzi bene spesso si servono di certe espressioni, dalle quali risulta che essi si immaginano il congiungitore del tignum come tuttavia possessore dell'edificio. Per esempio, il Maiansio (36) per dar ragione dell'esservi un'actio in duplum contro colui che congiunse in buona fede dice: « Quod acquis- » simum est; nam injuria, quae tigni domino fit, commodo aliquo » pecuniario compensanda fuit, et pro duplo quod ille accepit, » maius vicissim commodum consequitur is qui junxit, *ne videlicet » cogatur tignum eximere cum metu ruinae aedium suarum aut » periturae vitis* ». E l'Hubero (37) ha le seguenti espressioni: » tunc enim nulla est ratio cur non aedificatori, *eximendo tignum,* » si deterius non sit, liberare se possit » — « de aedificatore ca- » vit eadem lex, *ne is tignum eximere cogatur* » — « atque ita

◀(28) *Schuldverhältnisse* II §. 670.

(29) *Handbuch* §. 10. I pag. 139-141.

(30) *Pand.* §. 139.

(31) o. c. §. 31. pag. 224.

(32) *Rechtslexicon* v. Accession pag. 27. — *Pand.* §. 133. Beil. III n.º III.

(33) *Iust. I. C.* §. 177.

(34) o. c. §. 441-442. Il Westphal, mentre nega che contro il possessore, che non ha congiunto, possa aver luogo l'actio de tigno juncto, rigetta però l'opinione del Vinnio (v. nota 21) che contro di lui venga accordata un'actio in factum ad simplum. Questa azione, dice il Westphal, è meramente personale e non può essere accordata che nel caso in cui il nuovo possessore sia un acquirente a titolo gratuito nella misura dell'arricchimento. E cita la l. 52 D. de rei vindic. 6. 1.; la quale però non giustifica la di lui opinione.

(35) Cf. nota 2 di questo paragrafo.

(36) o. c. §. 13 in fine.

(37) *Praelectiones* l. c. — Cf. Gesterding, l. c.; Vinnio, l. c.

» non is tantum qui mala fide, sed et qui bona fide junxit, cui
» propter optionem de qua diximus injuria non fit; etenim *solvat*
» *atque reddat tignum*, si gravari se putet ».

Qualcuno poi, dopo avere indicato il congiungitore come la persona contro cui è diretta l'actio de tigno juncto, parlando di essa, la designa come possessore (38) senza quella esplicita dichiarazione che fanno il Fabro e il Donello. Così, per esempio, l'**Heimbach** (39) dopo aver definita l'actio de tigno juncto: « un'azione » personale per mezzo della quale il proprietario ottiene il duplum » del danno sofferto *da colui che ha adoperato i materiali* » aggiunge: « questa azione è diretta contro il possessore di buona » e di mala fede ». Un altro esempio (e non ne aggiungerò di più, perchè, sarebbe superfluo) del difetto ora accennato l'offre anche il **Puchta** (40). Dovendo tener conto di certe parole (41) che si trovano a pag. 394 e di altre (42) a pag. 393, sembrerebbe che il Puchta desse l'azione de tigno juncto contro il congiungitore (*Verwender*). Ma più sotto a pag. 396 il convenuto è indicato varie volte con la parola *Besitzer* (possessore); poi sulla fine del capoverso il convenuto è indicato con la parola *Verwender*; e più sotto ancora a pag. 396-397, quando il Puchta esamina la quistione, se a unione disciolta vi sia la rei vindicatio contro colui il quale aveva già pagato il duplum, s'incontrano le seguenti parole: » trattandosi del congiungitore (*Verwender*) in mala fede, non vi » era di certo nessun dubbio, a meno non fosse già stato costretto » al risarcimento del valore con l'actio ad exhibendum. Se il tigno » era furtivo, ma il congiungitore (*Verwender*) si trovava » in buona fede, l'analogia dell'actio furti concepti doveva con- » durre alla medesima decisione di fare accordare la rei vindicatio. Nondimeno anche qui propriamente è punito il ladro, » contro il quale il possessore (*Besitzer*) ha il suo regresso ».

(38) Cf. nota 3 e nota 14.

(39) *Rechtslexicon*, Actio de tigno juncto, I pag. 74.

(40) o. c. nella Bibliografia.

(41) « Ulpiano non dice affatto che l'azione sia diretta contro il congiungitore (*Verwender*) in mala fede, ma soltanto *in eum qui convictus est junxisse in duplum dat actionem* ».

(42) « Paolo accorda l'azione contro colui il quale ha impiegato il materiale altrui senza saperlo ».

Secondo il **Brunnemanno** (43), l'azione de tigno juncto ha luogo contro il congiungitore in mala fede (che anche per lui si fa colpevole di furto) e contro il congiungitore in buona fede di un tignum furtivum. Se il tignum è stato congiunto in buona fede e non è furtivo, ha luogo contro il congiungitore soltanto un'azione *ad aestimationem*.

Il **Van Wetter** (44) si esprime così intorno alla nostra questione: « Quando vi era stato furto dei materiali da costruzione » impiegati in una casa o in una vigna, la legge delle XII tavole » accordava anche un'azione penale distinta, l'azione de tigno » juncto, che serviva a ottenere dal ladro (*intendi, dal costruttore in mala fede*) il doppio del prezzo dei materiali. L'azione » ne non era accordata che quando l'acquirente aveva fatta la » congiunzione in mala fede (*solito errore di credere che il possessore di mala fede si possa far colpevole di furto*); la pena » del doppio applicata a un costruttore di buona fede sarebbe ingiustificabile, quantunque la generalità degli autori sia d'avviso » contrario » (45).

Secondo il **Pagenstecher** (46) l'azione de tigno juncto per le XII tavole aveva luogo contro il congiungitore quando si era reso colpevole di furto, cioè dice il Pagenstecher, quando aveva congiunto in mala fede, anche se per avventura non fosse stato il proprietario dell'edificio. Se però il congiungitore era in buona fede, allora, non per la lettera della legge, ma per l'interpretazione dei giureconsulti, l'azione doveva esser diretta contro il proprietario (o possessore) dell'edificio.

(43) « Actio haec vel meram poenam continet, ut si detur contra mala » fide jungentem; vel mixta est, quae datur etiam contra bona fide jungentem, » sed si tignum furtivum; vel ad solam aestimationem, si est non furtivum tignum, sed alienum tantum et in bona fide jungens ». *Comm. in Pand.* 47. 3. - **Teod. Marcellio** *Interpretamentum Leg. XII Tab.* cap. 50 (Ottonis Thesaurus tom. IV. col. 280) **Goeddo** *Comm. in tit. XVI lib. 50 Dig.* ad l. 62.

(44) *Cours de D. R.* §. 117.

(45) Di codesta idea erano già alcuni Glossatori v. nota 3. - Anche l'**Ihering** *Esprit* ed. cit. vol. II. pag. 114. accorda l'actio de tigno juncto soltanto contro colui che aveva congiunto in mala fede. Osservo però che in un altro lavoro dell'**Ihering** *de la faute en droit romain* (Schuldmoment) trad. par O. de Meulenaere, Paris 1882, pag. 14 è detto che l'actio de tigno juncto tendeva al duplum anche contro il possessore di buona fede.

(46) o. c. I pag. 100.

All' **Huschke** è sembrato che anche qui vi fosse una diversità di vedute tra i giureconsulti romani. Ulpiano dava l'azione de tigno juncto contro il congiungitore di mala fede — *contra eum qui sciens alienum tignum coniunxit* (47) — *adversus eum qui jungendo furtum fecit* (48) *sive idem possideat sive minus* (49). Paolo e Gaio invece davano l'azione contro il possessore qualunque fosse « *utrum tignum sit furtivum necne, utrum is qui possidet, ipse sciens junxerit, an aedificio innexo tigno bona malave fide emerit* (50) ».

Riepilogando: alla dimanda — contro chi è diretta l'actio de tigno juncto — si trova che, senza tener conto dell'incertezza della maggior parte, vengono date parecchie differenti risposte:

1.^a Contro il congiungitore o elettivamente contro il possessore di qualunque tignum — **Glossatori**.

2.^a Contro il congiungitore — possessore di qualunque tignum — **Donello**.

3.^a Contro il congiungitore — possessore di un tignum furtivum — **Fabro**.

4.^a Contro il congiungitore di mala fede per la legge delle XII tavole, in seguito anche contro il congiungitore di buona fede — **Sell**.

5.^a Contro il congiungitore in buona o in mala fede — **Communis opinio**.

6.^a Contro il congiungitore in mala fede e contro il congiungitore in buona fede di un tignum furtivum — **Brunnemann**.

7.^a Contro il congiungitore in mala fede — **Van Wetter**.

8.^a Contro il congiungitore in mala fede; o se il tignum fu congiunto in buona fede, contro il possessore. — **Pagenstecher**.

(47) o. c. pag. 13.

(48) V. nota 17 paragrafo IX.

(49) In onta a questa esplicita dichiarazione, l'**Huschke**, parlando delle leggi di Ulpiano nel titolo de tigno juncto, osserva: « Hic audis legem XII » tabularum ad tignum furtivum pertinere actionemque de tigno juncto adversus » eum qui junxisse (*sottintendi, sciens*) convictus sit h. e. *apud quem tanquam furem res concepta sit* etc. » o. c. pag. 6-7. — Ora colui *apud quem tanquam furem res concepta est* deve essere possessore, mentre colui *qui convictus est junxisse* può non esserlo.

(50) o. c. pag. 6. — Come l'**Huschke**, il **Sintenis**, *Civilrecht* §. 50 nota 52.

9.^a Contro il congiungitore in mala fede per Ulpiano; contro il possessore per Paolo e Gaio — **Huschke**.

XII.

Opinioni diverse intorno alla natura dell' actio de tigno juncto e della prestazione che n' è l' obietto.

Anche intorno alla natura dell' actio de tigno juncto e della prestazione che n' è l' obietto, il duplum, s' incontrano le più svariate opinioni; tanto più svariate, perchè alle difficoltà che provengono dalle questioni particolari alla legge de tigno juncto se ne aggiungono altre che provengono da quistioni estranee e d' indole più generale.

In nessun luogo delle fonti si trova specificato quale sia la natura dell' actio de tigno juncto o quella del duplum; si è creduto però di poterle determinare, tenendo conto delle altre particolarità, di cui si ha notizia positiva. In generale quasi tutti gli scrittori definiscono la natura dell' actio de tigno juncto in ordine a una notissima partizione delle azioni: azioni penali (*actiones poenales*) azioni repersecuratorie (*actiones rei persecutendae causa comparatae* o *actiones rei persecutoriae*) e azioni miste (*actiones mixtae tam rei quam poenae persecutendae causa comparatae*). E siccome intorno a questa partizione si affaticano e discordano tuttavia gli interpreti moderni (1), è naturale che la molteplicità e l' incertezza delle opinioni intorno alla natura dell' actio de tigno juncto si accresca.

Non si trova nemmeno in qualunque luogo delle fonti regolato il concorso dell' actio de tigno juncto con altre azioni. Ma gli scrittori si sono accinti anche a questo: e essendo incerta la natura dell' actio de tigno juncto, incerta di per se stessa la materia del concorso delle azioni, è facile immaginare che anche qui tanti sono gli scrittori e quasi altrettante le sentenze.

Per molti scrittori l' actio de tigno juncto ha un carattere di azione penale; cioè per alcuni di azione penale pura, per altri di azione penale mista. Un' opinione opposta, seguita egualmente da

(1) **Arndts-Serafini**, Pand. I parte prima 4.^a ed. 1882, §. 98.

molti, vuole che l'actio de tigno juncto sia un'azione repersecuratoria. Un'opinione intermedia fra le due, e seguita dalla maggior parte, vuole che l'actio de tigno sia penale in certi casi e repersecuratoria, oppure mista in certi altri.

Una diversità di opinioni correlativa esiste intorno alla natura della prestazione ch'è oggetto dell'actio de tigno juncto. Per molti scrittori il duplum dell'actio de tigno juncto ha un carattere di pena; cioè di mera pena, secondo alcuni, secondo altri, in parte di pena e in parte di compenso. Un'opinione opposta nega ogni carattere di pena: un'opinione intermedia fra le due vuole che il duplum abbia in certi casi soltanto il carattere di pena; o, come è sostenuto da alcuni, in certi casi un carattere di pena e in certi altri un carattere misto.

Mi è necessario ora di imprendere un'esposizione alquanto minuta delle diverse opinioni.

Secondo alcuni **Glossatori**, l'actio de tigno juncto è un'azione mixta; una parte del duplum rei persecutionem continet, l'altra è a titolo di pena. Perciò contro il congiungitore di mala fede, che essi credevano per quell'errore che ho tante volte avvertito, si facesse colpevole di furto, competono cinque azioni; cioè, la rei vindicatio, l'actio ad exhibendum, l'actio de tigno juncto e la condictio furtiva. La prima, la seconda e la quarta concorrono elettivamente; tutte e tre concorrono con la terza, cioè con l'actio de tigno juncto, cumulativamente quanto al simplum; la quinta concorre cumulativamente con tutte per l'intero (2).

Secondo il **Fabro**, l'actio de tigno juncto è un'azione sostituita a tutte quelle nascenti dal furto per il caso speciale del ti-

(2) « Item nota quod contra hunc malae fidei possessorem (la Glossa sup-
» pone che il congiungitore sia e rimanga possessore) quinque competunt actio-
» nes, scilicet rei vindicatio, item ad exhibendum, item de tigno juncto, item
» condictio furtiva et actio furti. Item duae primae dantur quasi desierit dolo
» possidere, aliae non. Item prima et secunda et quarta, quia rei persecutoriae
» sunt invicem una per aliam tollitur. Idem in tertia quantum ad simplum unum,
» quod rei persecutionem continet. Quinta vero scilicet furti nullam persecutio-
» nem tollit, sed tantum poenae; sed actio de tigno juncto in eo quod poenam
» continet actioni furti detrahit: aliae vero non, quia rem persequuntur ». —
Glossa ad l. 23. §. 6. D. de rei vindic. 6. 1. in v. descendit. **Haenell**, *Dissens.*
dom. Cod. Chis. §. 73. pag. 172 « et consequetur duplum in quo inerit et dupli
(*tigni?*) persecutio §. 74 pag. 172.

gnum junctum (3). E perciò, secondo il Fabro, ha errato l'Accursio, affermando che contro il congiungitore in mala fede competono cinque azioni. Oltre l'actio de tigno juncto, dice il Fabro, non compete neppure la rei vindicatio a unione disciolta, se il proprietario del tignum ha già conseguito il duplum. « Ratio est » quia lex XII tabularum expressim cavit, ut duplum illud pro » tigno juncto prestaretur: non ergo voluit lex XII tabularum et » poenam peti posse et tignum solutum vindicari (4) ». Il Fabro non aggiunge la ragione, per la quale la legge delle XII tavole avrebbe trattato con tanto riguardo i ladri (congiungitori di mala fede) di materiali da costruzione in confronto degli altri; mentre, se mai, sembrerebbe più giusto che in confronto degli altri fossero trattati con speciale rigore (5).

L'Huschke (6) anche qui pone in rilievo una diversità di opinioni, che sarebbe esistita tra giureconsulti romani. Secondo Ulpiano, l'azione è meramente penale, fondata sul fatto del congiungimento. Il convenuto con l'actio de tigno juncto non si libera, sborsando il duplum, dall'actio furti: altra è la pena del furto e altra è la pena del tignum junctum furtivum. L'actio de tigno juncto trae con se l'infamia; non può esser diretta contro gli eredi, e se più sono le persone che congiunsero in mala fede, tutte sono obbligate in solido, e la pena prestata da una non libera le altre. Secondo Paolo e Gaio, l'azione è in luogo dell'actio ad exhibendum: è un'actio in rem scripta e rei persecutoria o, se si vuole, un'actio mixta (7): non reca seco l'infamia, e se più sono le persone da convenirsi, come nel caso di composessio, l'azione si di-

(3) « actio furti pro qua substituta est specialis actio de tigno juncto, sicut » et pro caeteris omnibus, ut sola illa teneret, quandiu tignum junctum esset » — « ut nulla furti actio hoc nomine detur quam illa de tigno juncto, quae non » est nisi de tigno furtivo ». *Rationalia in Pand.* ad l. 23. §. 5. D. de rei vindic. 6. 1. in v. *nisi adversus eum qui sciens*.

(4) l. c. nota precedente.

(5) Anche il Pernice, *Labeo II.* pag. 149 nota 6, dice che indubbiamente l'actio de tigno juncto è stata concepita dai giureconsulti romani come qualche cosa di simile all'actio furti, cioè come azione penale — *etwas der actione furti ähnliches, also als Pönalklage*.

(6) o. c. pag. 5-7 e 14-15.

(7) « quasi in locum actionis ad exhibendum succedentem in rem scriptam » esse et rei persecutoriam, sive, si mavis, mixtam ». o. c. pag. 6.

vide pro rata. Il duplum non si calcola sull'id quod interest, ma sulla stima della cosa; giacchè il duplum, come tale, sta a rappresentare l'id quod interest a somiglianza del duplum nell'actio rationibus distrahendis (l. 1. §. 20. D. de tut. et ratt. distrah. act. 27. 3). « Neque novum est in duplum actiones solius damni ratione » competere, velut iudicati, auctoritatis, depositi, quae omnes ex » lege XII tab. descendunt (8) ».

La maggior parte degli scrittori ritiene che vi fosse una duplice actio de tigno juncto, una penale e l'altra mista, o come altri vogliono, una penale e l'altra rei persecutoria. Differiscono però nel determinare i casi in cui l'azione è penale, nel determinare il fondamento della penalità e la natura della prestazione nei casi in cui l'azione non è penale.

Come ebbi già occasione di accennare al paragrafo XI, il Cuiacio crede che l'actio de tigno juncto sia una specie di actio furti concepti — *quaedam actio furti concepti* — che sia l'actio furti concepti propria dei tigna. L'actio furti concepti era in quadruplum, se la cosa furtiva era stata ritrovata con formalità solenni, cum lance et licio testibus praesentibus; ma questo avveniva, secondo il Cuiacio, per le cose che si potevano nascondere. Invece i « tigna » non sunt in occulto et sunt inventu facilia et ob id etiam est » specialis actio tigni furtivi concepti in duplum tantum (9). » Contro il ladro (congiungitore in mala fede possessore) l'azione è meramente penale; e concorre cumulativamente con l'actio ad exhibendum, con l'actio furti, con la condictio furtiva e con la rei vindicatio a unione disciolta. Contro il congiungitore (possessore) in buona fede di un tignum furtivum l'azione è mista « quia consumit rei vindicationem. » — « Merito, osserva il Cuiacio stesso, interrogaverit quis » cur ignorans teneatur in duplum? quia scilicet apud eum conceptum est furtivum tignum ». — E poi aggiunge: « nec fit injuria » ignorantibus apud quem concipiuntur tigna, quae ipse junxit imprudens, cum habeat regressum per actionem furti oblata ad » versus eum a quo imprudens tignum accepit » (10).

(8) o. c. pag. 12.

(9) *Comm. in tit. ad exhibendum. D. 10, 4 ed. cit. vol. 7, col. 979. — Cf. Comm. in lib. XXI Pauli ad Edictum ad l. 23 D. de rei vendic. 6, 1, ed. cit. vol. 5, col. 474 — Observat. 23, 19, ed. cit. vol. 1, col. 1054.*

(10) L'idea del Cuiacio che l'actio de tigno juncto sia una specie di actio furti concepti è seguita da altri. *Zoestius Comment. in Dig. 47, 3. — Si veda*

È un fatto però che la distinzione posta dal Cuiacio fra i tigna furtiva e le altre cose furtive agli effetti del ritrovamento non si riscontra nelle fonti (11); nè l'actio de tigno juncto (concepto) è ricordata sia da Gaio III, 183 sia dalle Istituzioni de oblig. quae ex del. 4. 1. dove è discorso delle azioni furto cohaerentes. Inoltre non si comprende, e l'ho già rilevato nel paragrafo precedente, come mai il Cuiacio, parlando della persona convenuta con l'actio de tigno juncto, supponga che sia quella medesima che ha fatta la congiunzione del tignum, *is qui junxit*. Se l'actio de tigno juncto è l'actio furti concepti dei tigna, essa deve esser diretta contro il possessore dell'edificio, sia stato o no l'autore del congiungimento. Nè si dovrebbe far distinzione fra il caso della buona fede e il caso della mala fede, perchè l'actio furti concepti è in ogni caso un'azione penale (12).

Anche il Sell K. (13) ritiene che l'actio de tigno sia una mera azione penale e il duplum una mera pena, quando essa è diretta contro il congiungitore di mala fede (che, secondo il Sell, si fa colpevole di furto): nel qual caso l'actio de tigno juncto è una forma speciale dell'actio furti, *eine besondere Gestaltug der actio furti*. Se l'azione è diretta contro il congiungitore di buona fede, allora ha il carattere di un'actio rei persecutoria e il duplum non è pena, ma semplice risarcimento di danni; poichè, dice il Sell, il du-

anche Goeddo *Comm.* in t. XVI, lib. 50, Dig. ad l. 62. « Existimo enim sic » distinguendum: aut furtivum tignum junctum est bona malave fide aut non » furtivum, sed bona fide. Si furtivum sit bonae fidei aedificator ex lege XII » tabularum ad duplum tenebitur. Quamvis enim furti non teneatur, rem tamen » furtivam iunxit, nec satis diligens fuit in investigando rei qualitatem, ideoque » merito eius negligentia punitur » — « actio poenalis et quidem propter furti » vitium. » — « Quid igitur? cur non idem affert bona fides aedificanti ex » tigno furtivo? Disparatio est, quia res nunc vitio affecta est; habet autem a » quo damnnum illud recuperet, nempe a fure etc. » Cf. nota 16 di questo paragrafo.

(11) Cf. Huschke o. c. pag. 13.

(12) Anche il Gentile o. c. pag. 138 osserva: « nam quod Cuiacius ex- » cogitavit ob furtum conceptum adversus eum agi, id nemini fortasse proba- » bitur; non certe mihi, nam furti concepti actio et poena jam pridem obsole- » verat (Ist. de furtis) nullumque de ea locum extare in corpore juris scio. » Deinde, si ita esset, ut ille putat, non tigno juncto actio haec esset, sed furti » concepti appellanda etc. »

(13) Op. c. § 10, pag. 24 e § 25 in nota pag. 139-140.

plum è l'ordinaria misura nella quale si stimava il danno nel più antico diritto; e cita: Cic. de off. III, 16 — Paolo Sent. Rec. II, 12 § 11 — L. 1, D. de susp. tut. 26, 10 — l. 52 § 1 D. de adm. tut. 26. 7. Il Sell non chiarisce, come ha fatto il Cuiacio, in qual senso e con qual fondamento l'azione assuma una simile forma di actio furti contro il congiungitore in mala fede (14). E in realtà è assai difficile a dimostrarsi come la penalità dell'actio de tigno juncto si fondi sopra il delitto di furto, una volta che contro il delitto di furto esistono di già più e diverse azioni speciali. Perciò una gran parte degli scrittori riscontrano e assegnano il fondamento della penalità dell'actio de tigno juncto nel fatto stesso della congiunzione; rimanendo divisi o incerti in quanto a decidere, se l'actio de tigno juncto contro il congiungitore in buona fede abbia un carattere penale (misto).

Quelli specialmente che accordano l'actio de tigno juncto soltanto per il tignum furtivum non esitano a riconoscere come penale (mista) anche l'azione diretta contro il congiungitore di buona fede. « Quod haec actio, dice l'Heineccio (15) quamvis poenalis, etiam adversus bonae fidei jungentem detur, ratio est culpa, quae et in bonae fidei jungentem cadere potest » (16).

(14) Egualmente l'Unterholzner. *Schuldverhältnisse* II, § 670; il quale distingue due sorta di azioni de tigno juncto: una contro il congiungitore in mala fede, nella quale il duplum deve essere riguardato come mera pena (*reine Busse*); l'altra contro il congiungitore in buona fede, nella quale il duplum è come prezzo della cosa; ma e dell'una e dell'altra tratta sotto la rubrica: *Infraktionen simili al furto (Entwendungsähnliche Rechtsübertretungen)*. V. anche Schweppe o. c. § 555.

(15) *Notae ad Vinni Inst.* § 29, de rer. div. 2, 1.

(16) **Brunnemann** *Comm. in Pand.* 47, 3. « Et hoc de actione in duplum omnimodo certum est, non nisi de tigno furtivo eam dari licet prohibito solutionis tigni sit generalis per has rationes recenset: I. quia haec actio ex lege XII tab. antiquior actione furti praetoria: II. favor aedificiorum: III. odium negligentiae aedificatorum: IV. ut aspectus denegatae solutionis ob respectum civilem alio modo recompensaretur. Actio haec vel meram poenam continet, ut si detur contra mala fide jungentem, vel mixta est: quae datur etiam contra bonae fidei jungentem. » **Hilghero** *Notae ad Donelli Comm.* IV. 33 nota 6. « Neque tamen iniquum ideo putandum est, bona fide jungentem tignum furtivum, duplum pretii exsolvere. Licet enim is dolo omni, quem bona fide excludit, careat, non tamen culpa plane vocat. Est enim quod sibi imputet, et punitur negligentia non melius in conditionem etc. » — Ma così pure anche quelli che danno l'actio de tigno juncto contro il congiungitore di qualunque tignum. **Harrprecht** *Comm. in Inst.* § 29 de rer. div. n.º 22.

Secondo il **Gentile** (17), la legge delle XII tavole nel vietare la rei vindicatio del tignum junctum aveva posto in assai cattiva condizione i proprietari dei tigna; e però dovette accordar loro quell'azione « ne temere jungerentur (tigna) et unusquisque diligenter unde tigna sumeret provideret, actionem illam dupli constituerunt, ut et *negligentia aedificantium puniretur et dominis*, » contra quorum voluntatem essent juncta illa tigna, *consuleretur*, » illaque iniquitas denegatae vindicationis corrigeretur. » Nondimeno, continua il **Gentile**, perchè vi fosse una certa differenza tra il possessore di buona fede e il ladro fu accettato, che, quando l'azione era diretta contro il possessore di buona fede, il duplum non fosse tutto pena, ma che contenesse anche la cosa, cioè la stima della cosa, e così che soltanto in parte fosse pena: « vel » etiam non poena, sed praeter pretium alterum tantum, ut id eius » quod interest nomine, non poenae nomine praestetur, ut vult **Hotomannus** arg. l. 98 § ult. de solut. de qua postea, item evictionis exemplo; atque ita solum actio poenalis adversus furem ».

Infatti, secondo l'**Hotomanno** (18) duplice è l'azione de tigno juncto, una mista e l'altra penale (19). « Mixtam adversus non » furem (*intendi il congiungitore di buona fede*) ut in duplum » simplum contineatur; nec sit poenalis actio, sed praeter precium » alterum tantum *eius quod interest nomine praestetur*, sicuti » evicta re id quod interest altero tanto aestimatur arg. l. 98 § » ult. de solut., ubi simpliciter dicitur precium praestandum esse. » Mere autem poenalem adversus furem (*intendi, il congiungitore » in mala fede*) etc. »

E in un modo analogo nella sostanza, ma diverso in rapporto alla partizione generale delle azioni, di cui ho detto sopra, l'**Hun-**

(17) Op. c. pag. 136.

(18) *Comm. in Inst.* § 29 de rer. div. 2, 1.

(19) Egualmente il **Westphal** o. c. § 443. — **Baldino** l. c. — **Majanslo** o. c. § 12 e 13 — e altri (v. **Huschke** o. c. pag. 18). Il **Maiansio**, distinguendo due sorta di azioni de tigno juncto, una penale contro il congiungitore in mala fede, l'altra mista contro il congiungitore in bona fede, riguarda nel secondo caso la metà del duplum come compenso alla sospensione delle azioni reali. « Quod aequissimum est; nam injuria, quae tigni dominio fit, commodum » aliquo pecuniario compensanda fuit; et pro duplo, quod ille accepit, maius » vicissim commodum consequitur is qui junxit, ne videlicet cogatur tignum » eximere cum metu ruinae aedium suarum aut periturae vitis. »

nio (20). « Actio enim de tigno juncto gemina fuit ex lege XII » tabularum: una mere rei persecutoria, altera mere poenalis: illa » adversus bonae fidei possessorem, qui tignum ignorans suis aedibus junxerit, ut in duplo simplum contineatur, nec sit poenalis, sed praeter precium alterum tantum eius quod interest » nomine » (21).

Concorda con l' **Hunnio il Waechter** (22); secondo il quale l'actio de tigno juncto diretta contro il congiungitore in buona fede non è nè un'azione penale, nè un'azione mista (in parte poenalis, in parte rei persecutoria): essa è semplicemente un'azione di risarcimento (actio rei persecutoria), ma la legge accorda il risarcimento in una più larga misura, perchè vien tolto al proprietario il diritto di richiedere i suoi materiali (23). Contro il congiungitore di mala fede l'actio de tigno juncto ha il carattere di un'azione mere poenalis (24). Perciò contro di lui l'actio ad exhibendum durante l'unione (quasi dolo malo desierit possidere) concorre cumulativamente con l'actio de tigno juncto. Per sostenere osserva il **Waechter** (25) che l'actio ad exhibendum, accordata durante l'unione contro il congiungitore in mala fede, concorra elettivamente con l'actio de tigno juncto, bisognerebbe ammettere che questa abbia sempre il carattere di actio rei persecutoria; il che è assai difficile ad ammettersi innanzi alla disposizione della l. 2 de tigno juncto. Egli osserva inoltre (26), che appunto perchè l'azione de tigno juncto, quando è diretta contro il congiungitore in mala fede, è penale, l'esibizione

(20) L. c. II, tract. I, quaest. 19, pag. 266.

(21) Anche lo **Schmid Handbuch** I, § 10 nota pag. 122 distingue due sorta di azioni de tigno juncto; una mere poenalis contro il congiungitore mala fede, l'altra non penale (rei persecutoria) contro il congiungitore in buona fede. Lo Schmid osserva inoltre che contro il congiungitore in mala fede l'actio de tigno juncto deve concorrere cumulativamente con l'actio ad exhibendum e la rei vindicatio durante l'unione (quasi dolo malo desierit possidere).

(22) *Rechtslexicon* I, v. accession p. 25-28 e nota 63 e 67.

(23) Diversamente lo stesso autore nelle *Pandette* § 153, Beil. III, n.º 3; dove cita e approva un'opinione del **Berger Oecon. juris** II, thes. XVI nota 5 che il risarcimento del danno sia stato fissato nel duplum « ad vitandam difficultem eius quod interest probationem ».

(24) Cf. anche *Pand.* § 133 Beil. III.

(25) *Rechtslexicon* l. c. nota 67.

(26) *Rechtslexicon* l. c. pag. 27, cf. nota 63 *ibid.*

del tignum non lo libererebbe, come libera invece il congiungitore in buona fede, dal pagamento del duplum.

Anche il **Pagenstecher** (27) distingue due sorta di azioni de tigno juncto: una meramente penale contro il congiungitore di mala fede, e una rei persecutoria contro il possessore dell'edificio. Il duplum, egli dice, nel secondo caso è soltanto un compenso al sentimento della proprietà ferito dalla legge, e che non è sfavorevole al possessore della cosa, perchè, se dovesse esser costretto a sciogliere, il suo danno sarebbe maggiore; e del resto, quando egli fosse pronto a restituire il tignum in natura, non avrebbe bisogno di pagare il duplum.

Vi sono infine degli scrittori, i quali senza pronunciarsi sulla natura dell'actio de tigno juncto in rapporto alla triplice partizione accennata, o dicendola assolutamente rei persecutoria, credono che in generale, qualunque sia la persona convenuta con l'actio de tigno juncto, il duplum non abbia mai un carattere penale.

Il **Glück** (28) nel trattare delle varie specie d'azioni avverte che ve ne sono alcune, fra le quali l'actio de tigno juncto, dirette al duplum, le quali per questo non si devono riguardare come azioni penali; perchè non nascono da un delitto, nè da un quasi delitto, senza di che non si può pensare a una pena. La legge ha avuto in mira di accordare col duplum un pieno risarcimento all'attore (29) allo scopo di liberare costui dalla prova difficile, e altrimenti obbligatoria, del suo interesse.

L'**Ihering** nella sua opera sullo spirito del diritto romano designa esplicitamente l'actio de tigno juncto come azione repersecuratoria (30). Il doppio valore della cosa, secondo l'**Ihering** (31), rappresentava ai romani un equivalente completo dei danni inte-

(27) O. c. I, pag. 401.

(28) *Commentar* III, § 274 e 275, pag. 609-610.

(29) V. anche: **Keller Pand.** § 139 nota 2. — **Goeschen Vorlesungen** § 271.

(30) Ed. cit. vol. II, pag. 414 (cf. vol. III, pag. 63). « Certe azioni re-
» persecutorie tendevano da principio a ottenere il doppio: per esempio, l'actio
» rationibus distrahendis del minore contro il suo tutore, l'azione del mancipatore
» di una cosa per il difetto dei dicta promissa o per il capo d'evizione, l'actio
» de tigno juncto contro colui che aveva scientemente costruito con materiali
» altrui ». — Cf. bensì ibid pag. 416, 417, nota 170.

(31) Vol. II, pag. 414 nota 160.

ressi così all'epoca più antica, come in epoche posteriori. Ma nel diritto più antico specialmente (32) il doppio valore della cosa o in generale una somma fissa (*certum*), calcolata sul valore assoluto della cosa, è il modo ordinario nel quale vien fissata la valutazione dei danni-interessi. In un altro lavoro (33) l'Ihering assegna recisamente un carattere penale al *duplum* dell'*actio de tigno juncto*. Il diritto romano più antico, egli osserva, come diritto di gente barbara, in primo luogo non distingue i gradi della colpabilità (34); in modo che, per esempio, l'*actio de tigno juncto* è diretta anche contro il possessore di buona fede (35): in secondo luogo non si contenta della semplice riparazione delle conseguenze dannose dell'ingiustizia, ma esige una soddisfazione per il sentimento irritato; esso reclama una pena (36). L'obbligo di riparare il danno era nelle idee romane una specie di pena (37). Il pagamento del doppio è la pena regolare che colpisce chiunque ha tentato di privare un altro di una cosa che gli appartiene (38). Questa pena dunque, cito le precise parole dell'Ihering, non colpisce soltanto il ladro nel senso proprio della parola, ma anche il depositario che ha negato il deposito fatto nelle sue mani, il debitore che ha negato il *nexus*, l'erede che ha negato il legato per *damnationem*, il venditore che ha negato i vantaggi promessi nella mancipazione. Essa colpisce per il medesimo titolo l'autore di un danno cagionato ad una cosa mia e che nega il danno; il tutore che ha ingannato il pupillo (*actio rationibus distrahendis*); il venditore che mi ha venduto la cosa altrui che è stata evitta; il possessore della cosa mia che ha percepito i frutti durante il processo di rivendicazione, o che per sfuggire al processo ha consacrato la cosa agli Dei (l. 3 D. de litig. 44, 3), o l'ha incorporata nel proprio edificio (39).

(32) Vol. II, pag. 108-118. Schrader *Comm. in Inst.* § 29 de rer. div. 2, 1, in v. *duplum pro eo praestet*. « Est autem duplum vetus eius quod in terest aestimatio.... recentiori etiam romano jure frequentata, veluti in evictionibus ».

(33) *De la faute en D. R.* ed. cit.

(34) o. c. pag. 12.

(35) o. c. pag. 14.

(36) o. c. pag. 13.

(37) o. c. pag. 50.

(38) o. c. pag. 20.

(39) o. c. pag. 20-21.

Infine poi del lavoro a pag. 79, dopo aver osservato che la nozione originaria del furto nel senso naturale di sottrazione è stata estesa ad altri casi, l'Ihering cita in nota, come azioni corrispondenti ad alcuni di essi, l'*actio de tigno juncto* e l'*actio rationibus distrahendis*.

Pare che anche antichi scrittori abbiano ritenuta come *actio rei persecutoria* l'*actio de tigno juncto* (40); e non rade volte quando pure non è definita la natura dell'*actio de tigno juncto*, si trova rappresentato il *duplum*, in una maniera generale, come compenso alla limitazione del diritto di proprietà (41). È chiaro però che anche quelli che concordano nel negare in generale, o almeno in alcuni casi, ogni carattere penale all'azione *de tigno juncto* e al *duplum* cui è diretta, differiscono sempre nel decidere se il *duplum* rappresenti il risarcimento dei danni-interessi fissato nel doppio sia in via d'equità, sia perchè tale era il modo tenuto nel diritto più antico di compensare i danni-interessi, sia perchè è assai difficile un'esatta computazione e dimostrazione del danno-interesse; o se invece il *duplum* rappresenti un compenso alla sospensione, imposta dalla legge, delle azioni reali, esagerato nel doppio in vista della importanza del diritto di proprietà.

(40) V. la dissertazione di G. Sturm cit. nella Bibliografia. Non so, e non ho modo di accertarmene, se tutti gli autori citati dal Glück, *Commentar* §. 274 e 275 nota 83 pag. 610 ammettessero in ogni caso, cioè anche nel caso del congiuntore in mala fede, che il *duplum* e l'*actio de tigno juncto* avessero quel carattere descritto da lui.

(41) Così il Donello, *Comm. I. C. IV. 33. §. 6* in f.: « *actio ei (proprietario) data est de tigno juncto ad tigni aestimationem... et ne queri possit, data est in duplum* ». E il Vinnio, *Comm. in Inst. §. 29 de rer. div. 2. 1.* « *Ne dominus queri posset injuriam sibi fieri quod re sua, quamdiu aedificium manet, carere cogatur, data est in eum qui junxit actio de tigno juncto ad tigni aestimationem et quidem in duplum. Nec dubito quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit qui bona fide junxit... Postremo nullam hic esse iniquitatem, nam et injuria quae domino materiae fit, quod re sua carere cogitur commodo aliquo pecuniario compensanda fuit et pro duplo quod ille accepit maius vicissim commodum consequitur, qui junxit, ne videlicet cogatur tignum eximere etc.* ». E l'Hubero, *Praelect. I. C. de rer. div. 2. 1.* « *Ne tamen dominus tigni injuriam queri possit, datur ei actio per quam non modo pretium, sed et omne id quod interest consequitur actione in factum in duplum* ».

XIII.

Se e quando l' actio de tigno juncto escluda la rei vindicatio a unione disciolta.

Quando si è agito con l' actio de tigno juncto durante l' unione, si potrà poi agire con la rei vindicatio a unione disciolta?

La l. 2. D. de tigno juncto sembra disporre che la rei vindicatio a unione disciolta abbia luogo anche quando si è agito innanzi con l' actio de tigno juncto.

« Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus juncti actum; » deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio: et esse non » dubito ».

Ma se noi prescindiamo dalla parola *furtivi*, e s' intende che la deposizione riguardi ogni sorta di materiali, allora la l. 2. de tigno juncto è in evidente antinomia col §. 29. J. de rer. div., ove è detto che, perseguitato il duplum con l' actio de tigno juncto, non si ha più la rei vindicatio.

« sed, si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam persecutus, tunc » eam vindicare et ad exhibendum de ea re agere ».

Può egli darsi che la parola *furtivi*, la quale non si trova nel passo delle Istituzioni, dia la ragione della diversità delle disposizioni giuridiche fissate nella l. 2. D. de tigno juncto e nel passo delle Istituzioni?

Alcuni lo negano.

Il *Wesembecio* (1), dopo aver posta in rilievo l' antinomia della l. 2, de tigno juncto e del passo delle Istituzioni, propone di leggere, in luogo di *extrinsecus sit, extincta sit*; o se no, volendo mantenere le parole *extrinsecus sit*, egli accetta la conciliazione della *Glossa*, che è la seguente. Nel §. 29. J. de rer. div. è disposto per il caso in cui il duplum dell' actio de tigno juncto era stato effettivamente conseguito (*consecutus*); nella l. 2. D. de tigno juncto invece è disposto per il caso, in cui l' actio de tigno juncto era stata intentata (*actum sit*), ma il duplum non era stato effet-

(1) l. c. in v. *duplum jam persecutus*.

tivamente conseguito (2). La conciliazione della Glossa si appoggia in parte sul senso stretto della parola *consecutus*, che si trova nella Vulgata (3), ma non risulta abbastanza dal modo nel quale si è espresso il giureconsulto Ulpiano nella l. 2. de tigno juncto (4).

Secondo il Noodt (5), nessuno, *cui sana mens est*, può dubitare dell'antinomia fra la l. 2. de tigno juncto e il passo delle Istituzioni. Perciò l'espressione — *si non fuerit duplum etc.* — deve dirsi opera di Triboniano, *interpertis imperiti*, tanto più che in Gaio l. 7. §. 10. D. de acq. rer. dom. 41. 1. da cui evidentemente è stato tolto il passo delle Istituzioni, non si trova. E però distrutto l'edificio deve sempre aver luogo la rei vindicatio.

Anche l'Huschke crede che realmente vi sia antinomia fra i due passi in questione; ma essa proverrebbe da quella duplice maniera di vedere che esisteva nella giurisprudenza romana intorno alla legge e all'azione de tigno juncto. Ulpiano da cui è tolta la l. 2. de tigno juncto dava l'azione contro colui che congiungendo si era fatto colpevole di furto (congiungitore in mala fede) e perciò nel modo di vedere di questo giureconsulto l'actio de tigno juncto nasceva ex facto junctionis, mentre la rei vindicatio nasce dal diritto di proprietà. Le due azioni sono indipendenti l'una dall'altra, e l'aver sperimentato l'actio de tigno juncto non toglie

(2) Glossa ad §. 29. Inst. de rer. div. 2. 1. in v. *consecutus*. « hic est » contra D. de tigno juncto legem finalem. Sed ibi non cum effectu fuit consecutus duplum, quia licet exegit, non tamen percepit adhuc duplum, ut arg. » D. de iis qui deie. vel effud. l. perceptione ». La conciliazione della Glossa è proposta dal Pagenstecher o. c. l. pag. 101-102: è accolta dal Fabro l. c. in v. *nisi adversus eum qui sciens*. « Sed et quod magis actio illa de tigno » juncto, si per eam dominus duplum consecutus sit, tollit vindicationem, quae » alioqui soluto aedificio competeret. Ratio est, quia lex XII tab. expressim ca- » vit, ut duplum illud pro tigno juncto praestaretur: non ergo voluit et poenam » peti posse, et tignum solutum vindicari »: dal Doveri, *Istituzioni* §. 118.

(3) Altre lezioni hanno *persecutus*, che vale nondimeno come *consecutus*. Così il Cuiacio, *Notae in Inst.* de rer. div. 2. 1. in v. *persecutus*; e lo Schrader, *Comm. in Inst.* ad e. l.

(4) L'Huschke o c. pag. 17 osserva contro la conciliazione della Glossa: « Quae si fuisset Ulpiani mens, non poterat, quin id, quod maximi momenti » erat, adiceret, ut taceam, eo jure, quod Ulpiani temporibus valebat, etiam » litem tantum de tigno juncto contestato posteaque rem vindicanti exceptionem » rei in iudicium deductae sive doli mali nocituram fuisse ».

(5) *Comm.* ad l. VI. tit. 1. de rei vind. Dig. §. *sic in statua*.

il diritto di sperimentare la rei vindicatio, sia durante l'unione, come azione fittizia, sia a unione disciolta (6). Perchè è da notare che, secondo l'Huschke, Ulpiano nella l. 2. de tigno juncto ha inteso parlare di ambedue le rei vindicatio « *et quae contra eum qui tignum jungendo dolo desiit possidere, et quae contra tigni soluti possessorem instituitur* ». Paolo e Gaio invece davano l'azione de tigno juncto contro il possessore, anche se era in buona fede, e non aveva fatta la congiunzione; e perciò l'azione nel modo di vedere di codesti giureconsulti nasce ex dominio, è data quasi in sostituzione dell'actio ad exhibendum; e l'aver sperimentata l'actio de tigno juncto esclude la rei vindicatio a unione disciolta (7). È vero che le parole, *si non fuerit duplum etc.*, non si riscontrano nella l. 7. §. 10. D. de acq. rer. dom. 41. 1. di Gaio, da cui è stato tolto *paene ad verbum* il passo delle Istituzioni; e potrebbero sembrare un'interpolazione di Triboniano (8). Ma, avuto riguardo al tenore della l. 7. §. 10. de acq. rer. dom. di Gaio, l'Huschke crede non vi sia da dubitare che le parole *si non fuerit duplum etc.* appartengano a Gaio; e siano piuttosto state omesse nelle Pandette, che aggiunte nelle Istituzioni. « Neque enim, » dice l'Huschke, Gaio indigna neque ab orationis tenore aliena » sunt, neque si jus pristinum mutandi consilium fuisset, cur in » Institutionibus potius, succincta juris expositione, quam in Di- » gestis adderentur causa erat. At omissa sunt in Pandectis hac » optima de causa, quod eorum conditores, alioqui discidium fu- » turum esse inter hunc locum et l. 2 de tigno juncto animadver- » terant; qua prudentia vel doctrina, cum non essent, per quos » Institutiones componi jussit, commiserunt, ut Institutiones hac » parte revera cum Pandectis pugnarent etc. (9).

Altri però trova la ragione della diversità delle disposizioni, fissate nei due passi, nella parola *furtivi* della l. 2 de tigno juncto.

Quasi tutti gli scrittori (10) intendono che nella l. 2 de tigno

(6) o. c. pag. 7 nota 10.

(7) o. c. pag. 6.

(8) o. c. pag. 7.

(9) o. c. pag. 7-8.

(10) Citerò fra gli antichi: **Vinnio**, *Comm. in Inst.* §. 29 de rer. div. 2. 1. in v. *sed duplum pro eo praestet*. **S. Gentile** l. c. pag. 138 in f. **Schuldingio**, *Notae ad Pand.* ad h. l. **Goeddo** l. c. **Cuiacio** ll. cc. nota 3 paragrafo IX. — Citerò fra i moderni; **K. Sell** o. c. §. 10, pag. 24. 25. **Wening-**

juncto si tratti di un *tignum junctum mala fede* (*tignum furtivum*) e nel §. 29 de rer. div. di un *tignum junctum bona fede* (*tignum non furtivum*). Di modo che l'actio de tigno juncto avrebbe luogo a unione disciolta, se il tignum era stato congiunto in mala fede; e cesserebbe invece, se il tignum era stato congiunto in buona fede. Anche nel caso di un *tignum furtivum* congiunto e posseduto in buona fede, codesti scrittori credono che valga il principio del §. 39 de rer. div. Sono espliciti in proposito, fra gli altri, il Goeddo, il Cuiacio, il Gentile, il Pellat, lo Schmid, il Vangerow. — Potendo ammettere che le parole *tignum (junctum) furtivum* significassero soltanto ed esclusivamente *tignum junctum mala fede*, la conciliazione suddetta sarebbe esatta; ma ammettere che le parole *tignum (junctum) furtivum* significassero soltanto ed esclusivamente *tignum junctum mala fede*, implica quei due errori notati di sopra nel paragrafo IX (11).

Il Pagenstecher (12), oltre quella della Glossa, propone anche la seguente conciliazione: che nel §. 29 de rer. div. si tratti del vero proprietario, che ha agito con l'actio de tigno juncto; e nella l. 2 de tigno juncto del non proprietario, cui fu sottratto per furto il tignum, e che abbia ottenuto il duplum.

Riepilogando: alla dimanda, se l'actio de tigno juncto escluda

Ingenheim, *Lehre vom Schadenersatze* pag. 72. Arndts-Serafini, *Pand.* §. 152 nota 1. Schmid, *Handbuch* I. §. 10. pag. 144. Vangerow, *Pand.* §. 30 tum. Gesterding o. c. §. 31 pag. 228. Goeschen, *Vorlesungen* II. §. 271. Westphal o. c. §. 342. Pellat, *Exposé* l. c. Thibaut, *System* II. §. 729. Fritz, *Erläuterungen* I. pag. 346. Waechter, *Pand.* §. 133. Beil. III. *Rechtslexicon* v. Accession I. pag. 27 nota 66. Windscheid, *Pand.* §. 188. Schrader, *Comm. in Inst.* 2. 1. §. 29. Schweppe o. c. §. 555 e altri molti.

(11) Nei *Basilici* si riscontra la interpretazione, che è data comunemente della l. 2. de tigno juncto. « Hoc est et postquam actum est in secundo casu, id est, » cum vel ipse fur junxit, vel sciens alienum esse junxit, vel adversus furem, vel » adversus eum, qui sciens aliènum junxit, ad exhibendum, et hac actione tignum ab aedificio solutum et separatum est, salva manet in rem actio, hoc est » etiam in rem cum eo agitur ». Lib. 60. tit. XII. l. 93. sch. 1. in v. *et posteaquam actum est de furtim injuncto* (ed. Heimbach). Ma è notevole che nella l. 94 cit. i *Basilici* riproducono la parola *furtivum* della l. 2. de tigno juncto con l'espressione *κατὰ κλοπήν*, e che l'Heimbach traduce *furtim*. « Et posteaquam actum est de furtim injuncto salva manet actio in rem ». Cf. nota 6 del paragrafo seguente.

(12) o. c. I. pag. 102.

la rei vindicatio a unione disciolta, si trova che vengono date tre differenti risposte:

1.^a L'actio de tigno juncto esclude sempre la rei vindicatio, se fu sperimentata con effetto e dal proprietario. — **Glossatori, Fabro, Pagenstecher, etc.**

2.^a L'actio de tigno juncto non esclude mai la rei vindicatio. — **Wesembecio.**

3.^a L'actio de tigno juncto non esclude la rei vindicatio, se si tratta di un tignum mala fide junctum; la esclude, se si tratta di un tignum bona fide junctum. — **Communis opinio.**

XIV.

Interpretazione della l. 2 de tigno juncto.

I Glossatori credevano che nella l. 2 de tigno juncto il giureconsulto Ulpiano avesse inteso parlare non solo della rei vindicatio a unione disciolta, ma ancora della rei vindicatio fictitia durante l'unione (1); e l'opinione loro è seguita da altri (2).

Io credo che la rei vindicatio fictitia non possa aver luogo contro il congiungitore di mala fede per quella medesima ragione per cui non può aver luogo contro di lui, indipendentemente dal divieto legislativo delle XII tavole, finchè sussiste l'unione. Sta in fatto che il tignum è congiunto: il congiungitore può per una finzione essere riguardato come uno che abbia cessato di possedere dolosamente, ma non si può parlare di rei vindicatio, finchè l'individualità del tignum è assorbita in quella dell'edificio; giacchè,

(1) **Glossa** ad h. l. in v. *si proponas*: « Non dubito. Ut tamen et hic ju-
retur in litem; item si separetur ». Cf. **Glossa** ad l. 23. §. 5. D. de rei vind.
6. 1 in v. *descendit*.

(2) **Huschke** o. c. pag. 7 nota 10. **Hunnio** o. c. II. tract. I. quaest. XX
pag. 267. *An praeter actionem de tigno juncto in duplum adversus malae fidei
possessorem (intendi, possessore-congiungitore) detur rei vindicatio et actio ad
exhibendum. Culacio, Comm. in tit. ad exhibendum* D. 10. 4. l. 6-7 ed. cit.
vol. 7. col. 978. **Harrprecht, Comm. in Inst.** 2. 1. §. 29. **Waechter, Pand.**
§. 133. Beil. III. pag. 125. **Schmid, Handbuch** §. 10. pag. 142-143. **Gester-
ding** o. c. §. 31. pag. 224.

anche non esistendo la legge delle XII tavole. bisognerebbe premettere alla rei vindicatio l'actio ad exhibendum (3).

La parola *extrinsecus* della legge, significa *ex alia parte* (4), nel qual senso lo troviamo usata anche nel §. 19. J. de oblig. 4. 1.

« Furti actio, sive dupli sive quadrupli tantum ad poenae per-
» secutionem pertinet; nam ipsius rei persecutionem *extrinsecus*
» habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest au-
» ferre etc. ».

E non v'è bisogno di mutarla in altre parole, come vorrebbe il Wesembecio; non vi è antinomia tra la nostra legge e il §. 29 de rer. div.; la ragione della diversità delle disposizioni contenute nei due passi sta nella parola *furtivi* della l. 2 de tigno juncto.

(3) Anche il **Fabro**, *Rationalia in Pand.* ad l. 23. §. 5 in v. *nisi adversus eum qui sciens* combatte l'opinione della Glossa; ma in modo diverso, e per me errato. Cf. più avanti paragrafo XVI: « Male rursum idem Accursius » addit duas priores (*la rei vindicatio e l'actio ad exhibendum*) contra eum » dari quasi dolo desierit possidere. Nam in actione quidem ad exhibendum ita » est, ut diximus, ex l. 1. §. ult. de tigno juncto. Sed in vindicatione ita esse » non potest, quae licet perinde atque actio ad exhibendum soleat dari, contra » eum qui dolo malo desiit possidere, non tamem alio colore datur quam quod » dolus pro possessione sit. Non enim alius teneri vindicatione potest quam qui » possidet. Lex autem XII tab. hoc ipso, quod tignum junctum solvi vetat, facit » ne possit dominus aedium tamquam tigni possessor conveniri ». Non vi può esser differenza tra l'actio ad exhibendum e la rei vindicatio per quanto riguarda la finzione di ritenere che il congiungitore quasi dolo malo desierit possidere. La differenza vi è di fronte al fatto che il tignum sta nell'edificio ed è assorbito nell'individualità di esso. Il **Gentile** l. c. pag. 137, che pure nega la rei vindicatio fictitia contro il congiungitore in mala fede, ne dà la seguente ragione: « quia vindicatio datur principaliter ad id, ut res petita domino restitatur, quod » in tigno juncto fieri vetat lex XII tab. ». E anche lui per me non ha colpito nel segno.

(4) Cf. **Unterholzner**, *Schuldverhältnisse* §. 687, che prende *extrinsecus* nel senso di *praeterea*. L'**Huschke** o. c. pag. 6 nota 9 osserva: « Extrin- » secus posterior latinitas pro *praeterea* usurpavit, velut Eutrop. 9. 25: *Pulso » Narseo castra eius diripuit; uxores, sorores, liberos cepit: infinitam extrin- » secus Persarum nobilitatem, gazam Persicam copiosissimam*. Apud Ulpianum » tamen potius valet *ex alia causa, ex alia juris parte*; nam actio de tigno » juncto veniebat ex facto junctionis, rei vindicatio ex dominio eaque edicti parte » qua etiam qui dolo desiissent possidere conveniri possent ». Il **Pagenstecher** o. c. I. pag. 101, nel proporre la conciliazione che dà la Glossa della nostra legge col passo delle Istituzioni traduce *extrinsecus sit* con le parole *möglich sei*.

Il Puchta (5) alla domanda, se l'actio de tigno juncto abbia luogo contro colui il quale ha già prestato il duplum, sembra rispondere in un modo differente da quelli che ho riferiti nel paragrafo precedente. Se si tratta del congiungitore in mala fede (che, secondo il Puchta, caduto anche lui nel solito errore, è ladro) non vi ha dubbio che abbia luogo la rei vindicatio, a meno non sia stata sperimentata l'actio ad exhibendum. Se il tignum era furtivo, ma il congiungitore si trovava in buona fede, « l'analogia dell'actio furti concepti, dice il Puchta, doveva di certo condurre alla medesima decisione di fare accordare la rei vindicatio. Non dimeno anche qui è punito propriamente il ladro, contro il quale il possessore ha il suo regresso. E questo è ciò che dice Ulpiano nella l. 2 de tigno juncto ».

Ricordando che è un errore il credere che il congiungitore in mala fede di un tignum si faccia colpevole di furto, senza preoccuparsi della persona contro cui è diretta l'actio de tigno juncto, l'opinione del Puchta, che è sostanzialmente vera, può formularsi in una maniera migliore così: — la rei vindicatio a unione disciolta ha luogo anche quando si è agito innanzi con l'actio de tigno juncto, se il tignum è furtivo, se cioè è stato in generale soggetto passivo di un furto (di cosa), sia per parte dell'autore della congiunzione, sia per parte di altre persone, ancorchè l'attuale possessore non sia l'autore, nè del furto, nè della congiunzione. E questo è ciò che ha detto Ulpiano nella l. 1 de tigno juncto. Se invece il tignum non è stato soggetto passivo di un furto (non furtivum) il proprietario del tignum, che ha sperimentata l'actio de tigno juncto, non ha più diritto alla rei vindicatio a unione disciolta. E questo è ciò che è detto nel §. 29 de rer. div. (6).

La ragione della particolare disposizione intorno al tignum furtivum non deve cercarsi in una analogia con l'actio furti concepti, come fa il Puchta; analogia, che nella nostra materia non ha fondamento. Trattandosi di cose che sono state soggetto passivo

(5) o. c., pag. 396-397.

(6) **Basilic.**, l. 93 lib. 60 tit. 12 sch. 5 in v. *tenetur ad exhibendum* hanno: « ... Sciendum autem est, si furtivum tignum iniciatur agi et de tigno juncto et domino praestari duplum. Et si contingat, ut aedificium postea diruatur, habet etiam dominus actionem in rem... At si furtivum non sit, sola actio de tigno juncto etc. ». Ma cf. schol. 2 in v. *non solvitur ibid.*

di un furto, un giusto riguardo ai diritti del proprietario vuole che egli rientri in possesso dei materiali non appena può farlo senza danno degli edifici o delle vigne; e che non venga privato della cosa senza il suo consentimento, pur conservando quel compenso che gli è accordato invece delle azioni reali, rimaste sospese a tempo indefinito (7). È infatti il medesimo riguardo, che rende le cose furtive inabili ad essere usucapite.

Non è improbabile bensì, che nella giurisprudenza immediatamente posteriore alla legge delle XII tavole valesse anche per il *tignum non furtivo* quello che Ulpiano stabilisce per il *tigno furtivo*; che cioè si desse sempre la *rei vindicatio* a unione disciolta, malgrado fosse stata sperimentata l'*actio de tigno junctio*. La distinzione fu forse opera della giurisprudenza classica. E non è neppure affatto improbabile che qualche giureconsulto, o la negasse, o non la riconoscesse esplicitamente. Assai meno probabile mi pare che la distinzione sia stata introdotta dai compilatori delle Istituzioni; perchè il principio stabilito nel §. 29 de *rer. div.* è conforme ad altri stabiliti in casi analoghi nelle *Pandette* (8).

Dopo questa interpretazione della l. 2 del *tigno juncto* riesce, anche chiaro perchè i compilatori delle *Pandette* abbiano fatto un titolo speciale di alcune disposizioni sul *tignum junctum*, e lo abbiano messo tra i libri *terribiles* dopo il titolo de *furtis*.

Il titolo de *tigno juncto* nel *Digesto* è il titolo de *tigno juncto furtivo*, ossia il titolo, nel quale si tratta degli effetti giuridici dell'aggiunzione di un *tignum furtivum* a un edificio. Questa specialità non era fuor di proposito per due ragioni:

1^a perchè se un *tignum furtivum* è congiunto a un edificio o a una vigna, ha vigore una particolare disposizione che non si riscontra nel caso di *tignum non furtivum*.

2^a perchè la proibizione di sciogliere e di rivendicare, come ho già osservato precedentemente, è molto più grave a rispetto del *tignum furtivum* che degli altri; e forse anche la legge delle XII tavole aveva contemplato particolarmente il caso del *tignum furtivum*.

(7) Cf. l. 9 D. de *furtis* 47. 2.

(8) Cf. **Huschke**, o. c. pag. 395.

XV.

**Motivi e origine della legge de tigno juncto.
Contro chi è diretta l'actio de tigno juncto.**

Abbiamo veduto (1) che la legge delle XII tavole de tigno juncto costituisce una limitazione all'esercizio del diritto di proprietà nell'interesse dei possessori di edifici o di vigne. Siccome il diritto romano, a differenza del diritto germanico, permette la rei vindicatio delle cose mobili nelle mani di qualunque possessore, e la permette in un modo assoluto, tutte le volte che la separazione è possibile (2), codesta limitazione era di una pressante necessità; anzi di una necessità tanto più pressante a misura che andava crescendo l'importanza economica degli edifici. È molto facile che travi, assi, pali, e ciò che la giurisprudenza romana comprende sotto il nome di tignum, sia per malizia, sia per errore, sia per altra cagione, cadano nelle mani di persone diverse dal proprietario; e vengano adoperate in un edificio o in una vigna. Ed in tal caso nulla osterebbe che il proprietario, privato del possesso, facesse valere il proprio diritto, sciogliendo e rivendicando; e che per il riacquisto di valori relativamente meschini si venisse a rovinare o guastare un edificio, o a turbare la coltivazione di una vigna. Resterebbe al possessore dell'edificio o della vigna di tentare un accomandamento col proprietario del tignum; ma anche se questi fosse tanto ragionevole da non esigere la rovina o il guasto di un fabbricato per rientrare in possesso di una trave o di un asse, il possessore dovrebbe sempre rimettersi alla discrezione di lui per stabilire il compenso. La legge delle XII tavole venne in soccorso dei possessori di edifici e di vigne: proibì lo scioglimento e la rivendicazione del tignum, e fissò che il proprietario dovesse esser contento del doppio valore di esso. È però molto probabile, come ho accennato al paragrafo IV, che la disposizione della legge delle XII tavole fosse già innanzi diritto consuetudinario. Nella quale ipotesi, essa sarebbe sorta in una ma-

(1) paragrafo IV.

(2) paragrafo X.

niera assai naturale. I proprietari di un edificio o di una vigna, convenuti con la rei vindicatio, solevano venire a patti con l'attore, onde evitare il danno di uno scioglimento; giacchè lo scioglimento di un'abitazione, per quanto rozzamente costrutta, tenuto conto dalle generali condizioni della ricchezza nei tempi di cui si tratta, costituisce sempre un rilevante danno economico (3). E l'attore, mediante il pagamento di un compenso superiore al prezzo della cosa congiunta, consentiva a rilasciarla.

Io credo così che l'actio de tigno juncto fosse diretta contro il possessore dell'edificio o della vigna, in buona o in mala fede, autore o no della congiunzione del tignum. — L'actio ad exhibendum e la rei vindicatio non sussistono tuttavia malgrado l'unione? E se non vi fosse stata la disposizione delle XII tavole de tigno juncto non sarebbero state dirette contro il possessore? E allora non era il possessore, il quale, o avrebbe dovuto sciogliere e restituire, o avrebbe dovuto pagare un compenso in via amichevole? Dunque anche l'actio de tigno juncto, che è sorta in conseguenza della proibizione di sciogliere e di rivendicare, deve esser diretta contro il possessore; ossia deve esser data in sostituzione delle azioni reali tuttavia sussistenti, e mirare a ottenere quel compenso che senza la legge de tigno juncto si sarebbe probabilmente ottenuto in via amichevole.

Questa idea trova valida conferma in varî luoghi delle fonti:

Prima di tutto nella l. 98 §. ult. de solutionibus di Paolo; dove l'espressione — *pretiumque eius dari voluit* — che segue, senza designazione di persona, l'altra — *sed interim solvi prohibuit* — intesa nel modo più naturale, sembra indicare, che quella medesima persona, a vantaggio della quale è stata fatta la proibizione, debba sborsare il compenso fissato dalla legge; compenso, che il giureconsulto designa con la parola pretium. — Poi nella l. 6 ad exhibendum del medesimo Paolo; dove le parole — *de quo (de tigno) nec ad exhibendum agi potest... sed actione de tigno juncto ex eadem lege in duplum agitur* — intese nel modo più naturale, sembrano indicare che l'actio de tigno juncto è data in sostituzione dell'actio ad exhibendum contro quella persona, che poteva esser convenuta con l'actio ad exhibendum. —

(3) Sull'importanza della coltivazione della vite nel Lazio v. **Mommsen**, *Hist. Rom.* ed. cit. I cap. XIII.

Infine nella l. 7 §. 10 D. de acq. rer. dom. di Gaio e nel §. 29 Inst. de rer. div.; che n'è quasi una copia dove anche più chiaramente che nei passi precedenti apparisce che l'actio de tigno juncto si accordava contro il possessore. Infatti nel principio del passo di Gaio e delle Istituzioni è fatto il caso di una persona che edificò sul proprio suolo con materiali altrui; ma dopo aver negato che il proprietario dei materiali possa agire con l'actio ad exhibendum e con la rei vindicatio, il giureconsulto, senza più riferirsi a codesta persona, cita in questa maniera il disposto delle XII tavole:

— « *propter legem XII tabularum, qua cavetur, ne quis » tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed » duplum pro eo praestet ».*

E se tale è il disposto della legge delle XII tavole, la persona che deve prestare il duplum, che cioè deve lesser convenuta con l'actio de tigno juncto, è quella medesima che ha facoltà di sciogliere; quella medesima al cui edificio è congiunto il tignum, sia stato o no l'autore del congiungimento. Gli scrittori, che accordano l'actio de tigno juncto unicamente contro il congiungitore come tale, e gli altri, che accordano l'actio de tigno juncto contro il congiungitore-possessore, bisogna che intendano la parola *junctum*, come se dicesse *junctum a se*, o bisogna che suppongano, senza un ragionevole motivo, che il giureconsulto nel riferire in termini generali, la disposizione delle XII tavole, abbia avuto di mira il caso particolare, di cui parla più innanzi; dove la persona contro la quale sarebbe stata diretta l'actio de tigno juncto era appunto un congiungitore-possessore.

Non v'è che la l. 1 de tigno juncto, che sembri accordare l'actio de tigno juncto contro il congiungitore — *sed in eum qui convictus est junxisse in duplum dat actionem* — ed è a questa legge, senza tener conto delle altre, che in generale hanno posto mente gli scrittori (4). Noi vedremo nel paragrafo seguente come deve intendersi la l. 1 de tigno juncto in ciò che riguarda

(4) Si ricorderà nondimeno quanto ho avvertito nel paragrafo XI, che cioè in generale gli scrittori non definiscono con precisione, se il convenuto con l'actio de tigno juncto è soltanto ed unicamente il congiungitore; che molte volte è evidente che essi si immaginano il congiungitore come possessore; e che bene spesso, per indicare il convenuto con l'actio de tigno juncto, ora si servono dalla parola *congiungitore* e ora della parola *possessore*.

la nostra quistione. Intanto osserviamo che da questa legge non si può ricavare che l'actio de tigno juncto avesse luogo soltanto contro il congiungitore in mala fede, come fanno alcuni, per esempio l'Huschke. Di modo che l'opinione, seguita da molti (5), che l'actio de tigno juncto fosse diretta soltanto contro il congiungitore in mala fede, non ha alcun fondamento positivo nelle fonti. Ulpiano (6) non dice che l'azione abbia luogo contro colui che ha congiunto in mala fede ma in generale *in eum qui convictus est junxisse*. La congiunzione in mala fede è supposta da Ulpiano più sotto nel §. 2, come condizione a potere agire con l'actio ad exhibendum — *sed et ad exhibendum danda est actio, nec enim parci oportet ei qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve*. — E, presindendo dalla quistione se il convenuto con l'actio de tigno juncto sia il possessore dell'edificio o il congiungitore o il congiungitore-possessore, la l. 6 D. ad exhibendum e la l. 23 §. 6 D. de rei vindicatione di Paolo, l. 7 §. 10 D. de acq. rer. dom. accordano l'actio de tigno juncto in generale, cioè senza distinguere se il convenuto è in buona o in mala fede. Anzi la l. 23 §. 6 D. de rei vindicatione mostra addirittura che il giureconsulto dava l'actio de tigno juncto contro il convenuto, ancorchè questi fosse in buona fede; perchè il caso della mala fede è riguardato come un caso particolare, nel quale si ricorda per di più l'actio ad exhibendum (7). L'opinione sostenuta dall'Huschke e dagli altri, che l'actio de tigno juncto avesse luogo soltanto per il tignum congiunto in mala fede, è tutta basata sopra il supposto che le parole *tignum* (junctum) *furtivum* significino) *tignum junctum mala fide*; supposto, che, come ho dovuto ripetere tante volte, implica due errori. E sopra appunto il medesimo erroneo supposto riposa, come abbiamo veduto, l'opinione, accolta dalla maggior parte, che le condizioni subiettive del convenuto producano una

(5) **Huschke, Van Wetter, Ihering** ll. cc. — Si può aggiungere anche i **Glossatori**, dei quali alcuni, come abbiamo veduto nel paragrafo XI, accordavano l'actio de tigno juncto anche per il *tignum bona fide junctum* (tignum non furtivum), ma soltanto in simplum. Ha combattuto l'opinione dei Glossatori l'**Heleno** o. c. nella Bibliografia. Pare invece l'abbia difesa il **Brokes** o. c. nella Bibliografia, che io non conosco.

(6) **Pucta** o. c. pag. 394.

(7) V. anche **S. Gentile** l. c. pag. 137. **Harrprecht, Comm. in Inst. de rer. div. 2. 1. §. 29 n.º 12** e segg.

diversità negli effetti giuridici dell'actio de tigno juncto in rapporto alla rei vindicatio a unione disciolta. In realtà, la mala o buona fede non produce nessuna differenza, se non riguardo dell'actio ad exhibendum fictitia. In modo che quando si ammetta che l'actio de tigno juncto aveva luogo contro il congiungitore o contro il congiungitore-possessore, bisogna ammettere che avesse luogo contro il congiungitore o congiungitore-possessore di buona fede con quei medesimi effetti giuridici che contro il congiungitore o congiungitore-possessore di mala fede.

Ora si dimanda: è egli possibile che l'actio in duplum de tigno juncto fosse diretta, almeno nel diritto posteriore alle XII tavole, contro il congiungitore di buona fede, come contro il congiungitore di mala fede e coi medesimi effetti giuridici; se si ritiene che la legge de tigno juncto sia legge di ordine privato? Si dica pure che è estranea al diritto antico ogni distinzione tra buona e mala fede (8): si dica pure che il diritto antico colpisce l'ingiustizia obiettiva senza riguardo alle condizioni subiettive del danneggiatore (9): ma sarebbe da ammirare che, soltanto in rapporto all'actio de tigno juncto, avesse perdurato in questi concetti la giurisprudenza posteriore alle XII tavole.

Oltre a ciò, se il possessore può volendo esibire il tignum, il congiungitore non è la vera cagione che il proprietario viene impedito a tempo indefinito di recuperare il possesso della cosa sua. Immaginiamo che la disposizione de tigno juncto non esista: il fatto del congiungimento rientra allora nel numero di quegli atti di uso che ogni possessore di buona fede esercita liberamente, sulla cosa da lui posseduta senza incorrere in alcuna responsabilità. Se la legge de tigno juncto ha accordato al possessore la facoltà di sciogliere, a suo piacere, il tignum junctum, non per questo il fatto del congiungimento, avvenuto in buona fede, può uscire dal numero degli atti di uso consentiti al possessore di buona fede, e renderlo responsabile. E se si pensa a come molto probabilmente è sorta la disposizione de tigno juncto, si vedrà che quel fatto non poteva esser riguardato tutto in un momento come un atto ingiurioso.

(8) **Pernice** *Labeo* II pag. 143 e segg.

(9) **Ihering** *de la faute* ed. cit. pag. 9 e segg. Ritornero su questo punto al paragrafo XVII.

Non si può dire neppure che il congiungitore che si arricchisce per la disposizione de tigno juncto; è invece il possessore attuale, e non altri, il quale, rifiutandosi di sciogliere, viene ad arricchirsi dell'uso indefinito dei materiali altrui.

Infine, se l'actio de tigno juncto nascesse dal fatto del congiungimento, il diritto di proprietà, il più delle volte, sia per morte o insolvenza del congiungitore, sia per difficoltà di prova, non troverebbe compenso. Questa obiezione fu tanto sentita dagli scrittori, come, per esempio, dal Donello, che elettivamente accordarono un'actio in factum contro il possessore dell'edificio: la quale non ha alcun fondamento nella l. 23. §. 5. D. de rei vind. da essi citata (10). Fondandosi sulla medesima legge, come ho di già notato, altri scrittori (11) accordano un'actio in factum contro il possessore di materiali (congiunti) non furtivi; anch'essi a torto. L'actio in factum in discorso ha luogo nei casi di ferruminazione; ove non può esserci, non che l'actio ad exhibendum per sciogliere l'unione, neppure la rei vindicatio a unione disciolta *casibus in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet*. Ma, trattandosi di materiali congiunti a un edificio o a una vigna altrui, quelle azioni sono soltanto temporaneamente sospese; il diritto di proprietà permfane, ed è frenato soltanto il suo esercizio (12).

XVI.

Interpretazione della l. 1. de tigno juncto.

Dopo che Ulpiano nelle prime parole della l. 1. de tigno juncto ha stabilito che il tignum furtivum, sebbene furtivo, non può

(10) « Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum » neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. ».

(11) **Culacio, Hillighero, Vangerow** ll. cc. paragrafo IX.

(12). V. il mio lavoro sulla ferruminazione cit. §. XII. Anche il **Vinnio Comm. in Inst.** de rer. div. 2. 1. §. 26 in v. *sive ipse sit qui vestimentum fecit sive alius* in f. - il **Fabro Rationalia in P. l. c.** - l' **Huschke** o. c. nota 24 - il **Pagenstecher** o. c. I pag. 101. - il **Brinz Pand.** §. 146. I pag. 557 - **W. Sell Versuche I Diss.** 1. §. 8. pag. 93. non accordano l'actio in factum, se non per il caso della ferruminazione; o tutt'al più (come si sa. il concetto della ferruminazione è disputato) per i casi, in cui vi è acquisto irrevocabile di proprietà.

essere per gravi cagioni separato dall'edificio o dalla vigna aggiunge:

« . . . sed in eum pui convictus est junxisse (tignum furtivum) « in duplum dat actionem » .

Questo punto è senza dubbio strettamente collegato con le parole che seguono nel §. 2.; e però noi possiamo considerare il §. 1. della legge come una lunga parentesi, ommetterlo, leggendo il passo così:

« . . . sed in eum qui convictus est iunxisse in duplum dat » actionem. Sed ad exhibendum danda est actio; nec enim parci » oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve, » non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita quasi » dolo malo fecerit quominus possideat ».

Le quali parole del §. 2. contengono, per chi ben le intende, una speciale disposizione, introdotta con una argomentazione analogica dalla giurisprudenza, contro colui che scientemente aveva congiunto materiali altrui a un edificio, di cui era rimasto sempre possessore.

L'actio ad exhibendum, o si esercita contro il possessore come azione preparatoria della rei vindicatio, o si esercita come azione ex facto per l'id quod interest contro colui che ha cessato di possedere con dolo. Veramente non si potrebbe esercitarla che contro il possessore; ma nel caso di colui che ha cessato di possedere con dolo, dolus pro possessione est. La giurisprudenza romana considerava il possessore, che alienava scientemente la cosa altrui, come se fosse sempre possessore; e basandosi su questa finzione; veniva ad accordare l'actio ad exhibendum. Se per conseguenza alcuno ha congiunto in mala fede a un edificio, di cui era in possesso, dei materiali altrui, e poi ha cessato di possedere l'edificio e con esso i materiali; o se alcuno ha congiunto in mala fede a un edificio altrui, che non possedeva, dei materiali spettanti ad un terzo, ha luogo l'actio ad exhibendum fictitia. Ma non è questo il caso contemplato nel punto sopra riferito di Ulpiano.

Colui che congiunse materiali altrui a un edificio che continua a possedere, non cessa di averli; quantunque cessi di possederli nel senso giuridico della parola, civiliter (1). Se aliena in seguito l'edificio, allora sì, cessa di possederli, anche giusta il concetto

(1) L. 7. §. 1. D. exhib. 10. 4. - Cf. il paragrafo XVIII. di questo lavoro.

naturale della parola. E se immaginiamo non esistente la legge de tigno juncto, il proprietario, che essendo possessore in mala fede di un tignum altrui, l'unisce al proprio edificio, nè cessa di possederli (naturaliter) nè si può scorgere nell'atto del congiungimento un fatto diverso da qualunque altro di uso che il possessore esercita sulla cosa; e che il diritto non colpisce in un modo speciale. Per ciò contro di lui avrebbero luogo le vere e proprie azioni reali, e non l'actio ad exhibendum fictitia; nel medesimo modo che se un possessore di una nave vi unisce un albero altrui in mala fede hanno luogo contro di esso le vere azioni reali, non già l'actio ad exhibendum fictitia.

Ma appunto dopo la legge de tigno juncto il fatto del congiungimento, che non poteva avere un carattere distinto da qualunque altro atto di uso che la legge non punisce in modo speciale, incominciò ad averlo. Il fatto del congiungimento, dopo la legge de tigno juncto, sottraeva la cosa al proprietario nè più nè meno dell'alienazione; perchè la rei vindicatio era sospesa a tempo indefinito. È vero che il congiungitore in un certo senso, naturaliter, non aveva cessato di possedere; ma poichè il diritto di proprietà si trovava impedito nel suo esercizio, era come se avesse cessato di possedere. E se il congiungimento era avvenuto in mala fede, non vi era ragione di non eguagliarlo a colui che in dolo aveva cessato veramente di possedere. Ecco ciò che fece la giurisprudenza: eguagliò il fatto del congiungimento, *ancorchè non accompagnato da alienazione dell'edificio o dei materiali*, al fatto della alienazione.

Così in diritto romano chi alienava in mala fede si riguardava come possessore, perchè potesse aver luogo l'actio ad exhibendum; e chi congiungeva in mala fede un tignum altrui a un edificio, continuando a possederlo, si riguardava *come non possessore*, perchè potesse aver luogo l'actio ad exhibendum fictitia. E l'actio ad exhibendum vera e propria si dava contro il possessore; l'actio ad exhibendum fictitia si dava: 1.º contro l'alienatore in mala fede di una cosa altrui, considerandolo come possessore, *fictus possessor*; 2.º contro il congiungitore in mala fede di un tignum altrui a un edificio, considerandolo come alienatore, *quasi avesse cessato di possedere*, *fictus non possessor* (1).

(1) Anche il **Fabro** *Rationalia in Pand.* ad l. 23. §. 5 de rei vindic. 6. 1. in v. *nisi adversus eum qui sciens nota*, sebbene non in quel modo che ho

Ora si noti che la legge delle XII tavole e la giurisprudenza immediatamente posteriore non colpivano il fatto della alienazione: l'espedito giurisprudenziale della *ficta possessio* è di un'epoca relativamente recente (1). Molto meno era colpito sia dalla legge delle XII tavole, sia dalla giurisprudenza immediatamente posteriore il fatto della congiunzione. Fu più tardi, quando si immaginò l'amminicolo della *ficta possessio*, e fu stabilito di punire il fatto della alienazione in mala fede, che si eguagliò il possessore che congiungeva in mala fede al possessore che alienava; e che il fatto del congiungimento venne ad esser punito come il fatto della alienazione.

Di questa estensione giurisprudenziale, in rapporto al fatto che la legge delle XII tavole *de tigno juncto* non puniva per nulla il fatto del congiungimento di un *tignum* altrui a un edificio, se il congiungitore avesse continuato a possedere l'edificio, ma dava contro di lui soltanto l'*actio de tigno juncto* per il fatto del possesso, parla appunto Ulpiano nel passo sopra riferito. Ecco come quel passo potrebbe essere dilucidato, fatte le debite amplificazioni:

« Ma contro colui che è convinto di aver congiunto... (*e possiede*, s'intende) la legge delle XII tavole accorda soltanto l'*actio* » in duplum: ma noi dobbiamo concedere nei debiti casi anche » l'*actio ad exhibendum*; perchè non si deve risparmiare colui che » scientemente unisce la cosa altrui a un edificio (*e possiede*, s'intende), una volta che il proprietario è impedito dal rivendicarla. » Congiungere, dopo la legge *de tigno juncto*, è lo stesso che alienare, per il proprietario del *tignum*. Come si punisce l'alienazione » in mala fede, così dobbiamo punire la congiunzione in mala fede. » Nè si dica che la legge delle XII tavole vieta di agire contro

seguito nel testo, la differenza tra l'*actio ad exhibendum* in eum qui dolo desiit possidere e l'*actio ad exhibendum*, quasi dolo desiit possidere, contro il congiungitore in mala fede. « Itaque quod valde notandum est dolo in hoc casu » non est pro possessione, nec punitur quasi possessio, sed quasi dolo ». Secondo il **Fabro**, il dolo non è qui « pro possessione, perchè la legge delle » XII tavole vietando la *rei vindicatio*, impediva quella finzione ». Invece, secondo me, è il fatto che il congiungitore naturalmente non cessa di possedere che la impedisce. Cf. paragrafo XII nota 3 di questo lavoro.

(1) **Ihering** *Esprit* ed. cit. vol. IV pag. 25. **Demellus** *Exhibitionspflicht* o. c. pag. 115.

» il possessore di un edificio o di una vigna con l'actio ad exhibendum: noi non conveniamo il congiungitore-possessore, come possessore, a ciò disciolga e restituisca, ma lo conveniamo quasi avesse cessato di possedere con dolo, perchè presti l'id quod interest » (4).

Nelle parole dunque — *in eum qui convictus est junxisse in duplum dat actionem* — il giureconsulto non ha voluto dire che la legge delle XII tavole desse l'actio de tigno juncto contro il congiungitore come tale; perchè evidentemente per intendere ciò che è detto dopo bisogna ammettere che egli riguardasse il congiungitore come possessore. Che nel § 2 il giureconsulto riguardi il congiungitore come possessore, è già nella lettera della legge: *non enim sic eum convenimus, qui convictus est junxisse sciens, quasi possidentem*, dunque era possessore! *sed ita quasi dolo malo desierit possidere*, dunque non aveva cessato veramente di possedere! E prescindendo dalla lettera della legge, se non si ammette che il giureconsulto immaginasse il congiungitore come possessore dell'edificio, l'actio ad exhibendum fictitia contro il congiungitore cesserebbe di essere una specialità: l'actio ad exhibendum fictitia avrebbe luogo non per il fatto del congiungimento, ma per quello d'aver cessato realmente di possedere. La specialità,

(4) In generale gli scrittori interpretano la frase *non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita quasi dolo malo desierit possidere* nel senso che il congiungitore di mala fede abbia veramente cessato di possedere, *perchè chi possiede un edificio non possiede le cose singole che lo compongono*. Nel qual senso, anche il congiungitore in mala fede di una tavola ad un armadio o ad una nave in modo che venga a farne parte, andrebbe soggetto all'actio ad exhibendum fictitia; perchè anche lui (almeno per l'opinione più accolta) cessa di possedere civiliter. Invece contro di lui vi è la vera e propria actio ad exhibendum, *quavis tunc civiliter non possideat*, l. 7 § 2 D. ad exhib. 10, 4. Per me l'actio ad exhibendum della l. 1 de tigno juncto è una specialità delle congiunzioni in mala fede agli edifici, che ha ragione di essere nella legge de tigno juncto; non una disposizione generale per le congiunzioni in mala fede fatte ai corpora connexa, basata sopra il principio che il possesso di un corpus connexum non implica il possesso delle cose singole che lo compongono. V. all'incontro: **Cuiacio** *Comm.* in tit. ed exhibendum. D. 10, 4 ad. l. 6, 7 ed. cit. vol. 7, col. 976. *Observ.* 23, 19 ed. cit. vol. 1 col. 1053. *Comm.* in Kb. XXI Pauli ad Edictum ed. cit. vol. 5 col. 475. — **S. Gentile** l. c. pag. 138. — **Boecking** *Pand. II* § 145 nota 2. — **Basilici** l. 93 lib. 60 tit. 12 sch. 4 in v. *tenetur et ad exhibendum* e sch. 5 in v. *non quasi possideat*.

ossia la pena contro il congiungitore, consiste in questo, che veramente esso non ha cessato di possedere; perchè possedendo l'edificio, possiede anche implicitamente, se non distintamente, i materiali; e nondimeno si accorda contro di lui l'actio ad exhibendum fictitia. Ora il § 2 è così connesso col principio della legge, da non poter dubitare che anche qui il giureconsulto non immaginasse il congiungitore come possessore. Che il giureconsulto abbia considerato il congiungitore come possessore, è certo, sebbene non lo dica, nel § 2; dunque è altrettanto certo, sebbene non lo dica, nel principio della legge stessa.

Se si ritiene che il giureconsulto nel principio della legge abbia inteso parlare di un congiungitore come tale, poichè nel § 2 presuppone di certo che il congiungitore sia possessore, e non lo dice espressamente, è indispensabile per far chiara l'idea del giureconsulto di aggiungere dopo la parola aedificio l'aggettivo suo. Allora esisterebbe veramente una distinzione tra il principio e il § 2 della legge intorno al nostro punto. Ma quando il giureconsulto ha voluto distinguere, come è stato rispetto alle condizioni subiettive del convenuto, ha saputo farlo da sè aggiungendo la parola *sciens* (5).

Sicchè, riassumendo, gli argomenti, per i quali io credo che l'actio de tigno juncto fosse diretta contro il possessore di buona o di mala fede, autore o no del congiungimento, sono i seguenti:

1° che alcuni luoghi delle fonti l. 98 § ult. D. de solut., l. 6 D. ad exhib., e massime la l. 7 § 10 D. de acq. rer. dom. (§ 29 Inst. de rer. div.) indicano il possessore come la persona contro cui è diretta l'actio de tigno juncto.

2° che un altro passo delle fonti, l. 1, D. de tigno juncto, dove sembra indicato il congiungitore, presuppone che il congiungitore sia possessore; e altri passi delle fonti, l. 63 D. de donat. inter v. et u., l. 7 § 10 in pr. D. de acq. rer. dom., § 29 in pr. Inst. de rer. div., immaginano sempre il congiungitore come possessore.

3° che la legge de tigno juncto, essendo stabilita nell'interesse del possessore dell'edificio, questi sembra essere naturalmente indicato come convenuto dell'azione nata dalla detta legge.

(5) Anche nella l. 63 D. de don. inter. v. et u.; nella l. 7 § 10 in pr. D. de acq. rer. dom.; nel § 29 in pr. Inst. de rer. div. il congiungitore è immaginato come possessore.

4° che il fatto del congiungimento, massime in buona fede, non può rendere responsabile l'autore di esso per la sospensione temporanea del diritto di proprietà; ammettendo, come si deve ammettere, che la legge de tigno juncto non ha proibito di sciogliere il tignum junctum, in modo assoluto, ma ha accordata soltanto al possessore dell'edificio la facoltà di non scioglierlo.

5° che è il possessore attuale, il quale, rifiutandosi di sciogliere, viene ad arricchirsi dell'uso indefinito dei materiali altrui.

6° che se l'actio de tigno juncto fosse diretta contro il congiungitore, il diritto di proprietà sarebbe il più delle volte sacrificato.

7° che in nessun luogo delle fonti si trova detto che la legge de tigno juncto o la giurisprudenza abbiano stabilito una distinzione negli effetti giuridici dell'actio de tigno juncto a cagione delle condizioni subiettive del convenuto; anzi la maniera generale, in cui son concepiti alcuni passi, l. 6 D. de exhib., l. 7 § 10 D. de acq. rer. dom., § 29 Inst. de rer. div., e in special modo alcune parole della l. 23 § 6 D. de rei vindic. di Paolo, sono contrari a qualunque distinzione in proposito. Il che non sembrerebbe possibile, ove si dovesse ritenere che la persona convenuta con l'actio de tigno juncto fosse il congiungitore o il congiungitore-possessore.

XVII.

Natura dell' actio de tigno juncto e della prestazione che n' è l' obbietto. — Valutazione del duplum. — Azioni della medesima natura.

Gli interpreti del diritto romano, pur disputando, nel modo veduto nel §. XII, se l'actio de tigno juncto sia un' actio rei persecutoria, un' actio mixta, o un' actio poenalis, non esitano però a riconoscerle la qualità di azione personale (*actio in personam*) (1). E veramente, per quante svariate opinioni si diano intorno alla persona convenuta con l' actio de tigno juncto, è facile rilevare dall' esposizione fatta nel §. XI, che si tratta sempre nell' opinione di tutti di una persona determinata. Per parte nostra, dopo

(1) « Actio de tigno juncto est civilis, personalis, competens domino tigni » contra eum qui ignorante domino tignum alienum aedibus suis junxit ». Così definisce il **Westenbergio de caus. oblig.** Diss. VI c. 1 §. 1. V. anche **Mariansio** l. c. §. 1. **Lauterbach Colleg. P.** 47. 3 §. 5 e altri.

quanto si è detto intorno alla natura e alla sfera d'azione della legge de tigno juncto, intorno ai motivi e all'origine di essa, e intorno alla persona convenuta con l'actio de tigno juncto, dobbiamo ritenere, che quest'azione, non solo non ha in sè stessa carattere penale, e soprattutto veruna relazione con le azioni penali del furto, ma che ha la natura di un'azione repersecuratoria e reale (2).

L'actio de tigno juncto è nata da una limitazione, imposta, in prima dalla consuetudine e poi dalla legge, al diritto di proprietà nell'interesse dei possessori di edifici e di vigne; è diretta in luogo delle azioni reali e per qualunque tignum contro i possessori medesimi; e deve assumere necessariamente la natura repersecuratoria e reale delle azioni, che sta a sostituire. La quale natura non varia per le condizioni subiettive, in cui può trovarsi il convenuto; giacchè, come ho dimostrato, il possessore (congiungitore) di mala fede del tignum junctum è perseguitato con l'actio de tigno juncto ai medesimi effetti giuridici del possessore (congiungitore) di buona fede. Se il possessore ha fatto il congiungimento in mala fede, sorge contro di lui durante l'unione l'actio ad exhibendum, quasi dolo malo fecerit, quominus possideat (3); se il possessore ha rubato il tignum sorgono contro di lui anche le azioni del furto (4); se il possessore ha danneggiato injuria il tignum, sia al momento della congiunzione, sia prima o dopo di essa, potrà essere intentata l'actio legis Aquiliae; ma tutto ciò non muta il carattere dell'actio de tigno juncto; anzi viene sempre meglio ad affermarne l'indipendenza da ogni azione penale, e specialmente dalle azioni del furto (5).

(2) Non posso insistere su questo punto ricco di quistioni e di difficoltà. **Arndts-Serafini** *Pand.* I Part. Gen. 4^a ed. §. 97 nota 10 cf. nota 11. Cf. **Huschke** l. c. nella nota 7 §. XII di questo lavoro.

(3) L. 1 §. 2 de tigno juncto.

(4) Sulla fine del §. 34 *Inst. de rer. div.* 2. 1, dopo stabilito che il proprietario della tavola, su cui per conto di altri venne dipinto, non acquista la proprietà del tutto risultante, ma può intentare sotto certe condizioni un' utilis actio, è soggiunto: « Illud enim palam est, quod, sive is, qui pinxit, surripuit » tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio » *Gaio* II. 78 in f.

(5) Giova riferire le seguenti parole dell' **Hubero** l. c.: « Nec est tamen » quod absurdum videatur furem et mala fide aedificantem eiusdem conditionis » cum eo, qui bonam habet fidem, censerì. Nam furti poena, ut saepe dictum, » a ratione domini separata est. Proinde si is ipse, qui pinxit, tignum furatus » id sit, nulla causa est, cur non ut fur civiliter ac criminaliter puniatur, ta- » metsi tignum repeti nequeat etc. ».

La disposizione della l. 2 de tigno juncto, nel modo, nel quale era interpretata comunemente, menava di necessità a credere, che, almeno in certi casi, l'actio de tigno juncto avesse un carattere penale: nel modo invece, nel quale è stata interpretata nel §. XIV, afferma sempre più il carattere repressivo dell'actio de tigno juncto: giacchè la differenza giuridica stabilita in confronto del §. 29 Inst. de rer. div. riposa sopra una differenza tutta obiettiva, ed è giustificata da uno speciale riguardo ai diritti del proprietario.

La prestazione dell'actio de tigno juncto, per quanto stabilita nel doppio, non obbliga, come hanno già altri notato, ad ammettere, che esso contenga una pena, e che l'actio de tigno juncto abbia così un carattere penale (penale puro o misto); e molto meno che essa sia una forma speciale delle azioni del furto. Non fa difficoltà l'osservazione dell'Ihering (6), che il diritto romano più antico per una reazione violenta contro ogni ingiustizia sofferta perde di vista la colpevolezza, e imprime in ogni caso il carattere di pena al risarcimento di un danno sofferto. L'osservazione nel mio modo di vedere è in sè stessa vera (7); ma non è vera nell'applicazione che ne fa l'Ihering all'actio de tigno juncto. Il possessore dell'edificio, che rifiuta di sciogliere il tignum junctum, non commette veruna ingiustizia; profitta semplicemente di una facoltà che gli viene accordata dalla legge. È direttamente la legge, che ha posto il proprietario dei materiali in condizione di non riaverli; e per conseguenza non ci può essere appiglio all'idea della vendetta. L'origine poi la più naturale della disposizione legislativa de tigno juncto, di cui è discorso nel §. XV, conferma sempre meglio codesta idea. E che almeno la giurisprudenza posteriore alle XII tavole abbia escluso ogni carattere penale dal duplum dell'actio de tigno juncto lo mostra forse anche la parola *pretium*, con la quale lo designa Paolo nella l. 98 in f. D. de solut. — *pretium eius dari voluit* — (8).

Credo anche vera l'altra osservazione dell'Ihering (9), che fosse sconosciuta al diritto più antico una valutazione del danno interesse, relativa all'attività di un patrimonio. Basta pensare allo sviluppo storico, che vi è stato senza dubbio, nella valutazione de

(6) *De la faute* cit. pag. 11.

(7) *Arndts-Serafini Pand.* I Parte Gen. 4^a ed. §. 98 nota 7.

(8) Il passo, come abbiamo veduto, è citato già da coloro, i quali vogliono che in alcuni casi l'actio de tigno juncto non sia penale.

(9) *Esprit* cit. vol. II pag. 108 e segg.

danno punito dalla legge Aquilia (10), per essere convinti della giustezza di codesta osservazione. Dalla quale si possono ricavare due conseguenze. La prima, che il duplum dell' actio de tigno juncto si doveva valutare sopra il valore del tignum (11); e non già sopra l'id' quod interest dell'attore (12); anzi molto probabilmente sopra il valore attuale del tignum, considerato come disciolto al momento in cui viene intentata l'azione. La seconda, che la prestazione dell'actio de tigno juncto, in quanto è fissata nel doppio del valore del tignum non sta a rappresentare, almeno per il diritto delle XII tavole, il danno interesse; ma piuttosto, come è stato detto da molti, un compenso al diritto di proprietà sacrificato dalla legge. Quantunque il simplum avrebbe dovuto essere la misura ordinaria del danno interesse, tutte le volte che non poteva sorgere l'idea della pena ad esagerarlo, nondimeno nel nostro caso si venne allo stesso risultato per un certo riguardo ai diritti del domino, che la legge espropriava a tempo indefinito. La legge non avrà fatto altro, anche qui, che fissare quel compenso, il quale, come abbiám già detto, veniva molto probabilmente fissato in una maniera naturalissima in forza delle contrattazioni private. Del resto non si deve perdere di vista che il legame della personalità col dominio è infinitamente più forte, e lo nota lo stesso Ihering (13) nelle fasi primitive della civiltà. E per ciò abbiamo ritenuto nel §. XIV che la disposizione contenuta nella l. 2 D. de tigno juncto potesse da prima esser generale per qualunque tignum; e che la distinzione fra tignum furtivum e non furtivum sia stata introdotta più tardi dalla giurisprudenza.

Noterò infine, che appunto perchè l' actio de tigno juncto è accordata loco vindicationis nel senso e nel modo sopra espressi (14),

(10) **Ihering** *Esprit* cit. vol. II pag. 113 pag. 139.

(11) Egualmente il **Pagenstecher** o. c. I pag. 100 nota 2, che argomenta dalla parola pretium della l. 98 §. ult. D. de solut. Ma la giurisprudenza romana non ha adoperata sempre la parola pretium a significare il puro valore obiettivo di una cosa. — **Arndts-Serafini** *Pand.* II §. 206 nota 5.

(12) Cf. **Arndts-Serafini** *Pand.* I Parte Gen. §. 98 nota 8.

(13) *Esprit* cit. vol. I pag. 135. — Cf. in f. del presente paragrafo.

(14) Non è difficile trovare indicato negli scrittori che l'actio de tigno juncto è loco vindicationis e che nasce dal diritto di proprietà: l'essenziale sta nel definire le modalità. Cf. **Ihering** *Gesamm. Aufs.* I n.º 2 (*Jahrb. für die Dogm.* vol. 1) nota 28. — **Iacobi** *Jahrb. für die Dogm.* vol. IV nota 105.

quando cessi di esistere la rei vindicatio, cessa pure di esistere l'actio de tigno juncto. Distrutto dunque il tignum, è estinta tanto la rei vindicatio quanto l'actio de tigno juncto.

La natura dell'actio de tigno juncto, e in generale tutte le particolarità esposte fin qui intorno all'actio de tigno juncto, riescono anche più chiare, quando essa venga ravvicinata ad altre, la cui natura è analoga a quella ora descritta dell'actio de tigno juncto.

Le azioni in parola sono:

1^a l'*utilis* (in rem) *actio*, accordata dalla l. 9 §. 2 D. de acq. rer. dom. 41. 1 di Gaio (15) e dal §. 34 Inst. de rer. div. 2. 1 (16) al proprietario della tavola, su cui altri ha dipinto, non per conto di lui. Per decisione dell'imperatore Giustiniano, già innanzi proposta e seguita da qualche giureconsulto, ma non da tutti (17), proprietario del dipinto, considerato come un tutto risultante dalla tavola e dalla pittura (18), è il suo autore, anche se ha dipinto

(15) « Sed non, uti literae chartis membranisque cedunt, ita solent picturae »
» tabulis cedere; sed ex diverso placuit, tabulae picturae cedere. Utique ta-
» men conveniens est, domino tabularum adversus eum, qui pinxerit, si is ta-
» bulas possidebat, utilem actionem dari; qua ita efficaciter experiri, poterit, si
» picturae impensam exsolvat, alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si
» bona fide possessor fuerit cui solverit. Adversus dominum vero tabularum ei,
» qui pinxerit, rectam vindicationem competere diximus; ut tamen pretium ta-
» bularum inferat, alioquin nocebit ei doli mali exceptio » Cf. Gaio II. 78.

(16) « Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae »
» cedere: aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. Sed nobis vi-
» detur melius esse, tabulam picturae cedere; ridiculum est enim, picturam
» Apellis vel Parrhasi in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si a do-
» mino tabulae imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat nec solvat pretium
» tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit,
» possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur:
» quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali
» repelli; utique si bona fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud
» enim palam est, quod, sive is, qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, com-
» petit domino tabularum furti actio ».

(17) L. 23 §. 3. D. de rei vind. 6. 1.

(18) È disputato come si configuri giuridicamente il diritto del pittore. Diverterà esso proprietario irrevocabile della tavola? Il **Bechmann** o. c. pag. 76 crede di no. Vi hanno alcuni, i quali pensano (sebbene a torto) che i giureconsulti, i quali accordavano la proprietà del dipinto al pittore, riguardassero il

in mala fede (19). Il proprietario della tavola conserva il suo diritto di proprietà; ma non può esercitarlo nella forma normale (rei vindicatio), finchè dura l'unione. Invece della rei vindicatio,

caso come una specificazione. P. es. anche il **Maynz Cours** §. 103 e il **Boecking Pand.** §. 152 nota 57; §. 154 lett. g. (cf. **Gesterding** o. c. §. 33 pag. 247). Questi non possono non ammettere che il pittore diventi proprietario irrevocabile della tavola. Del resto credo che tale sia l'opinione più comune. Accogliendo l'idea del **Bechmann**, ne deriva come conseguenza, che, se venisse in qualunque modo cassato il dipinto, cesserebbe, di regola, ogni diritto del pittore alla tavola; e il suo proprietario potrebbe rivendicarla. Così anche il **Vinnio Comm. in Inst.** de rer. div. 2. 1 §. 34 in v. *consequens est* etc. — il **Westphal** o. c. §. 457. Ma contro, la **Glossa** al §. 34 *Inst. de rer. div. 2. 1* in v. *imposuit*. Parimente, e sempre come conseguenza del principio ammesso dal **Bechmann**, che il pittore non acquisti la proprietà irrevocabile della tavola; il pittore in possesso convenuto con l'utilis (in rem) actio, potrebbe liberarsi cassando il dipinto e restituendo la tavola. Non ammetterei però col **Bechmann** o. c. pag. 78 in f. che il diritto del pittore consistesse in una vindicazione, che non si basa sopra un diritto di proprietà. Nel mio modo di vedere il pittore ha al dipinto, considerato come un tutto risultante dalla tavola e dalla pittura, un diritto analogo a quello che il proprietario del suolo ha all'edificio. È pur disputato su qual fondamento riposi la prevalenza data alla pittura sulla tavola. Secondo alcuni, sull'importanza della pittura come arte. **Gesterding** o. c. pag. 247 e altri antichi. Cf. **Westphal** o. c. §. 455 pag. 366. Secondo altri, sul valore di cambio straordinario del dipinto (*propter pretium picturae* l. 23 §. 3 D. de rei vind. 6. 1).

(19) Secondo l'opinione di alcuni, il pittore in mala fede: 1° non acquista la proprietà del dipinto; 2° non ha alcun diritto a compenso. **Glossa** ad §. 34 *Inst. de rer. div. 2. 1* in v. *junxit*: « *sive bona sive mala fide, secundum Placentinum; nos contra* etc. ». — Cf. **Glossa** ad l. 9 §. 2 D. de acq. rer. dom. 41. 1 in v. *rectam vindicationem*. L'opinione più giusta è quella del **Placentino**. **Giustiniano** e **Gaio** hanno semplicemente stabilito, che nel caso della pittura il lavoro debba esser riguardato come cosa principale; e però l'acquisto succede senza riguardo alle condizioni subiettive del pittore. La mala fede del pittore ha importanza, in quanto per essa gli è tolto il diritto di far cessione del tutto, dietro compenso del valore della mano d'opera. Nondimeno l'opinione di **Accursio** è seguita da altri. **Donello Comm. l. C. IV. 36 §. 11**; **Vinnio Comm. in Inst. 2. 1 in v. *utique si bonae fidei possessor fuerit*; **Schmid Handbuch** §. 10 pag. 158; **Waechter Rechtslexicon** I v. *Accession* pag. 32 nota 91: « Se il pittore era in mala fede non ha alcun diritto a compenso » **Boecking Pand.** §. 154 (§. a), il quale parla del ladro, invece che in generale del pittore in mala fede. Sul che cf. il §. VIII del nostro lavoro cit. nota 3 §. VIII.**

è accordata al proprietario della tavola l'azione suddetta; e con essa, purchè all'occasione sia pronto a pagare il prezzo della pittura, può arrivare ad ottenere contro qualunque possessore, autore o no del dipinto (20), se non la tavola medesima con o senza il dipinto, per lo meno il valore attuale della tavola (*pretium tabulae*) quale sarebbe stata, se altri non l'avesse dipinta. Infatti l'*utilis in rem actio* è fondata sull'ipotesi, che la tavola sussista tuttavia nello stato, che avrebbe avuto, prescindendo dalla pittura. Il proprietario della tavola — *intendit tabulam suam esse* — dietro quella ipotesi (21). Il convenuto ha tre vie: o restituisce semplicemente la tavola; o cede il dipinto, reclamando con una *exceptio doli* il *pretium picturae* (22); o lo ritiene, e allora è condannato a sborsare il prezzo della tavola (*pretium tabulae*). Se la restituzione della tavola nello stato libero non avviene, non deve attribuirsi alla mera volontà del convenuto, ma a una disposizione giuridica; e però la condanna è fatta per la semplice *aestimatio litis*; la quale, tranne i casi che il convenuto sia al tempo stesso il pittore della tavola, e possa essergli attribuito a colpa l'aver dipinto, non può comprendere che il semplice valore della cosa (23). L'obbligo fatto al proprietario della tavola di esser pronto a pa-

(20) Le parole *at si is qui pinxit possideat* del §. 34 non esprimono una condizione per potere intentare l'*utilis (in rem) actio*; nel senso, che se il pittore cessi di possedere, l'azione non possa darsi contro i terzi possessori: esprimono bensì una condizione per potere intentare l'azione contro il pittore. Anche per l'*actio directa* del pittore è detto — *si me possidente petas* (Gaio II, 78) — **Bechmann** o. c. pag. 76.

(21) Cf. la formula data dal **Fitting** *Archiv für civ. Praxis* vol. 48 pag. 351 nota 145. D'accordo, il **Witte** *Bereicherungsklagen* pag. 307 (*auf Herausgabe der tabula*). Cf. **Keller** *Pand.* §. 140 nota 8. Nel nostro modo di vedere però il caso della pittura non contiene nulla di eccezionale per ciò che riguarda i mezzi di compenso, accordati al proprietario della cosa accessoria.

(22) Non credo, malgrado possa sembrare altrimenti, che il proprietario della tavola, per intentare l'*utilis (in rem) actio*, sia tenuto ad offrire contemporaneamente il prezzo della pittura: questo verrà reclamato dal possessore (convenuto) con un'eccezione, quando egli creda conveniente di far cessione del dipinto. Così è anche nella *directa in rem actio*, e in generale per le spese ripetibili.

(23) Lo stesso avviene p. es. nell'ipotesi che, intentata la *rei vindicatio* di una tavola, questa venga durante il processo dipinta per conto del possessore e senza dolo di costui da un terzo. Cf. l. 68 D. de rei vind. 6. 1.

gare il prezzo della pittura, se non vuole che la sua azione sia respinta da un' *exceptio doli*, è naturale. Se il convenuto fosse il pittore medesimo o suoi aventi causa, l'obbligo vi sarebbe già per la teoria delle spese (24): ma più in generale si può dire, che se il proprietario della cosa accessoria (*tabula*) ha diritto di ottenere il prezzo di ciò che è suo, molto più diritto vi abbia il proprietario della cosa principale (*pictura*) in possesso. Di qui la facoltà di scelta accennata. Tutto sta a vedere, se la facoltà di scelta spetti al proprietario della cosa principale, anche quando è autore della congiunzione. L'obbligo non si può negarlo riesce assai sfavorevole al proprietario della tavola, che voglia esser compensato soltanto di questa, e non voglia, o non possa, acquistare il dipinto (25): ma al medesimo obbligo è sottoposto il pittore di fronte al proprietario della tavola, che possiede; e in generale chiunque rivendica la cosa proprio dalle mani di un possessore (di buona fede), che vi abbia fatte delle spese. Se l'autore del dipinto era in mala fede, il proprietario della tavola può intentare l'*utilis (in rem) actio*, senza aver bisogno di esser pronto a rimborsare il convenuto del valore del dipinto; purchè il possessore convenuto sia il pittore medesimo. In altri termini, il pittore in mala fede (possessore — convenuto) non può opporre come eccezione all'*utilis (in rem) actio* il suo diritto di proprietà alla pittura (considerata come cosa): e per conseguenza, o restituisce la tavola, o restituisce il dipinto, o compensa il proprietario della tavola. In modo analogo, nella teoria delle spese il possessore che le ha fatte in mala fede non può opporre l'*exceptio doli* per esserne compensato. E quantunque si tratti qui del proprietario della cosa principale (possessore), e non già di un semplice possessore, la restrizione è giusta; e si vedrà che non è particolare al caso della pittura.

Il proprietario del dipinto alla sua volta, se vuole intentare la *directa rei vindicatio* contro il proprietario della tavola in possesso, deve esser pronto all'occasione a rimborsarlo del valore attuale di essa: immaginandola, s'intende, esistente nella condizione che avrebbe avuto, se non vi fosse stato dipinto. Il quale obbligo, che del resto vi sarebbe già per la teorica delle spese, nasce dall'azione

(24) V. p. es. anche nel caso della scrittura §. 33 *Inst. de rer. div.* 2. 1 — l. 9 §. 1 *D. de acq. rer. dom.* 41. 1.

(25) Cf. *Westphal* o. c. §. 455. *Keller Pand.* §. 140 nota 8.

accordata al proprietario della tavola per far valere il proprio diritto: e che, essendo in possesso, egli viene ad opporre alla rei vindicatio directa nella forma di un' exceptio doli. E neppure questa, vedremo in seguito, è una particolarità del caso della pittura. Non vi è poi alcun dubbio che il proprietario del dipinto attore, al quale venisse opposto il diritto di proprietà alla cosa accessoria, potrebbe replicare, opponendo il suo alla cosa principale; o in altri termini, che il proprietario della cosa principale, che non è in possesso, e che potrebbe reclamare il tutto, possa farne cessione a patto di esser compensato della cosa propria (26).

Intorno alla natura e alle modalità ora esposte dell'utilis (in rem) actio accordata al proprietario della tavola, su cui altri dipinse, s'incontrano negli scrittori svariate opinioni. A qualcuno codesta utilis (in rem) actio è sembrata inconciliabile con le azioni accordate al pittore (27). Qualche altro accorda al proprietario della tavola: 1° il diritto di respingere la directa rei vindicatio del pittore, pagandogli il valore del dipinto; 2° il diritto di rivendicare il tutto con l'utilis rei vindicatio, pagandogli il valore del dipinto (28). Qualche altro gli accorda soltanto il primo (29), o soltanto il secondo (30). I poteri accennati spettano invece tutti e due al pittore, come è opinione della maggior parte (31). E nel mio modo di vedere anche contro i terzi possessori o proprietari del dipinto l'utilis in rem actio del proprietario ha il medesimo carattere, che contro il pittore in possesso (32). Al contrario l'opi-

(26) Cf. ciò che è detto nel §. XX a proposito dell'art. 474 del Cod. Civ. It. — Non credo però che il proprietario della cosa principale abbia questa facoltà (actione), quando è autore della congiunzione.

(27) **Waechter Rechtslexicon v. Accession** I pag. 31 nota 91.

(28) **Schmid Handbuch** §. 10 pag. 158-159. — **Gesterding** o. c. pag. 245.

(29) Così alcuni Glossatori. **Glossa** ad §. 34 Inst. de rer. div. 2. 1 in v. *impouit.* **Glossa** ad l. 9 §. 2 D. de acq. rer. dom. 41. 1 in v. *directam vindicationem.* **Donello Comm. I. C. IV. 36** §. 10.

(30) **Goeschen Vorlesungen** §. 273.

(31) **Glossa** ll. cc. — **Vinnio Comm. in Inst. de rer. div. 2. 1** in v. *nec solvat impensam picturae.* **Westphal** o. c. §. 455. **Arndts-Serafini Pand.** §. 152 nota 1 n.º 2 d. **Keller Pand.** §. 140. **Ihering Gesamm. Aufs.** I pag. 81. **Fitting** l. c. pag. 351.

(32) D'accordo **Puchta Inst.** §. 242 nota x pag. 696 quanto ai proprietari almeno.

nione più comune sembra ritenere, che la utilis (in rem) actio possa esser diretta unicamente contro il pittore in possesso (33); o unicamente contro il pittore come tale, anche se più non possiede (34). Qualcuno sembra anche ritenere che contro i terzi possessori (non proprietari) del dipinto il proprietario della tavola possa sperimentare l'utilis (in rem) actio, all'effetto di ottenere la restituzione del dipinto (35). L'opinione più comune vuole che l'utilis (in rem) actio del proprietario della tavola sia diretta alla restituzione del dipinto (il tutto) *eventualmente*; qualora cioè il proprietario della tavola non sia soddisfatto del prezzo della medesima (36). A me sembra che allora vi dovrebbe essere, in caso di non restituzione, una condanna con giuramento in litem, basata sopra il valore del dipinto; e che si schiuderebbe per conseguenza eventualmente la via a quel ridicolo, che Giustiniano respinse in un modo assoluto (37).

(33) **Ihering** l. c. pag. 102 (Cf. **Waechter Pand.** §. 143 Beil. I). **Iacobi** l. c. pag. 230 nota 82.

(34) Sono d'accordo in questo tanto coloro che fondano l'azione sopra l'arricchimento, quanto coloro che forse la fondano sul fatto del congiungimento. Per questi ultimi cf. nota 51.

(35) Non sono soltanto quelli citati alla nota 23 e 25, ma anche altri, che hanno avvertito l'errore di codesti scrittori. **Arndts-Serafini** l. c. in f. « In » vece il proprietario della tavola può intentare *validamente* la utilis rei vindictio contro i terzi possessori illegittimi; e quindi costringere con l'exceptio doli il proprietario del dipinto che lo rivendicasse a pagare il valore della tavola ». **Westphal** o. c. §. 456. Non è questo uno schiudere di nuovo la via al ridiculum, che Giustiniano respinse?

(36) **Ihering** l. c. pag. 79 e segg.; quantunque non si esprima chiaramente, se l'azione è diretta eventualmente alla tavola o al dipinto. Ma anche quest'ultimo modo di vedere non è, secondo me, esatto. **Fitting** l. c. pag. 350. in f. **K. Sell** o. c. I §. 75 pag. 283. **Boecking** §. 152 nota 27. Non è neppure esatto, secondo me, che l'azione sia diretta immediatamente alla prestazione in denaro. **Westphal** o. c. §. 455.

(37) Mi sembra che **Iacobi**, che pure intende seguire l'Ihering, sia andato più in là, e cada nell'errore, di cui ho citati alcuni seguaci nella nota 28, se si deve prendere alla lettera ciò che egli scrive l. c. pag. 251-252: « Ma la » equità richiede una protezione del proprietario dei materiali, tanto più che » l'oggetto del suo diritto rimane incambiato; perciò gli è accordata un'azione » per il rilascio del dipinto, dietro un compenso, che deve essere da lui offerto: » cosicchè il pittore ha la scelta, o di vendere il quadro sotto la condizione » suddetta o di lasciarsi condannare nell'interesse (col giuramento in litem). Cf. nota 82 pag. 230 in f. Cf. **Keller Pand.** §. 140 (*auf Herausgabe des Gemäldes*).

Quanto alla natura dell' *utilis (in rem) actio*, molti tralasciano di definirla o di indicarla, e di questi non è improbabile che alcuno la creda un' azione fondata sul fatto del congiungimento. Alcuni scrittori riguardano la detta azione come un' azione *personale* fondata sul diritto di proprietà (38). Anche per me si tratta di un'azione fondata sul diritto di proprietà; ma appunto per questo essa deve esser diretta contro tutti i possessori autori o no del dipinto; e appunto per questo la prestazione di essa deve esser calcolata sul valore attuale della tavola, considerata come non dipinta; e appunto per questo, se la tavola dipinta fosse completamente distrutta, nè la *directa* nè l' *utilis rei vindicatio* avrebbero più fondamento ad essere intentate (39). E tutto ciò significa che l'azione è *reale*. Altri scrittori infine la riguardano come un'azione personale fondata sul fatto dell'ingiusto arricchimento, risentito dal patrimonio del pittore, in conseguenza dell'acquisto di proprietà. Nel mio modo di vedere, conforme del resto a quello di molti altri scrittori, i termini di un'azione d'arricchimento contro il possessore a titolo singolare ricorrono in casi eccezionali, nei casi in cui non ha alcun giusto titolo di possesso (40): per modo che il

(38) **Ihering** l. c. pag. 110. — **Iacobi** l. c. pag. 244-245.

(39) Sono notevolissime in proposito le seguenti parole dell'**Ihering Jahrb. für die Dogm.** XVI pag. 246, che rivelano, malgrado l'autore, qual'è il vero fondamento dell'azione giusta i principj da lui posti: « Quelle azioni (*actio in rem factum, utilis in rem actio*) vengono accordate al proprietario della cosa accessoria *allora soltanto che il proprietario della cosa principale ha operata la congiunzione*: per il caso al contrario che egli stesso l'abbia operata, come possessore della cosa principale, gli spetta per la teoria dominante, che io ritengo vera, soltanto un diritto di ritenzione; e in caso non lo faccia valere, nessuna azione. A prima vista, codesta sembra un' incoerenza. Che può importare, si può dire, quale dei due abbia fatta la congiunzione? Il proprietario della cosa principale si è per essa arricchito; e una volta che il diritto riguarda come giusto, che in ambedue i casi costui indennizzi il proprietario della cosa accessoria, perchè non con un' azione in ambedue i casi? L'argomento non è così schiacciante come sembra. Vi è pure una differenza, se io stesso, unendo la mia cosa ad un'altra, mi sono privato della proprietà, o se un altro l'ha fatto: *là mi può esser rivolto il rimprovero di essermi ingannato sull'altrui proprietà; quà non ho colpa veruna; io sono stato privato della mia proprietà per opera dell'avversario* ».

(40) **Waechter Pand.** §. 143 Beil II lett. a. b. (ma specialmente *Erörterungen* II pag. 101). **Witte Bereicherungsklagen.** **Ihering Jahrb. für die**

proprietario della tavola rimarrebbe il più delle volte senza compenso, mentre l'utilis actio è accordata dalle fonti in una maniera generale per tutti i casi. Per lo meno, dato che si trattasse di un'azione di arricchimento, la prestazione dell'utilis (in rem) actio dovrebbe variare a seconda del titolo (lucrativo o oneroso), col quale il pittore possedeva la tavola (41); mentre nel nostro modo di vedere la prestazione non solo è dovuta in ogni caso, ma consiste ancora in una somma determinata (pretium tabulae) (42), variabile soltanto rispetto al tempo, in cui fu intentata l'azione. E questo modo di vedere è confortato dalla lettera stessa delle fonti (43). Dietro forse l'idea suespressa, molti scrittori affermano che il convenuto con l'utilis (in rem) actio deve prestare *ciò di cui si è arricchito* (44). Nondimeno qualche scrittore, che fonda la nostra azione sopra il fatto dell'ingiusto arricchimento, sostiene che arricchimento vi è sempre, qualunque sia il titolo (gratuito o oneroso), col quale il pittore possedeva, qualunque sia l'entità dell'onere per cui ottenne il possesso della tavola; e consiste nel valore, che aveva la tavola al momento in cui veniva dipinta (45).

Dogm. XVI pag. 230 e segg. *Iacobi Jahrb. für die Dogm. IV* pag. 160 e seguenti.

(41) V. anche *Fitting* l. c. §. 6. 8 in f. — Del resto è opinione assai comune accolta anche dal *Savigny System V* pag. 523. Naturalmente la prestazione dovrebbe variare anche nell'ipotesi di titolo oneroso, a seconda dell'entità dell'onere, per il quale fu ottenuto il possesso.

(42) Parlano di prestazione calcolata sul valore della tavola *K. Sell* o. c. I §. 283. *Witte* o. c. pag. 308, che esclude si tratti di un'azione d'arricchimento. *Keller* l. c. (ma non sul valore attuale).

(43) Le fonti indicano il pretium tabulae come prestazione dell'exceptio opposta dal proprietario della tavola in possesso; ma la prestazione dell'actio (in rem) non può differire da quella dell'exceptio in discorso.

(44) *Thibaut System* §. 741. *Westphal* o. c. §. 455 e altri.

(45) *Windscheid Pand.* I §. 190 e nota 4 *ibid.*; cf. II §. 421 n. 1; §. 422 n.º 1 lett. a; e note 2 e 8 *ibid.*; §. 424 n.º 5 e nota 1 *ibid.* — *Sell W. Versuche* I n.º 1 §. 38. — Cf. le seguenti parole del *Waechter Pand.* §. 143 Beil. 2 pag. 183 lett. a, che sono in sostanza e in gran parte un'auto-revole conferma della teorica esposta nel testo. — « Se egli (il possessore di » buona fede a titolo singolare) ha ancora materialmente la cosa, ma l'aveva » specificata o in qualunque altra guisa congiunta con un'altra sua, così che il » proprietario non possa rivendicarla (p. es. se l'ha acquistata irrevocabilmente » per ferruminazione o per piantagione) potrà essere convenuto dal fu proprie-

2^a l' *utilis in rem actio*, accordata dalla l. 5 §. 3 D. de rei vind. 6. 1 (46) all'antico proprietario della pianta, che, messa in suolo altrui, vi si è abbarbicata. Anch' essa io credo, è diretta contro il possessore del tutto, autore o no della congiunzione. La prestazione della condanna si calcola sul valore attuale della cosa accessoria nella forma che questa aveva prima della congiunzione: non si stima cioè il valore dell'albero attuale, ma l'attuale valore dell'albero, supponendolo esistente nella forma, che aveva prima di essere trapiantato. Se l'albero attuale perisce, l' *utilis in rem actio* non può essere intentata. L' *utilis in rem actio* si fonda sopra la finzione, che l'albero sussista nella forma, che aveva prima di essere trapiantato, ed è diretta alla restituzione di esso in quella forma (47). La condanna è data nel semplice valore della cosa; perchè, se la restituzione non può avere effetto, è in virtù di un disposto di legge, che riguarda come estinto l'albero. Non vi è dubbio, per me, che il possessore del fondo potrebbe liberarsi dall' *utilis in rem actio*, offrendo il tutto, cioè il fondo, a patto di esserne rimborsato del valore; diminuito, s'intende, di ciò che è dovuto al proprietario dell'albero. E però questi, intentando l' *utilis in rem actio* deve esser pronto all'occasione a pagare il valore del

» tario con un'azione *personale* per il valore della cosa, in quanto egli al momento in cui viene intentata l'azione si trova arricchito per la cosa che sussiste tuttavia nelle sue mani ». — E queste del **Wening-Ingenheim** *Lehre vom Schadenersatze* pag. 71: « Se il danneggiato (proprietario della cosa accessoria) non si trova in possesso, ma è costretto ad agire, non può agire di regola che con un' *actio in factum*. Contro il terzo proprietario non ha alcun motivo per un'azione. Ciò va soggetto ad un'eccezione nel domino della tavola, sulla quale fu posta una pittura etc. ». — E anche queste altre del **Puchta** *Inst.* §. 142 nota x, che si riferiscono in generale all'azione, che egli accorda al domino di una cosa accessoria, espropriata, sia per ferruminazione, sia per piantagione, sia anche per avulsione: « L'azione ha luogo contro il proprietario, non soltanto contro quello che lo era al tempo dell'accessione; e però in alcuni passi è tenuta come *utilis in rem actio* ».

(46) « De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit, Varus et Nerva » *utilem in rem actionem dabant; nam si nondum coaluit, mea esse non desinit* ».

(47) Cf. **Goeschel** *Vorles.* §. 272: « noi dobbiamo intendere, che quell' *utilis in rem actio* sia semplicemente un'azione di risarcimento sotto la forma di una *in rem actio* ». — Ma non precisa di più, com'era necessario. Cf. **Keller** *Pand.* §. 139 nota 6.

fondo, o almeno di una parte di esso; altrimenti potrebbe esser respinto con un' *exceptio doli*. Se il possessore convenuto ha fatto la congiunzione in mala fede, il proprietario dell'albero non ha bisogno di esser pronto a fare il pagamento suddetto. In altri termini: la mala fede del convenuto — autore della piantagione — esclude il diritto di cedere il tutto al proprietario della cosa accessoria. A differenza del caso nella inedificazione e della pittura, nel caso della piantagione le azioni reali sono assolutamente perdute; giacchè il proprietario del suolo acquista la proprietà irrevocabile dell'albero, non appena ha gettato radici. Per conseguenza, il possessore del suolo non può liberarsi dall'*utilis in rem actio* col restituire l'albero.

Intorno alla natura e alle modalità dell'*utilis in rem actio*, accordata dalla l. 5 §. 3 de rei vind., si disputava già dai Glossatori (48). Alcuni scrittori (49) credono che si tratti di un'azione diretta, nell'opinione di Varo e Nerva, non accolta dagli altri giuriconsulti, a recuperare il possesso della pianta attuale. Che non si tratti di un'azione diretta a un tale scopo, lo dimostra benissimo anche lo Schmid (50). Ma non si tratta neppure, come pensano altri (51), fra i quali lo Schmid medesimo, della rei vindicatio diretta contro il *fictus possessor*, ossia contro colui che piantò in mala fede (52). Vi ha chi crede (53), che anche questa azione, come la precedente, sia diretta *eventualmente* alla restituzione della cosa accessoria; ma la restituzione della cosa accessoria eventuale

(48) Haenell, *Diss. Dom.* pag. 519-520. — Donello *Com.* I. C. IV, 34 §. 4.

(49) Waechter *Rechtslexicon* I v. Accession pag. 23 nota 45. Landucci *Avulsio* (Archivio Giuridico vol. 31) pag. 15 nota 2. — L'opinione del resto è antichissima fra gli interpreti del diritto romano. Cfr. il Donello l. c.; Haenell l. c.

(50) *Handbuch* §. 10 nota 87.

(51) V. i citati dallo Schmid l. c.; e anche il Waechter l. c. e *ibid.* pag. 24.

(52) Cf. ciò che è detto in principio del paragrafo XIV. — Cf. Gesterding o. c. pag. 198 e 240.

(53) Ihering *Gesamm. Aufs.* I n.° 2 pag. 98-99 e pag. 82. — Iacobi l. c. pag. 249 e pag. 230 nota 82; se pure l'Iacobi non ha inteso che l'azione sia diretta in un modo assoluto alla restituzione. L'uno (l. c. pag. 106) e l'altro (l. c. pag. 238) credono che nel periodo formulare la restituzione non avesse altra sanzione che il giuramento in litem. Cf. l'Appendice di questo lavoro n. 21.

o no, è tanto meno da ammettersi nell'ipotesi della piantagione, in quanto che in essa è riconosciuto un acquisto irrevocabile della cosa accessoria. Bisognerebbe altrimenti ammettere, che il proprietario del suolo, convenuto con l'*utilis in rem actio*, potesse sciogliere e restituire l'albero (54). Il che non solo contrasta all'ammennicolo logico, su cui è fondato l'acquisto irrevocabile dell'albero (*nam credibile est alio terrae alimento alium factum*), ma anche col motivo reale di esso (55). Secondo questi scrittori, l'*utilis in rem actio* sarebbe diretta contro il possessore del suolo, purchè autore della congiunzione, e fondata sopra il diritto di proprietà (56). Secondo alcuni altri invece l'azione sarebbe diretta contro colui che acquista la proprietà dell'albero (proprietario del suolo); e fondata sopra l'arricchimento (57). Secondo alcuni altri infine contro colui che acquista la proprietà dell'albero (proprietario del suolo), purchè autore della congiunzione; e fondata, non è esplicitamente detto se sopra il fatto della congiunzione, o sopra il fatto dell'arricchimento; ma diretta a ogni modo a quello di cui si è arricchito.

(54) Non si adduca l'analogia di quanto è disposto per il caso della pittura. Le Fonti parlano in quel caso di cessione del tutto; e se noi ammettiamo anche la restituzione della cosa accessoria (*tabula*), dipende dalla particolarità, che questa non è divenuta proprietà irrevocabile del pittore.

(55) Non bisogna confondere il motivo reale, sebbene latente, delle teoriche della piantagione, della ferruminazione, della specificazione etc. con l'ammennicolo logico su cui vengono basate. Perciò ho riconosciuto nel paragrafo X nota 14, che l'idea di molti scrittori di ammettere un acquisto irrevocabile in ogni congiunzione dove la separazione non è possibile, è lo svolgimento ulteriore di un pensiero romano.

(56) V. nota 33 e nota 38.

(57) V. nota 45. Nel modo di vedere del Windscheid l'azione è diretta sempre contro il proprietario-acquirente, anche se cessa di possedere. Ma l'azione sarà diretta contro il proprietario-acquirente autore o no della congiunzione? Vale a dire, contro chi sarà diretta l'*utilis in rem actio* nell'ipotesi che un terzo non proprietario abbia fatta la congiunzione? L'azione colpirà l'acquirente, se questi ha evitto il terzo? Nel modo di vedere del Windscheid non vi ha dubbio (v. nota seguente). Se il proprietario del fondo non ha ancora evitto il terzo possessore, è naturale che l'azione sia diretta contro di questo. Non posso dare maggiori indicazioni, perchè alcuni scritti speciali del Windscheid sulla teorica dell'arricchimento mi mancano. V. anche il **Boecking Pand.** §. 152 nota 52: « *die auch gegen den Eigenthümer der Hauptsache, der nicht selbst adjungirt hat* ».

chito l'acquirente (58). Non posso ripetere in questa parte, che quanto è stato detto poco sopra, parlando dell'*utilis in rem actio* della pittura. I termini d'un'azione d'arricchimento non si danno contro il possessore a titolo singolare che in casi eccezionalissimi; per cui quasi sempre il proprietario che perde rimarrebbe sacrificato, se veramente la nostra *utilis in rem actio* fosse un'azione d'arricchimento. E se l'azione è fondata sopra il diritto di proprietà, non si può non arrivare ai risultati speciali, cui siamo arrivati; tanto più che qui è esplicitamente detto, che si tratta di un'*actio in rem*. Ma per ciò che riguarda particolarmente l'opinione di quelli che accordano l'azione contro l'acquirente-autore del congiungimento, è da domandare: contro chi sarà diretta l'azione, nell'ipotesi, che il congiungimento sia stato fatto da un terzo, che non era proprietario, e che è stato evitto dal proprietario del suolo? E se venga risposto che in tale ipotesi l'azione è sempre diretta contro il congiungitore (59), si replicherà, che al-

(58) **Wening-Ingenheim** *Lehrbuch* lib. III §. 346. — **Maynz** *Cours* §. 103 cf. nota 12 *ibid.* — **Schmid** *Handbuch* §. 10 pag. 162 e segg. — **Waechter** *Rechtslexicon* I v. *Accession* pag. 24. — **Thibaut** *System* §. 741 e altri molti. — Resulta chiarissima la differenza tra questi autori e il **Windscheid**, nel modo stesso come si esprimono. Il **Windscheid** *Pand.* §. 190 distingue, se è il proprietario perditore, che ha fatta la congiunzione o no (*oder nicht*); e nell'ultima ipotesi accorda l'azione d'arricchimento; cioè, tanto se l'autore della congiunzione fu il proprietario della cosa principale, quanto se fu un terzo. Così anche il **Baron** *Pand.* §. 139 n.° 3. Gli altri invece *l. c.* distinguono, se è il proprietario che perde, o il proprietario che acquista, che ha fatta la congiunzione; e nell'ultima ipotesi accordano l'azione. Non dicono però esplicitamente, che, nel caso di congiunzione fatta da un terzo, non ha luogo l'azione contro il proprietario acquirente. È quel solito difetto che ho già avvertito rispetto all'*actio de tigno juncto* (nota 2 paragrafo XI); di porre cioè in rilievo nella congiunzione di cose appartenenti a diversi proprietari soltanto due ipotesi. L'espressione negativa del **Windscheid** (*oder nicht*) abbraccia anche l'ipotesi, che l'acquisto sia provenuto da un avvenimento naturale, indipendentemente dal fatto dell'uomo; nella quale ipotesi gli altri scrittori vengono ad escludere egualmente l'azione.

(59) Può essere che questi autori in generale diano veramente l'azione contro il domino acquirente congiungitore, anche se cessa di possedere, e contro il congiungitore, anche se non era proprietario; ossia, in generale contro il congiungitore, come tale. Cf. **Wening-Ingenheim** *l. c.* nota 45 di questo paragrafo. Ma, come nell'*actio de tigno juncto*, neppure qui gli autori sono esplici-

lora è impossibile credere, che quando l'*utilis in rem actio* è diretta contro il proprietario-congiungitore in possesso, si tratti di azione d'arricchimento: allora bisogna cercare all'*utilis in rem actio* un altro fondamento, e trovarlo nel fatto della congiunzione; sul che ho detto abbastanza nel paragrafo XI (60). Se poi venisse risposto, che nella sopraddezza ipotesi l'azione è diretta contro colui che acquista, allora sarebbe chiaro, che l'opinione di codesti scrittori si confonde con quella degli scrittori indicati nella nota 57.

3.^o *l'actio in factum*, accordata dalla l. 23 §. 5 D. de rei vind. 6, 1 per i casi di ferruminazione — *in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet*. — Anch'essa (61), io credo, è

citi. L'**Halmberger** *Diritto Romano* Bellinzona 1851 §. 211 n.^o 3, che trovo aver contemplata esplicitamente l'ipotesi, che l'unione sia stata fatta da un terzo, che non era proprietario, nè della cosa principale, nè della cosa accessoria, da l'azione sempre contro il terzo, anche quando fu evitto dal proprietario della cosa principale; e in caso che egli fosse in mala fede, per l'*id quod interest*; in caso che egli fosse in buona fede, soltanto per quello che venne ad acquistare dal proprietario della cosa principale. Il **Sell K.** o. c. §. 71 nota * pag. 267, che contempla esplicitamente, egli pure, la detta ipotesi, è d'opinione che non competa nessuna azione contro colui che acquista la cosa altrui senza il proprio fatto; e che vi sia soltanto un'*actio in factum* (*legis Aquiliae*) contro il terzo che ha cagionato la perdita della proprietà (l. 23 §. 5 D. de rei vend.). Nel mio modo di vedere la perdita della proprietà per se stessa non è un danno tale che possa dar luogo a un'*actio legis Aquiliae* (cf. paragrafo seguente); ma a ogni modo è chiaro, che essa non può nascere, se non quando il congiungitore è in colpa. Dato dunque che esso abbia usata la debita diligenza, il proprietario della cosa accessoria, che non è in possesso, nel modo di vedere del **Sell**, è sacrificato.

(60) Noterò che **Donello** *Comm. I. C. IV, 34 §. 5* accorda un'*actio in factum* (l. 23 §. 5 de rei vind.) contro l'autore della piantagione. Ma questa azione è, secondo il **Donello**, un'*actio in factum ex sententia legis Aquiliae*. Così è appunto: chi riguarda le azioni, di cui andiamo ragionando, come azioni fondate sul fatto del congiungimento deve ritenerle azioni di danni, ammissibili per conseguenza soltanto nei casi, in cui il congiungitore è in colpa. — Contro poi questa maniera di vedere valga, in primo luogo, ciò che ho osservato nella nota precedente, che il più delle volte il proprietario rimarrebbe senza compenso; giacché in sostanza il **Donello** viene a sostenere, che la piantagione per se stessa, in quanto cagiona la perdita del diritto di proprietà, non da luogo ad azione. Valga infine ciò che osservo nel §. seguente sull'ammissibilità in genere di un'*actio legis Aquiliae* fondata sopra la perdita del diritto di proprietà.

(61) La differenza, se mai, tra questa e le azioni precedenti attiene al processo; e non è luogo di occuparsene.

diretta contro il possessore qualunque sia, autore o no della ferruminazione; e sta in luogo delle azioni reali irrevocabilmente perdute, nel modo e nel senso, che è stato detto, parlando delle due azioni prima nominate. La prestazione si calcola sul valore attuale della cosa ferruminata nello stato che avrebbe fuori della congiunzione. Distrutto il tutto, cessa anche l'actio in factum; come, fuori dell'unione, sarebbe cessata la rei vindicatio. Il proprietario della cosa accessoria ferruminata, per sperimentare l'actio in factum, deve esser pronto a pagare il valore della cosa principale; giacchè il possessore di questa potrebbe liberarsi dall'actio in factum, facendo cessione del tutto, a patto di esser compensato del valore della cosa principale. Non può far cessione del tutto il possessore, che è autore in mala fede della ferruminazione: e però in tal caso il proprietario della cosa accessoria esperimenterà senz'altro la sua actio in factum.

Sopra l'actio in factum della l. 23 §. 5 D. de rei vind. si riscontrano press'a poco le medesime quistioni, che sull'utilis in rem actio della l. 5 §. 3 eiusd. tit. — Alcuni accordano l'azione contro il congiungitore-possessore della cosa principale, come azione fondata sul diritto di proprietà, e diretta eventualmente al riacquisto della cosa ferruminata (62); altri accordano l'azione contro l'acquirente (proprietario della cosa principale), come azione d'arricchimento (63). Altri infine accordano l'azione contro il proprietario della cosa principale autore della ferruminazione (64).

Ma vi sono anche scrittori i quali accordano l'actio in factum contro il possessore in quel senso medesimo, in cui l'accordiamo noi (65). Così **Waechter** (66), propostosi il caso di chi immette

(62) V. nota 33 e 58.

(63) V. nota 45 e 57.

(64) V. nota 58. **Keller Pand.** §. 140 (cf. l. c. alla nota 47).

(65) Anche il **Donello**, come abbiamo veduto, applicando l'actio in factum della l. 23 alla teoria della inedificazione, l'accorda contro il possessore che non ha congiunto; ma egli considera l'actio in factum della l. 23 come un' actio in factum ad exemplum legis Aquiliae. Con tal carattere egli l'applica, come ho già detto, anche alla teorica della piantagione e della specificazione. *Comm. l. c. e IV, 12, §. 10.*

(66) *Pand.* §. 133 Beil. IV n.º 3 vol. II pag. 128. — La prestazione si calcola su ciò di cui si trova arricchito al momento in cui viene intentata l'azione. V. *ibid.* n.º 4, lett. b. Cf. l. c. nota 45 del nostro lavoro. Il **Waechter** determina

una pianta altrui nel suolo, di cui era soltanto possessore, accorda contro il proprietario attuale, che abbia evitto il congiungitore, l'actio in factum della l. 23. E più esplicitamente di tutti il Witte, il quale ha queste parole intorno la nostra azione: « poichè essa » rappresenta la rei vindicatio esclusa per una giuridica conseguenza, ne proviene, che essa non deve darsi, quando la rei vindicatio, pure prescindendo dalla congiunzione, non fosse più ammissibile; cioè quando avvenga la distruzione del tutto senza dolo del possessore; e che finalmente ad essa va incontro ogni possessore della cosa principale, anche se non è autore della congiunzione (67) ».

4^a l' *utilis* (in rem) *actio*, accordata dalle ll. 29, 30 D. de donat. inter. v. et u. 24, 1 (68) al proprietario della materia specificata, divenuta proprietà dello specificante. Essa pure è diretta contro il possessore attuale dell'oggetto specificato, autore o no della specificazione, e sta in luogo della rei vindicatio nel modo e nel senso già detto. La prestazione della condanna è calcolata sul valore della materia, considerata come esistente al momento in cui viene intentata l'azione. La prestazione consiste, in altri termini, nel valore attuale della nuova specie, diminuito del valore attuale della mano d'opera. L'attore, anche qui, dev'essere pronto all'occasione a pagare l'accrescimento di valore, che risente attualmente la materia specificata; perchè il possessore convenuto può preferire al pagamento del valore della materia di far cessione della nuova specie, a patto di esser compensato del valore, di cui la materia è stata accresciuta (69).

esplicitamente, che contro il terzo (congiungitore non possessore) non si danno che le azioni nascenti dal suo dolo e dalla sua colpa. Quanto a quelle nascenti dalla colpa cf. il §. seguente.

(67) o. c. pag. 308 in f. — Cf. anche come egli interpreta diversamente dal Windscheid il §. 26 de rer. div, 2, 1 « mantenendo il *quibusque* di alcune lezioni: « per cose, le quali in realtà sussistono, ma hanno perduta la loro individualità, e per questo son sottratte alla rei vindicatio, può essere ottenuto » compenso dal ladro e da tutti i possessori; cioè da tutti i possessori della » cosa principale » o. c. pag. 310.

(68) « Si vir uxori lanam donavit, et ex lana vestimenta sibi confecit, » uxoris esse vestimenta Labeo ait; utilem tamen viro competere ».

(69) D'accordo il Fitting o. c. §. 70 pag. 352. Data la mala fede dello specificante, il rapporto giuridico, nel nostro modo di vedere è regolato diver-

È noto, che qualche autore dichiara esplicitamente, che il proprietario della materia non ha azione, che lo compensi del diritto di proprietà contro lo specificante-acquirente o altre persone (70). La maggior parte degli autori, mentre viene ad accordare un'actio in factum dietro analogia di quanto è ammesso negli acquisti per congiunzione, (l. 23 §. 5 D. de rei vind.), dichiara che mancano, per accordare un'azione, esplicite testimonianze delle fonti (71). Nel mio modo di vedere è appunto esplicita la l. 30 D. de donat. inter v. et u. Non vi è una ragione assoluta (72) per ritenere che l'azione accordata dalla detta legge sia una particolarità della teorica delle donazioni tra coniugi, piuttosto che l'espressione di una regola generale per tutti i casi di specificazione (73).

Naturalmente, anche qui, gli scrittori, che accordano l'actio in factum della l. 23 §. 5 de rei vind., non definiscono precisamente, o non son d'accordo nel definire, contro chi essa è diretta; quale ne è la natura; come si calcola la prestazione; e in generale tutte le altre particolarità accennate di sopra, parlando dell'actio in factum della l. 23.

Di regola, gli scrittori nell'espone la teoria della specificazione fanno due ipotesi: la prima, che sia il proprietario della

samente da ciò che avviene nella teoria della congiunzione: lo specificante in mala fede non acquista la proprietà della nuova specie: ma è noto esservi disputa. Il coniuge donatario l'acquista; perchè non è da riguardarsi di regola come specificante in mala fede. Per la l. 12 §. 3 D. ad exhib. 10, 4 (*quum sciret haec aliena esse*) cf. l. 59 D. de rei vind. 6, 1 con il §. 30 Inst. de rer. div. 1, 2.

(70) Cf. gli autori cit. dal **Fitting** o. c. §. 68 nota 136; e cioè Dernburg, Witte, Meykow, Koch.

(71) Cf. gli autori citati dal **Fitting** o. c. §. 68 nota 137-138. — Quelli che, come il Donello, accordano contro lo specificante un'actio in factum, che essi riguardano ad exemplum legis Aquiliae accomodata, concordano in sostanza cogli autori citati alla nota 70. Una tale azione non può darsi, se mai, che in casi eccezionali (culpa), e non è negata dagli autori ora ricordati.

(72) Cf. **Fitting** o. c. §. 69 in f. pag. 350.

(73) Contro, **Ihering** *Gesamm. Aufs.* pag. 74 e segg. Una maggiore garanzia di quella accordata dalla l. 5 §. 18 D. de donat. inter v. et u. 24, 1, allo scopo che l'indebito arricchimento sia tolto al coniuge donatario, non è assolutamente giustificata, malgrado l'analogia della l. 55. — Cf. **Waechter** *Pand.* I §. 143 Beil, I (Pand. §. 241) **Arndts-Serafini** *Pand.* §. 411 nota 1. — Cf. **Ihering** l. c. pag. 99 nota 45.

materia, che acquista la nuova specie: la seconda, che sia lo specificante, che l'acquista; e in quest'ultima ipotesi accordano l'actio in factum. Ma, si domanda, contro chi sarà diretta l'azione, se lo specificante-acquirente cessa per qualunque titolo di possedere? La maggior parte degli scrittori riguarda, o sembra riguardare (74), l'actio in factum come un'azione d'arricchimento. Ma alcuni, anche qui, accordano l'azione in un modo assoluto, come diretta a ottenere il valore della materia specificata (75); altri invece l'accordano in un modo relativo, come diretta ad ottenere ciò di cui si è arricchito lo specificante (76). I primi ritengono che lo specificante si arricchisca sempre del valore della materia (77); i secondi ritengono, o sembrano ritenere, che lo specificante si arricchisca in alcuni casi e in quantità variabile.

Anch'io ritengo, come ho già accennato più volte, che veramente per il capo dell'arricchimento lo specificante non potrebbe esser tenuto che in alcuni casi eccezionalissimi e in quantità variabile. Perciò nell'ipotesi posta di sopra, che lo specificante avesse cessato di possedere la nuova specie, assai raramente vi sarebbe contro di lui l'actio in factum. Chi invece crede, che lo specifi-

(74) È certo che vi sono autori, i quali, anche qui, riguardano l'azione contro l'acquirente come fondata sul fatto, che ha cagionato l'acquisto. V. nota 87; cf. nota 59.

(75) **W. Sell** *Versuche* I §. 38. — **K. Sell** o. c. I pag. 109. — Qualcuno, invece di un'actio in factum, accorda una *condictio* diretta al medesimo scopo. **Windscheid** *Pand.* §. 188 cf. II. cc. alla nota 45. **Accarias** *Precis* I 266 pag. 620 nota 1. — **Keller** *Pand.* §. 142. — **Ihering** *Gesamm. Aufs.* I n.° 2 pag. 79-80 accorda, è vero, una *condictio* (cf. **Fitting** I. c. nota 140); ma nei casi, in cui si verificano le condizioni per poterla sperimentare; vale a dire, in casi eccezionalissimi (cf. il lavoro di **Ihering** cit. alla nota 40). Di modo che **Ihering** può esser citato fra quelli scrittori, i quali non accordano veruna azione (speciale) al proprietario della materia specificata.

(76) V. gli autori citati dal **Fitting** o. c. §. 68 nota 38. — Posso aggiungere: **Maynz** *Cours* §. 99. — **Baron** *Pand.* §. 136.

(77) Su questo punto è esplicitissimo il **Windscheid** *Pand.* §. 422: « Pri-
» ma della specificazione era in una condizione da dovere restituire la cosa al
» proprietario senza potere ottenere un compenso per la spesa da lui fatta; ma
» adesso la cosa non può essergli più ritolta, dunque con la specificazione si è
» arricchito della cosa ». — Dietro questa idea, la prestazione può anche oltrepassare il valore attuale della nuova specie, e può essere richiesta, anche se la nuova specie è totalmente perita.

cante si arricchisca sempre del valore della materia, ritiene naturalmente che esso sia tenuto anche quando non possiede più la nuova specie. Vi ha poi chi, pur rigettando che l'actio in factum sia un'azione d'arricchimento (78), ritiene che la prestazione si calcoli sul valore della cosa al momento della specificazione (79).

Nel mio modo di vedere un'azione, che abbia luogo in tutti i casi, non può esser basata che sopra il diritto di proprietà, e se è basata nel diritto di proprietà, bisogna accogliere necessariamente intorno a questa azione le particolarità, che ho accennato di sopra (80).

Giova però il fare un'avvertenza importantissima, trascurata dallo stesso Fitting, quantunque fra i moderni scrittori sia quello che ha più largamente trattata la teoria della specificazione. Quando gli autori citati nella nota 70, e citati o indicati dal Fitting, negano che contro lo specificante acquirente possa intentarsi un'azione, intendono parlare di un'azione fondata sopra il diritto di proprietà sacrificato o sul fatto della specificazione come tale, non già di altre azioni fondate sopra altri motivi giuridici, come l'arricchimento, o il *damnum iniuria datum*. È positivo, per esempio, che il Witte non nega che contro lo specificante-acquirente possa intentarsi un'azione fondata sull'indebito arricchimento; nei casi, s'intende bene, in cui secondo il Witte, si verificano i termini di un indebito arricchimento (81). Ora come ho già detto, la maggior parte degli autori, se accordano un'azione contro lo specificante, se l'accordano anche sotto la denominazione di *actio in factum*, la riguardano però, o almeno sembra la riguardino, come un'azione d'arricchimento. Cosicché in sostanza la maggior parte degli autori verrebbe a negare che vi fosse un'azione contro lo specificante; un'azione, s'intende, speciale, fondata cioè sopra quel diritto estinto

(78) o. c. §. 68. — Ma in nessun luogo è accennato dal Fitting su qual fondamento egli basi l'actio in factum, nè contro chi egli la creda diretta nell'ipotesi fatta nel testo.

(79) Fitting o. c. §. 70. — È notevole però questa limitazione fatta dal Fitting l. c.: « l'attore » non può mai ripetere più dell'attuale valore della nuova specie ».

(80) Cf. Waechter *Pand.* §. 135, che rimanda ai ll. cc. alle note 45 e 66.

(81) Cf. o. c. cap. III passim; e specialmente pag. 329-330 ove l'A. interpetra l'espressione *quibusdam possessoribus* del passo II, 79 di Gaio; e dove ammette esplicitamente una *condictio sine causa* contro coloro, che possedevano titolo putativo, e specificarono. — Cf. anche pag. 335.

con la specificazione, o sopra il fatto stesso della specificazione. Gli autori disputano è vero intorno alle condizioni necessarie per l'ammissibilità di un'azione d'arricchimento; ma ciò non ha importanza: e quelli che l'ammettono in casi eccezionalissimi, e concordano in generale col Witte nella teoria dell'indebito arricchimento, come, per esempio, l'Ihering, ed escludono un'azione contro lo specificante fondata sopra il diritto di proprietà, sono precisamente dell'opinione del Witte per ciò che riguarda la nostra questione. Autori per conseguenza, i quali accordino in realtà un'azione (speciale) contro lo specificante-acquirente, e in generale contro qualsivoglia persona a cagione della perdita della proprietà, che avviene in forza della specificazione, non ve n'ha, ch'io sappia in modo positivo, oltre noi, che uno solo, il Fitting: perchè, accordando l'actio in factum, il Fitting nega che si tratti di un'azione di arricchimento o d'un'azione ad exemplum legis Aquiliae. Si dovrebbe aggiungere al Fitting coloro, i quali fondano l'azione sopra il fatto stesso della specificazione; ma non è facile indicarli in un modo positivo. Tutti gli altri, sia che riguardino l'azione (actio in factum o condictio) come fondata sopra l'arricchimento, sia che la riguardino come fondata sopra il *damnum iniuria datum*, si devono porre fra gli scrittori citati alla nota 70.

Anche noi, come il Witte e gli autori citati alla nota 40 (82), crediamo che, mentre di regola non può darsi un'azione d'arricchimento contro il possessore a titolo singolare, contro invece il possessore in buona fede senza titolo crediamo possa essere intentata una condictio per l'indebito arricchimento. Cosicchè contro un tal possessore, il quale o per specificazione o per piantagione o per ferruminazione, divenga proprietario di materia altrui, sono possibili due azioni: — una (*utilis in rem actio, utilis actio, actio in factum*) che nasce dal diritto di proprietà; e che, essendo accordata in generale contro chi possiede materialmente la cosa ritenuta giuridicamente estinta, ha luogo anche contro il possessore senza titolo (o a titolo putativo) autore dell'acquisto — l'altra (*condictio sine causa*), che nasce dall'indebito arricchimento; e che si esercita contro il possessore senza titolo, tutte le volte che la cosa venga a cessare di sussistere realmente, cioè materialmente; o in generale tutte le volte che l'azione

(82) Cf. contro, Windscheid *Pand.* II §. 422 in f. e nota 8 *ibid.*

reale fittizia non sia più possibile (83). Contro lo specificante o il congiungitore-acquirente, che possedeva senza titolo, non può essere intentata una *condictio*, se è possibile l'azione reale fittizia, sia contro lui, sia contro i terzi; perchè la cosa, sebbene giuridicamente estinta, non è tale materialmente; e sotto questo aspetto essa è riguardata tuttavia come esistente a certi effetti giuridici. Come non vi può essere, se non eccezionalmente (84), una *condictio* di cosa nostra, che sussiste tuttavia nel patrimonio del convenuto o nel patrimonio altrui, e può essere ripetuta; così nelle medesime circostanze, non vi può essere *condictio* di cosa, che, sebbene abbia cessato di esser nostra, è nondimeno riguardata ancora tale fittiziamente a scopo di accordare un'azione (85).

Tutto ciò ci pone in grado di risolvere certe questioni analoghe a quelle ora trattate, che si fanno nella teoria del cosiddetto acquisto di proprietà per avulsione (*avulsio*); e sulle quali è utile intrattenersi. — Il proprietario della materia avulsa, acquistata ad altri, avrà un'azione, che lo compensi della perdita subita? Vi era già questione tra i Glossatori: alcuni dei quali rispondevano negativamente, altri, seguendo Azone, non facevano differenza tra il caso della piantagione e della avulsione (86). Rispondono pure ne-

(83) Cf. l. 5 §. 18 D. de donat. inter v. et u. 24, 1 ll. 29-30 eiusd. tit. — Nell'interpretazione della l. 63 de donat. inter v. et u. (cit. al paragrafo VIII nota 2) io ammettevo che si desse la *condictio* per l'arricchimento contro il coniuge donatario, quando la cosa donata non era più nel *patrimonio del coniuge donatario*, accettando senz'altro, come modalità di poco momento per il mio assunto, quello che io trovavo detto in altri scrittori **Arndts-Serafini** §. 414. — **Waechter Pand. r.** 241. — **Baron Pand.** §. 347. — Io crederei ora giusta la teorica del **Witte** (o. c. passim e ved. anche pag. 289, 327, 329) e dell'**Ihering** (*Jahrb.* XVI passim e v. anche pag. 231 e 232) che la *condictio* non si dia, finchè è possibile la *rei vindicatio*; neppure trattandosi di donazioni fra coniugi. Il che non muta la sostanza dell'interpretazione della l. 63 de donat. inter. v. et u. data da noi.

(84) Gaio IV, 4 — l. 12 D. de usufr. quemad. cav. 7, 9.

(85) In ciò la nostra teorica diversifica da quella del **Witte** (cf. o. c. pag. 309 e pag. 329), il quale ammette, che contro lo specificante-acquirente possessore senza titolo, abbia sempre luogo una *condictio*; ritenendo che con la specificazione la cosa sia effettivamente perita. Diversamente, secondo lui, nella piantagione o. c. pag. 307-308. Ma il fondamento giuridico delle due maniere d'acquisto è identico.

(86) **Glossa** ad l. 5 §. 3 D. de rei vind. 6, 1 in v. *translata*.

gativamente la maggior parte degli autori moderni (87). Alcuni seguono tuttavia l'opinione di Azone; accordano cioè un' *utilis in rem actio*, dietro analogia di quanto è disposto nella l. 5 §. 3 D. de rei vind. (88); altri accordano un' *actio in factum*, dietro analogia di quanto è disposto nella l. 23 §. 5 D. de rei vind.; e che sarebbe, pare, un'azione d'arricchimento (89); altri infine una *condictio*, fondata sull'arricchimento (90). Coloro che negano ogni azione, e, a quanto pare, anche quella fondata sull'arricchimento, o allegano (91) che l'acquisto è seguito per un avvenimento naturale indipendentemente dal fatto dell'uomo (92), o allegano che l'acquisto è avvenuto per negligenza del proprietario; il quale, agendo con la rei vindicatio, prima che la porzione di terra avesse gettato radici, avrebbe potuto evitare la perdita (93). Il primo argomento non può aver valore, se non nell'ipotesi, da noi combattuta, che l'*utilis in rem actio* della l. 5 §. 3 D. de rei vind., come le altre, di cui abbiamo discusso, sia un'azione *ex facto*, cioè un'azione fondata sul fatto del congiungimento (94). Il secondo non può aver valore, se non nell'ipotesi, che il fondamento dell'acquisto di proprietà per avulsione sia affatto diverso da quello che i giu-

(87) Koechy, Mackeldey, Wening-Ingenheim, Schilling, Guyet, citati dal **Waechter**, e lui medesimo *Pand.* §. 133, *Rechtslexicon* I v. *Accession* pag. 22 nota 40. — Aggiungi: **Arndts-Serafini** *Pand.* §. 152 nota 2 n.º 4 h; **Keller** *Pand.* §. 141; **Haimberger** o. c. §. 211; **Westphal** o. c. §. 411; **K. Sell** o. c. §. 67 pag. 256; **Schmid** o. c. §. 10 nota 14; **Goeschen** *Vorlesungen* II §. 270 in f.; **Boecking** *Pand.* §. 152 nota 26. **Baron** *Pand.* §. 139. **Landucci** l. c. e pag. 43 *ibid.*

(88) V. i citati dal **Gesterding** o. c. pag. 197 nota 5. **Puchta** *Inst.* l. c. nella nota.

(89) **Thibaut** *System* §. 744; **W. Sell** *Versuche* I pag. 94.

(90) **Witte** o. c. pag. 334. — **Windscheid** *Pand.* §. 190.

(91) Cf. **Windscheid** *Pand.* §. 190 nota 1.

(92) **Schmid** l. c. pag. 126; **Waechter** ll. cc. **Gesterding** l. c.

(93) **Arndts-Serafini**, **Koechy**, **Westphal** ll. cc. — Cf. contro **K. Sell** l. c.; **Gesterding** o. c. pag. 198.

(94) Perciò l' **Haimberger** (l. c. alla nota 59), il quale nel caso che la perdita della proprietà sia cagionata da un terzo, che non era nè proprietario della cosa principale, nè di quella accessoria, accorda l'azione contro il terzo, come autore, pare, della congiunzione; avrebbe dovuto in un modo più reciso di quello che adopra negare un'azione di compenso.

reconsulti romani assegnano all'acquisto di proprietà per piantagione; il che è contrario alle testimonianze delle Fonti; le quali ammettono l'acquisto del pezzo di terra avulsa, precisamente quando si verifica un acquisto di proprietà per piantagione (95). Se l'utilis in rem actio della l. 5 §. 3 de rei vind. è invece, come abbiamo tentato di dimostrare, un'azione fondata sopra il diritto di proprietà, non vi è ragione alcuna per escluderla nel caso dell'avulsione. È da notare soltanto che in esso l'acquirente non ha titolo al suo possesso. Siamo dunque nel caso, in cui è possibile, sotto certe condizioni, oltre l'azione fondata sopra il diritto di proprietà, anche quella fondata sopra l'indebitto arricchimento. Si potrebbe per conseguenza ammettere che la l. 4 §. 2 D. de reb. cred. 12, 1.

« Ea, quae vi fluminum importata sunt condici possunt » si riferisse anche all'ipotesi dell'avulsio (96), senza però escludere, che una più stretta interpretazione (97) potrebbe riferirla a cose mobili che, portate dalla violenza delle acque sopra suolo altrui, vi rimasero mobili. Come poi si comportino fra loro le due azioni (utilis in rem actio e condictio) ho già detto più sopra.

(95) L'acquisto di proprietà per avulsione è designato da alcuni come una conseguenza dell'acquisto di proprietà per piantagione. Acquistati gli alberi o i vegetali importati o sorti dopo il distacco, deve esser necessariamente acquistata la terra in cui si trovano. **Bechmann** o. c. pag. 27-28 e **Windscheid Pand.** §. 188 nota 6 e **Puchta Inst.** cit. dal Bechmann. Altri autori pare che fondino l'acquisto sopra l'unità che il pezzo di terra viene a formare, dopo gettate alcune radici, col fondo, a cui si era congiunto. (Cf. l. 9 §. 2 de damno infecto 39, 2, *nec unitatem cum terra mea fecerit*). Cf. **Gesterding** o. c. §. 26 in f. pag. 198; **Goeppert Ueber einheit.** cit. pag. 83. **Pagenstecher** o. c. II pag. 131. Con loro forse la generalità. In questo modo di vedere l'acquisto di proprietà ha un carattere di specialità più spiccato; e si verifica in una maggiore estensione, che non nel primo. In ambedue poi sta saldo ciò che è detto nel testo; giacchè a ogni modo il momento dell'acquisto è sempre determinato dal fatto, che determinerebbe egualmente un acquisto di proprietà per piantagione. Vi ha chi nega che si dia un acquisto di proprietà per avulsione. V. citati dal **Landucci** o. c. pag. 28 nota 4 e lui medesimo o. c. pag. 5. — A me sembra che questa opinione non si possa facilmente sostenere. La distinzione, proposta dal Landucci nell'o. c. per convalidarla, non ha forse raggiunto lo scopo.

(96) **W. Sell Versuche** l. c.

(97) **K. Sell** l. c. — **Schmid** l. c. pag. 126 nota 18.

Notiamo ora più specialmente alcune differenze tra l'actio de tigno juncto e le azioni ricordate.

L'actio de tigno juncto differisce dalle tre ultime, perchè nell'inedificazione il proprietario della cosa principale può sciogliere, restituire, e liberarsi dall'azione del proprietario della cosa accessoria. La differenza ha ragione nel fatto, che nell'inedificazione e nella pittura non era fissato un acquisto irrevocabile della cosa altrui.

L'actio de tigno juncto differisce da tutte e quattro nella valutazione di ciò che il possessore convenuto deve sborsare a compenso del diritto di proprietà sacrificato (*duplum*). La differenza ha ragione nella diversità dei tempi, in cui sorsero le azioni suddette e l'actio de tigno juncto. Il concetto del diritto di proprietà dalla legislazione delle XII tavole in poi si era venuto mano mano modificando, per modo che alla fine il semplice valore di cambio sembrava compenso sufficiente alla perdita anche assoluta di una cosa, quando fosse imposta da un motivo giuridico (98). D'altra parte la giurisprudenza con l'introduzione dell'actio ad exhibendum fictitia aveva reso anche meno necessaria una valutazione esagerata di una cosa espropriata nei modi già detti. Ai tempi infatti in cui fu creata l'actio de tigno juncto il proprietario del tignum non avrebbe mai potuto ottenere il pieno *id quod interest* per la sospensione indefinita dell'esercizio del dominio, se per avventura fosse andato più oltre del *duplum* ottenibile con l'actio de tigno juncto. Invece nel diritto classico, quando il congiungimento è avvenuto in mala fede, non solo il detto proprietario può intentare contro il possessore l'azione nascente dal diritto di proprietà, ma può anche intentare l'actio ad exhibendum per il pieno *id quod interest* contro l'autore della congiunzione. È innegabile dunque, che, sia dal punto

(98) Cf. l. 7 pr. D. de relig. 11, 7; l. 43 D. de rei vind. 6, 1. — Si noti come e perchè in quest'ultima legge l'azione, che non è certamente un'actio in factum ad exemplum legis Aquiliae, debba esser diretta contro il congiungitore qualunque esso sia, *is qui fecit*: (actio ex facto). — Non è fondato quanto suppone il *Cuiacio Comm.* in tit. D. de rei vind. 6, 1 ad h. l. ed. cit. vol. 7 col. 510, che l'actio in factum accordata dalla l. 43 abbia luogo soltanto se le pietre sono distaccate dal monumento, a cagione della legge delle XII tavole de tigno juncto; la quale, secondo il Cuiacio « vetat non tantum nominatim, ut » ne agatur in rem, sed etiam, ut ne agatur ad exhibendum, et non agatur in » factum. » Cf. *Pollat* o. c. ad l. 43.

di vista del concetto del diritto di proprietà, sia dal punto di vista delle nuove azioni introdotte dalla giurisprudenza, le quali accordavano il semplice valore di cambio per la perdita assoluta del dominio, l'actio de tigno juncto nel sistema del diritto romano, classico, e specialmente nel nuovo, era un'anomalia e un anacronismo. Ma non si può imputare alla giurisprudenza romana, se questo anacronismo e questa anomalia non sono stati cancellati dal Corpus Iuris.

Sopra possibili differenze tra l'actio de tigno juncto e quelle ricordate in rapporto al processo formulare, sorvolo. E sorvolo anche sopra altre quistioni attinenti alla procedura. Secondo il Rudorff (99), la formula dell'actio de tigno juncto era in factum concepta: ma l'opinione di lui è contraddetta dal Lenel (100).

XVIII.

Concorso con altre azioni. — Se l'esibizione del tignum liberi dall'actio de tigno juncto. — A chi spetta l'actio de tigno juncto.

Abbiamo già accennato che l'actio de tigno juncto può concorrere con altre azioni. Definita la natura dell'actio de tigno juncto, noi siamo in grado di stabilire le norme di codesto concorso.

L'actio de tigno juncto può concorrere:

1° con le *azioni del furto* (actio furti, *condictio furtiva*), quando il possessore dell'edificio o della vigna si è reso colpevole di furto rispetto ad alcuni materiali dell'uno o dell'altra (1). Argomentando dalla l. 2 de tigno juncto, si può credere che il concorso sia cumulativo; e non solo per l'actio furti, ma anche per la *condictio furtiva*; giacchè, se l'actio de tigno juncto, trattandosi di *tignum furtivum*, concorre cumulativamente con la *rei vindicatio* a unione disciolta, deve concorrere cumulativamente anche con la *condictio furtiva* durante l'unione. Il che apparisce anche più chiaro, facendo l'ipotesi, che il ladro del *tignum* non possenga l'edificio; nella

(99) *Edicti perpetui reliqua* §. 137.

(100) *Das Edictum perpetuum* Leipzig 1883, §. 130.

(1) §. 34 Inst. de rer. div. 2, 1. — Gaio II, 78 in f.

quale è assai facile ammettere, che la *condictio furtiva*, esercitata contro il ladro, non esclude l'*actio de tigno iuncto* contro il possessore dell'edificio. E del resto non può essere altrimenti, perchè le due azioni hanno scopo diverso.

2° con l'*actio legis Aquiliae* (*directa*), quando il possessore dell'edificio ha danneggiato dolosamente o colposamente il *tignum iunctum*, innanzi o dopo la congiunzione. E anche in questo caso il concorso è cumulativo.

Alcuni autori (2) pensano che il fatto stesso del congiungimento possa far sorgere l'*actio legis Aquiliae*; e per conseguenza il concorso dell'*actio de tigno iuncto* con l'*actio legis Aquiliae* si verificherebbe, secondo questi autori, in una maniera più generale che non quella da noi indicata. S'intende bensì che l'*actio legis Aquiliae*, che verrebbe accordata in tali casi, non sarebbe l'*actio legis Aquiliae* vera e propria (*actio legis Aquiliae directa*), ma un *actio ad exemplum legis Aquiliae*, ad *legem Aquiliam accommodata* (3); un *actio in factum*. E s'intende pure che una tale azione si applicherebbe non solo ai casi di congiunzione di un *tignum* a un edificio, ma anche, e molto più, ai casi di perdita irrevocabile del diritto di proprietà per congiunzione artificiale, o per specificazione (4). Ammettendo, come fa la maggior parte, salvo

2) **Waechter** *Pand.* §. 133 Beil. III vol. 2 pag. 125. .

(3) l. 12 D. h. t. 9, 2; l. 11 D. de prae. verb. 19, 5.

(4) **Waechter** *Pand.* §. 133 Beil. IV vol. 2 pag. 127. La maggior parte degli scrittori non fanno parola del concorso dell'*actio legis Aquiliae*, quando parlano di azioni, che spettano al proprietario della cosa accessoria sacrificato, sia in rapporto alla teoria dell'inedificazione, sia, in generale, in rapporto alla teoria della congiunzione. Anche trattando della teorica della specificazione, ben raramente si trova accordata un'*actio legis Aquiliae* contro lo specificante per la perdita della proprietà da lui cagionata (*injuria*). L'accordano però il **Fitting** l. c. §. 67^e e il **Mühlenbruch**, il **Sintenis**, lo **Schmid** citati da lui l. c. §. 68 nota 138; i quali l'accordano pure nella teorica della piantagione (**Schmid Handbuch** l. pag. 150); ma è notevole che non ne fanno parola nella teorica della congiunzione di cosa mobile a cosa mobile, e neppure nella teorica dell'inedificazione. Il **Mühlenbruch** *Pand.* §. 248 nota 9, parlando della specificazione cita il **Sell Versuche** l. pag. 89 e segg.; ma la citazione riguarda l'azione d'arricchimento soltanto; giacché il **Sell** è distinto appunto per questo, che, parlando assai distesamente delle azioni a compenso della perdita di proprietà per congiunzione o specificazione, non accenna a un'azione *ex lege Aquilia*. Gli autori medesimi, i quali trattano della *legge Aquilia* (compresi i suddetti), anche quando ne trattano ex

nella teoria della specificazione, che in tutti questi casi fossero accordate delle azioni, o speciali o applicabili almeno in tutti i casi, a compenso del diritto di proprietà sacrificato, è assai difficile credere, che fosse accordata anche un'azione anomala di danno ad *exemplum legis Aquiliae* (5). E veramente in nessun luogo delle fonti si trova applicata esplicitamente a simili casi l'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* in concorso con l'azione nascente dalla perdita irrevocabile del diritto di proprietà.

Vi sono però, come ho accennato (6), alcuni autori, i quali, mentre negano che l'acquisto di proprietà per congiunzione o specificazione desse luogo ad un'azione speciale, o ad un'azione applicabile a tutti i casi, fatta eccezione del caso della pittura, ritengono che la l. 23 §. 5 D. de rei vind. 6, 1. (Ideoque in omnibus his casibus... in factum necessaria est) parli appunto di un'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*. Ho già indicato le ragioni, per cui ritengo poco fondato, che nei casi di acquisto di proprietà per congiunzione o specificazione non fosse accordata altra azione che quella ad *exemplum legis Aquiliae*. Noterò ora, che la generalità stessa dell'espressione della l. 23 §. 5 cit. — *in omnibus his casibus* — si oppone a credere che si tratti di un'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*; la quale non si darebbe che in alcuni casi (7). E del resto nella teorica della ferruminazione, della piantagione e della specificazione, dove la cosa è riguardata come estinta materialmente, dove non è più possibile che l'antico proprietario riabbia la propria cosa, si potrebbe anche ammettere che in mancanza di ogni altra azione fosse stata accordata un'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*. Ma nella teoria dell'ine-

professo, non fanno cenno di un'estensione dell'*actio legis Aquiliae* alla perdita o alla limitazione del diritto di proprietà per congiunzione o specificazione. Vero è, che questo punto sembra, più che altro, sfuggito all'attenzione della generalità.

(5) Cf. Keller *Pand.* §. 356. La natura sussidiaria dell'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* si rileva anche dalla l. 50 §. 4 D. de furtis. In ordine a questa legge devono spiegarsi le ultime parole della l. 27 §. 21 D. ad legem Aquil. 9, 2. « *Idem, etiam in factum dari posse ait.* » Quando cioè i denari, fatti balzare di mano mia, caddero nel possesso di qualcheduno, se questo avvenne ope consilio, nasce l'*actio furti*; se avvenne colposamente, nasce sussidiariamente l'*actio in factum*. Cf. anche l. 14 D. prae. verbis 19, 5.

(6) V. note 58 in f. e 71 paragrafo precedente.

(7) Cf. nondimeno l. 14 D. prae. verb. 19, 5.

dificazione, anche prescindendo dal fatto che è assai più certo che vi era un'azione speciale a compenso del diritto di proprietà, che si applicava in tutti i casi, non ammetterei mai, che fosse accordata un'actio legis Aquiliae. La lettera della legge Aquilia colpiva veramente le diminuzioni di valore, recate a certe cose con un atto materiale del corpo umano (*corpore*), che alterava materialmente la cosa stessa (*corpori*): e per quante estensioni giurisprudenziali abbia subito la lettera della detta legge, essa non è arrivata però a colpire le diminuzioni patrimoniali per se stesse; malgrado possa sembrare altrimenti da certe espressioni delle fonti (8). I casi i più anomali, offerti dalle fonti (9), rispetto al requisito compreso nella parola *corpori*, son tali casi, in cui, sebbene la cosa sussista nella sua materiale integrità, e il suo proprietario rimanga tale, questi nondimeno non ha più speranza fondata di poterla riavere (10). E non bisogna arbitrariamente andar

(8) §. 16 Inst. h. t.; l. 33 §. 1 D. h. t. — Cf. **Windscheid Pand.** §. 455 nota 6, e specialmente **Vangerow Pand.** §. 681 nota 1 n.° II, 38; **Keller Pand.** §. 356. — In modo più o meno esplicito è riconosciuto dalla maggior parte la limitatezza della sfera d'azione dell'actio legis Aquiliae, e delle azioni create a suo esempio, in confronto del principio accolto dai Codici moderni intorno al *damnum iniuria datum* (art. 1154 Cod. Civ. It.). — **Arndts-Serafini Pand.** §. 324; **Maynz Cours** §. 271; **Baron Pand.** §. 313; **Mühlebruch Pand.** §. 448; **Waechter Pand.** §. 215. Soltanto essa non è sufficientemente fatta risaltare. Non mancano però autori, lo dice pure il Vangerow, i quali prendendo alla lettera il §. 16 Inst. cit. la disconoscono affatto. Citerò: **Halmberger o. c.** §. 577; **Doveri Ist.** §. 475. **Serafini Inst.** §. 154. **Accarias Précis.** II n.° 684.

(9) **Unterholzner o. c.** II §. 673. **Keller l. c.** — Schiavo legato, fatto fuggire, senza che sorga un delitto di furto §. 16 Inst. h. t.; l. 7 §. 7 D. de dolo malo 4, 3. — Cose fatte cadere in mano di ladri, senza che sorga un delitto di furto l. 50 §. 4 D. de furtis; l. 27 §. 21 D. h. t. — Altri casi, i quali presentano una minore anomalia son quelli, in cui la cosa, quantunque conservi la sua integrità è come estinta, in quanto nessuno può avere speranza di ricuperarla l. 14 §. 2 D. de prae. verb. 19, 5; l. 27 §. 21 ad leg. Aqu. 9, 2. È assomigliato a questi il caso del cignale, caduto in proprietà altrui, e disciolto, senza che sorga per parte dello scioglitore un delitto di furto, l. 55 de acq. rer. dom. 41, 1.

(10) Le formule proposte a definire in modo positivo la estensione massima ricevuta dalla sfera d'azione della legge Aquilia dopo l'opera della giurisprudenza variano assai. — *Se riduce una cosa come fosse distrutta* (Arndts). — *Se priva della cosa anche senza alterarla* (Baron, Vangerow). — *Se reca pregiudizio*

più in là della portata logica di codesti casi. Ora nell'inedificazione non soltanto il tignum sussiste inalterato materialmente e sussiste tuttavia il diritto di proprietà, ma il proprietario può in un evento determinato e relativamente indipendente dalla sua diligenza, recuperarla. Per tutte queste ragioni, io ritengo inammissibile l'opinione di chi accorda un'actio in factum ad exemplum legis Aquiliae contro il congiuntore del tignum (11).

3° con l'*actio ad exhibendum quasi dolo malo fecerit quominus possideat* (fictitia), quando il possessore dell'edificio ha congiunto il tignum in mala fede.

Gli scrittori disputano, se il concorso è cumulativo (12) o elettivo (13). Nessun dubbio che il concorso elettivo non possa in certi casi tornare di vantaggio al proprietario del tignum, atteso il modo diverso di valutare la prestazione nelle due azioni. D'altra parte l'espressione della l. 1 §. 2 D. de tigno juncto — « *sed et ad exhibendum danda est actio; nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve* » — non è forse sufficiente a stabilire, che si tratti di concorso cumulativo; e non vi sono nelle fonti altre indicazioni sul concorso delle due azioni. Sicchè la quistione non può decidersi, se non dopo avere stabilito il carattere dell'*actio ad exhibendum* contro colui qui dolo malo fecerit, quominus possideat.

(*Schadenzufügung*) alla cosa anche senza lesione della sua integrità. (Windscheid). — *Se reca un pregiudizio per rapporto alla cosa anche senza condurre alla lesione o alla distruzione di essa* (Maynz). — Tutte formule che non mi sembrano esatte. Io ho seguito il Keller; che, secondo me, ha più di tutti approfondito questo punto.

(11) Cf. il come e il perchè sia stata estesa al caso della congiunzione in mala fede del tignum l'*actio ad exhibendum* fictitia. — Confronta nota 98 paragrafo precedente.

(12) **Waechter** *Rechtslexicon* v. Accession I pag. 28 nota 67. — **Merkel** *Ueber den Konkurs der Aktionen*. Halle 1877 pag. 46. — **Vangerow** *Pand.* §. 300 nota. — La **Glossa** ad l. 23 §. 6 D. de rei vind. 6, 1 in v. *descendit* ammette il concorso cumulativo, ma *quantum ad simplum tantum*.

(13) Muchlenbruch, Schilling cit. dal **Waechter** l. c.; quantunque non mi sembri che il primo si pronunzi su questa quistione (*Pand.* II §. 256 nota 9). Cf. il **Boecking** *Pand.* §. 152 nota 32; secondo il quale, l'*actio ad exhibendum* contro il ladro, che ha congiunto un'albero al proprio terreno, concorre elettivamente con la *condictio furtiva*. Cf. anche il **Puchta** o. c. pag. 397, che esclude, dopo intentata l'*actio ad exhibendum*, la *rei vindicatio* a unione disciolta.

È ammesso dalla generalità degli scrittori (14), che la condanna di colui, che cessò di possedere con dolo, abbia un carattere meramente penale: è ammesso cioè, che il proprietario della cosa, che ha ottenuto la stima dal *fictus possessor*, possa agire con la *rei vindicatio* contro il vero possessore, senza esser tenuto alla restituzione della stima. E però, dimostrato che l'*actio de tigno juncto* ha sempre un carattere *repersecutorio*, sembrerebbe di dover venire necessariamente al risultato, cui giungono gli scrittori citati alla nota 12. Ma è indubitato, e riconosciuto da tutti, che, se il proprietario ha ottenuto in qualunque modo la cosa, o la stima di essa, non può agire con l'*actio ad exhibendum* contro il *fictus possessor* (15). Dunque l'alienazione in mala fede non è punita per se stessa in un modo assoluto, ma bensì in quanto il proprietario è privo in forza di essa della cosa, o della stima, che sta a rappresentarla. E per conseguenza, se il congiungitore in mala fede è pronto a sciogliere e restituire il *tignum*, l'*actio ad exhibendum quasi dolo malo fecerit, quominus possideat*, non può essere sperimentata. Ora che la congiunzione del *tignum* spogli, sebbene non assolutamente, il proprietario è un fatto; ma è pure un fatto, che la prestazione dell'*actio de tigno juncto* sta in qualche caso, nel caso di *tignum non furtivum*, a rappresentarne la stima. Sembrerebbe allora conveniente il distinguere i casi, in cui il *tignum* è furtivo, dai casi in cui il *tignum* non è furtivo; e ammettere che soltanto nei primi l'*actio ad exhibendum* potesse concorrere cumulativamente con l'*actio de tigno juncto* (16). La distinzione non è sto-

(14) *Wetzell Vindicationprocess* pag. 224. — *Windscheld Pand.* §. 193 nota 8. — *Schmid Handbuch* §. 15 pag. 283 e gli scrittori in nota 50 *ibid.* — *Arndts-Serafini Pand.* §. 168 nota 2. — *Vangerow Pand.* §. 332. Ann. n.º 3. — *Glück Commentar* VII pag. 538 e segg. — Cf. *Iacobi* l. c. pag. 238 nota 96.

(15) l. 13 §. 14 D. de her. pet. 5, 3; l. 95 §. 9 D. de sol. 46, 3. — Giova avvertire che la stima, di cui parla quest'ultima legge (*litis aestimationem*), non è, secondo me, la stima prestata da un *fictus possessor*. Soltanto la stima, prestata da un vero possessore, sta a rappresentare veramente la cosa. Per conseguenza l'*actio ad exhibendum* può essere sperimentata cumulativamente contro un indefinito numero di persone, che abbiano l'una dopo l'altra cessato di possedere la medesima cosa.

(16) Nei casi di *tignum non furtivo*, se il possessore era già stato convenuto con l'*actio de tigno juncto*, potrebbe opporre contro l'*actio ad exhibendum* che

ricamente sicura; è però sicuro, mi pare, che il concorso dell'actio de tigno juncto con l'actio ad exhibendum doveva essere, almeno in qualche caso, cumulativo.

Come conseguenza dell'aver dimostrato che l'actio de tigno juncto non ha mai in nessun caso un carattere penale, e che il proprietario del tignum ne conserva la proprietà malgrado l'unione, risulta anche che, qualunque sia il convenuto con l'actio de tigno juncto, fosse pure il ladro medesimo, può sempre liberarsi, sciogliendo ed esibendo il tignum (17).

Resulta parimente, come conseguenza di ciò che è stato detto intorno la natura dell'actio de tigno juncto, che questa azione deve spettare unicamente al proprietario del tignum. Non si trova nelle fonti che l'actio de tigno juncto fosse accordata utilitatis causa al possessore di buona fede, all'usufruttuario, al creditore pignoratizio etc.; sebbene l'analogia di altri istituti giuridici potesse farla accordare anche a loro. Certo, ammettendo col Fabro e cogli altri, che l'actio de tigno juncto sia una specie di actio furti, non vi sarebbero dubbi in proposito; perchè, come è noto, l'actio furti non spetta soltanto al proprietario della cosa rubata.

Se il proprietario del tigno ha fatto da se stesso, anche in buona fede (18), la congiunzione, o vi consente, è accettato comune-

il proprietario ha già avuto la stima del tignum: altrimenti, dimostrandosi pronto a pagare il duplum dell'actio de tigno juncto (aestimatio rei), potrebbe ottenere di non esser condannato con l'actio ad exhibendum, se non a patto che l'attore rinunziasse all'actio de tigno juncto.

(17) **Wening-Ingenheim** *Schadenersatze* pag. 72. — Contro, non soltanto gli scrittori, i quali ritengono che il tigno non possa esser disciolto, neppure dal proprietario medesimo; ma nel caso di tignum junctum mala fide anche non pochi di quelli, i quali permettono al proprietario dell'edificio, se vuole, di sciogliere ed esibire. Così alcuni **Glossatori** (v. nota 3 al paragrafo III) e il **Waechter** (v. paragrafo XII); e in generale tutti coloro, che considerano l'actio de tigno juncto come azione penale.

(18) Il caso che il proprietario del tignum abbia congiunto in mala fede, secondo il §. 30 Inst. de rer. div. e la l. 7 §. 12 D. de rer. div. è fuori di quistione; perchè in quel caso si estinguerebbe perfino il diritto di proprietà. Non così secondo la C. 2 Cod. de rei vind. 3, 32. È opinione comune, dalla quale non so discostarmi, che una vera conciliazione di questi passi, sebbene tentata da alcuni, non sia possibile; e che si abbiano piuttosto a ritenere come il prodotto di un modo diverso di vedere intorno alla fattispecie, che vi è proposta. **Vangerow** *Pand.* §. 329 nota; **Windscheid** *Pand.* §. 188 nota 21;

mente, che non ha diritto all' *actio de tigno juncto* (19). Il principio pare ad alcuni indicato dalla l. 63 D. de donat. inter v. et u.

Gesterding o. c. pag. 232. — Per quanto può interessare il nostro tema, io credo di dovere aggiungere: 1° che la disposizione contenuta nella C. 2 de rei vind. è quella più conforme all' indole del diritto di proprietà romano, riferendosi in special modo al più antico; ed è quella che più probabilmente era accolta dalla maggior parte dei giureconsulti romani. L'opinione contraria non mi sembra tanto conciliabile col principio, riconosciuto da tutti, che la mala fede del congiungitore-proprietario della cosa principale non impedisce l'acquisto della proprietà: e non mi sembra neppure tanto probabile che l'accogliessero Giuliano e Ulpiano (l. 37 D. de rei vind. 6, 1) e Gordiano (C. 5 Cod. de rei vind. 3, 32 cf. l. 38 de hered. pet. 5, 3); i quali danno al congiungitore in mala fede di cose accessorie un *jus tollendi*. Cf. anche l. 59 D. de rei vind. 6, 1 di Giuliano. — Il **Gesterding** o. c. (v. anche **Accarias** *Precis* I n.° 257 pag. 611) riguarda la C. 2 Cod. de rei vind. come un addolcimento del severo diritto antico; ma in realtà essa è l'espressione di una meno severa distinzione nelle conseguenze giuridiche della mala fede; e sotto questo aspetto essa si rivela di già come conforme a modi giuridici più antichi Cf. **Pernice** *Labeo* II pag. 143 e segg. — 2° che, se venisse accolto fra i due il principio contenuto nel §. 30 Inst. de rer. div. e nella l. 7 §. 12 de acq. rer. dom., non vi sarebbe ragione per non accoglierlo nei debiti casi anche in materia di congiunzione di cosa mobile a cosa mobile. Così infatti il **Donello** *Comm. I. C. IV*, 37, 5; lo **Schmid** *Handbuch* §. 10 pag. 167; il **Sell K.** o. c. pag. 285. Lo stesso si dica, quando venga accolto, come p. e. fanno il **Windscheid** l. c., il **Vangerow** l. c., il **Muehlenbruch** *Pand.* §. 252 e il **Maynz** *Cours* §. 102 nota 9, il principio della C. 2 Cod. de rei vind. — Epperò non si dovrebbe indicarli mai, qualunque dei due si accolga, come principi particolari della teoria della inedificazione. Anzi accogliendo il secondo, si dovrebbe anche trascurare nella parte dogmatica di avvertirlo; e veramente, che il congiungitore in mala fede non possa per il fatto del congiungimento decadere dal suo diritto, e che decada all'incontro tutte le volte, che ha l'animo di rinunciare al suo diritto, discende da principi più generali. — Cf. invece **Windscheid** *Pand.* §. 188 e §. 190, **Muehlenbruch** *Pand.* §. 252.

(19) Chi ammette l'*actio de tigno juncto* soltanto contro il congiungitore del tignum, possessore o no dell'edificio o della vigna, non ha bisogno di dare altre spiegazioni al principio ora esposto. — **Donello** *Comm. I. C. IV*, 33 §. 22. « *Actionem de tigno juncto non dat ei, qui ipse tigno junxit. Comparata est enim adversus eum, qui junxit* (l. 1 D. de tigno juncto). — Sed nec in » factum danda est, de qua in l. in rem §. item quaecumque D. de rei vind. » quasi scilicet tignum illi perierit facto domini soli, cuius in hac re factum » nullum intervenit. » Se mai, vi sarebbe bisogno fossero date da noi, che ammettiamo l'*actio de tigno juncto* soltanto contro il possessore dell'edificio, sia o

quamvis Decemviros non sit credibile de his sensisse quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent (20); e anche da molte altre leggi, dove a colui che edifica con suoi materiali sopra suolo altrui, viene accordato un semplice diritto di ritenzione o di togliimento (21); e non è mai discusso o accennato all'actio de tigno juncto. — Si domanderà, se allora si debba ripetere lo stesso per le azioni indicate al paragrafo precedente, come azioni di natura simile all'actio de tigno juncto.

La *communis opinio* (22) lo afferma, ribadendo così quanto è detto intorno all'actio de tigno juncto; perchè, se nel caso in quistione non sono ammesse le azioni a compenso della perdita irrevocabile della proprietà, molto meno può essere ammessa quella a compenso della momentanea sospensione delle azioni reali.

Il *Sell. W.* (23) lo nega in un modo assoluto, fondandosi spe-

no autore del congiungimento. Ecco dunque come si potrebbe giustificare l'esclusione dell'actio de tigno juncto nell' ipotesi suddetta, quando si voglia seguire la *communis opinio*. L'actio de tigno juncto nasce dal diritto di proprietà, ma a compenso dell' indefinita sospensione delle azioni reali. Ora, se il proprietario deve attribuire a se stesso, pure essendo in buona fede, il congiungimento, e in conseguenza la sospensione delle azioni reali, sembra conveniente non accordargli l'actio de tigno juncto.

(20) *Windscheid Pand.* §. 188 nota 16. La sola scienza del proprietario del tignum, che il possessore è per congiungere, non esclude l'actio de tigno juncto.

(21) Cf. l. 7 §. 12 D. de acq. rer. dom. 41, 1 — §. 30 Inst. de rer. div. 2, 1 — l. 27 §. 5, l. 37, l. 38 D. de rei vind. 6, 1 — l. 5 in f. Cod. de rei vind. 3, 32 — l. 32 D. de cond. indeb. 12, 1.

(22) *Maynz Cours* §. 103 — *Goeschen Vorlesungen* §. 272 — *Thibaut System* §. 595 — *Sintenis Civilrecht* §. 50 — *Schmid o. c.* §. 10 pag. 163 *Windscheid Pand.* §. 190 — *Ihering Jahrb. für die Dogm.* XVI pag. 246. Cf. *Arndts-Serafini Pand.* §. 152 nota 1 n.º 4 c.

(23) *W. Sell Versuche* I Diss. I §. 38 pag. 93 e segg. Contro di lui esplicitamente il *Witte* o. c. pag. 1-6 e pag. 309. Il *Witte* ha ragione, quando nega (pag. 1-6) un'azione generale d'arricchimento contro l'attuale possessore della cosa. (Cf. anchè il *Sell* medesimo o. c. pag. 129 e segg.) a colui che ha operato il congiungimento; azione, che compenserebbe il congiungitore e del diritto di proprietà e delle spese incontrate, che hanno aumentato il valore della cosa. Non ha però ragione, quando nega al congiungitore l'azione speciale *derivante dal diritto di proprietà* (pag. 309), e che sta a compensarlo unicamente di quello. Certo le *Fonti* non dicono esplicitamente, che l'actio in factum della l. 23 §. 5 abbia luogo anche a favore del congiungitore, che

cialmente sopra la generalità delle espressioni nei passi dove è fissata un'azione a colui che perde irrevocabilmente la sua proprietà.

« Itaque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet etc. »

« De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit... utilem » in rem actionem dabant. »

Inoltre osserva il Sell, come il proprietario della cosa accessoria, che opera la congiunzione, non perde in generale la sua proprietà, così neppure deve perdere, nei casi, in cui per motivi obiettivi è stabilita l'estinzione del diritto di proprietà, le azioni, che stanno a compensarlo.

Il Puchta (24) accorda le azioni a compenso del diritto di proprietà, anche quando il proprietario della cosa accessoria ha operato il congiungimento, purchè fosse in buona fede, purchè ignorasse cioè le conseguenze del proprio fatto.

La questione è forse di quelle che ammettono facilmente una diversità di pareri. Ritengo nondimeno conforme al diritto romano più antico l'opinione del Sell (25); ritengo cioè, che quando doveva esser più sentita l'anormalità dei casi di togliimento o di sospensione delle azioni reali, e si dava meno importanza giuridica alla mala fede, si ammettesse anche più difficilmente in qualunque caso la perdita delle azioni a compenso della proprietà. Ritengo però più conforme al diritto più recente e alle testimonianze delle fonti l'opinione del Puchta. Infatti, accogliendo l'opinione del Sell, una logica rigorosa non può far differenza fra il caso dell'*actio de tigno juncto* e quello delle altre azioni; mentre l'espressione *quorum voluntate* etc. della l. 63 D. de donat. inter v. et u. vi si

perde; ma, come osserva il Sell, non lo negano neppure. — Contro il Sell, anche il *Waechter Rechtslexicon* I v. Accession pag. 25 nota 54. — Nel modo di vedere del Sell, il quale considera le azioni, di cui ho parlato nel paragrafo precedente, come azioni d'arricchimento, riesce malagevole a comprendere (cf. o. c. pag. 129 e segg.) perchè nella teoria della congiunzione colui che perde ha l'azione d'arricchimento; mentre nella teoria delle spese chi aumenta il valore della cosa altrui (senza perdita della cosa propria) non ha l'azione d'arricchimento, ma soltanto un'exceptio. Da questo lato muovono le obiezioni contro il Sell; le quali non colpiscono chi considera le azioni, di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente, come azioni fondate sopra il diritto di proprietà.

(24) *Inst.* §. 242.

(25) Cf. nota 18 di questo paragrafo.

opporrebbe (26). Ammesso con la *communis opinio*, che il proprietario della cosa accessoria non abbia l'azione derivante dal suo diritto di proprietà, quando è autore della congiunzione, bisognerebbe per giusta correlazione ammettere che, quando la congiunzione è avvenuta per opera del proprietario della cosa principale, questi non avesse il diritto di pretendere il valore di essa, facendo cessione del tutto; *neppure quando è in possesso* (exceptione). Infatti è vero che il proprietario della cosa accessoria, autore in buona fede della congiunzione, può far valere il proprio diritto con un'eccezione, quando è in possesso; ma il proprietario della cosa principale può opporgli il suo diritto di proprietà, e far cessione del tutto; vale a dire, il proprietario della cosa accessoria, autore della congiunzione, che è in possesso, non può far valere il proprio diritto che in un modo subordinato. Invece l'eccezione, accordata nelle medesime circostanze al proprietario della cosa principale, verrebbe fatta valere in un modo assoluto. Concedendo dunque al proprietario della cosa principale, autore della congiunzione, di far valere il diritto di proprietà con un'eccezione, bisogna concedere al proprietario della cosa accessoria, autore del congiungimento, di far valere il proprio diritto con un'azione (27). Ora nel caso della pittura, come abbiamo veduto nel paragrafo precedente, è ammesso esplicitamente, che soltanto la mala fede del convenuto, autore della congiunzione, esclude il diritto di cedere dietro compenso il tutto. Se questo vale per la pittura, non v'è ragione, perchè non valga per gli altri casi di acquisto irrevocabile (28); e pare anche probabile, che debba valere nella teoria della inedificazione.

(26) Non negherò, che il togliimento dell'actio de tigno juncto è assai meno grave di fronte al diritto di proprietà sacrificato, che non il togliimento delle altre azioni; giacchè al proprietario del tignum rimane sempre la rei vindicatio a unione disciolta. All'incontro la prestazione dell'actio de tigno juncto, paragonata con la prestazione delle altre, è un carico due volte più grave imposto al proprietario della cosa principale. E su questa differenza si potrebbe benissimo, e potrebbe essere stata basata la distinzione.

(27) Anzi vi è molto meno ragione di accordare al congiungitore-proprietario della cosa principale il diritto di cessione, anche quando è in possesso, che di negare al congiungitore-proprietario della cosa accessoria l'azione di compenso. — Cf. ciò che è detto nel paragrafo XX a proposito dell'art. 474 del Cod. Civ. It. — E però la disposizione del §. 34 Inst. cit. non contrasta l'opinione del Sell.

(28) Così appunto logicamente generalizza il **Puchta** *Inst.* §. 242.

Cosicchè per giusta correlazione, salvo il caso che il proprietario del tignum abbia consentito direttamente o indirettamente al congiungimento con coscienza delle conseguenze del proprio fatto, il proprietario del tignum potrebbe sempre giovarsi dell'actio de tigno juncto. Non si oppone alla nostra opinione, come a quella del Sell, la l. 63 D. de don. inter v. et u.; giacchè chi bene osserva, vedrà che il caso trattato nella detta legge è tale, che l'espressione *quorum voluntate* si riferisce piuttosto all'assenso diretto o indiretto, ma cosciente delle conseguenze, dato al congiungimento e perciò alla sospensione indefinita della rei vindicatio, che al fatto stesso del congiungimento, volontario, ma senza consapevolezza delle sue conseguenze. Ripeto però, anche per l'actio de tigno juncto, quello che ho detto per le azioni simili ad essa; che si tratta di quistioni, in cui è facilmente ammissibile una diversità di pareri.

O se il proprietario del tigno ha consentito al congiungimento, riservandosi il diritto di proprietà e il diritto di riprendere la cosa, o dopo un certo tempo, o al verificarsi di un dato evento, come era nel caso citato dallo Zaun? (29). Tanto contro il possessore, che ha contrattato col proprietario, e non adempie la convenzione, quanto contro i terzi possessori, successori o no del precedente, non vi è dubbio, per me, che si dia l'actio de tigno juncto; giacchè nessuna di codeste persone potrà opporre, senza essere in dolo, al proprietario, che agisce con l'actio de tigno juncto, che egli ha consentita la congiunzione.

Chiuderò con due osservazioni, le quali non potevano esser fatte convenientemente che a questo luogo.

Ritenuto che la persona, contro cui è diretta l'actio de tigno juncto, è il possessore dell'edificio o della vigna; ritenuto che esso abbia facoltà di sciogliere e restituire, e che l'actio de tigno juncto sia di natura reipersecutoria; prima di tutto, si giustifica come mai la legge de tigno juncto abbia ricevuto una sfera d'azione così lata, come quella che abbiamo indicata nel paragrafo IV; in secondo luogo, si comprende anche meglio una particolarità, che dal Gottofredo in poi è ammessa comunemente da tutti (30); che

(29) Ved. paragrafo III in f. e paragrafo IV in f.

(30) Non ho data soverchia importanza a questa osservazione dell'Huschke (ved. o. c. pag. 11); prima di tutto, perchè un'analogia osservazione traggono coloro, i quali credono che l'actio de tigno juncto sia una delle azioni furto

cioè la proibizione de tigno juncto e le disposizioni de tigno juncto erano contenute nella tavola VI della legislazione decemvirale, dove si trovano le altre norme riguardanti il diritto di proprietà.

XIX.

La legge de tigno juncto e il possesso dei corpora connexa. — L. 30 §. 1 D. de usurpationibus. — Usucapione del tignum junctum.

Alcuni scrittori credono che la legge de tigno juncto abbia prodotto certi particolari effetti giuridici nella teoria del possesso e dell'usucapione. Importa esaminare quanto fondamento abbia la opinione di codesti scrittori.

È notissima la quistione, che si agita fra gli interpreti del diritto romano intorno al possesso e all'usucapione dei corpora connexa; una delle più intralciate e delle più discusse fra le quistioni del diritto romano. — Si tratta in sostanza di interpretare la l. 30 §. 1 D. de usurpationibus 41. 3 in relazione a certi passi delle Fonti, coi quali sembra in contraddizione. Alcune leggi sembrano stabilire che il possesso di un edificio (corpus connexum immobile) di una nave, di un armadio etc. (corpora connexa mobili) non implica il possesso delle cose singole, che compongono codesti corpora connexa.

— L. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. Giavoleno:

« Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas
» aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas
» aedes non possidebit; separatis enim corporibus ex quibus aedes
» constant, universitas aedium, intelligi non poterit; accedit eo,
» quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat
» possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum

cohaerentes, o un'azione simile a quelle del furto, dalla posizione del titolo de tigno juncto nelle Pandette; in secondo luogo, perchè, qualunque sia la natura dell'actio de tigno juncto, il trovarsi le disposizioni intorno ad essa nella tavola VI può esser giustificato per connessione di materia dal carattere della proibizione di scioglimento. Circa la posizione della legge de tigno juncto nel sistema Decemvirale è da vedersi ora il **Volgt Die XII Tafeln** Leipzig 1883.

» esse, solum se capturum esse ampliori; quod absurdum et mi-
» nime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus
» capiatur, utputa, quum aedes ex duabus rebus constent, ex solo
» et superficie et universitas earum possessione temporibus immo-
» bilium rerum omnium mutet ».

L. 7 §. 1. 2 D. ad exhib. 10. 4. Ulpiano:

« Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhi-
» bendum; et ita Pomponius scripsit, quamvis tunc civiliter non
» possideas. — Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel
» ansam scypho junxeris, vel emblemata phialae, vel purpuram
» vestimento intexeris aut brachium statucae coadunaveris ».

— L. 30 pr. D. de acq. vel amitt. poss. 41. 2. Paolo:

« Qui universas aedes possedit, singulas res, quae in aedificio
» sunt, non videtur possidere ».

Le quali leggi potrebbe sembrare esprimessero una regola ge-
nerale per tutti i corpora connexa mobili o immobili, cioè la se-
guente: « *il possesso dei corpora connexa non implica il pos-
» sesso delle cose singole, che li compongono, come cose indi-
» vidualmente distinte* ».

Altre leggi stabiliscono che l'usucapione dell'edificio non im-
plica l'usucapione delle cose singole, che lo compongono.

— L. 23 §. 7 D. de rei vind. 6. 1. Paolo:

« Item si qui ex alienis caementis in solo suo aedificaverit,
» domum quidem vindicare poterit, caementa autem resoluta prior
» dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum
» sit aedificium, postquam a bonae fidei emtore possessum sit,
» nec enim singula caementa usucapiantur, si domus per temporis
» spatium nostra fiat ».

— L. 23 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Giavoleno:

« Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles pos-
» sidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium
» constitum est usucapiantur; et non potest recte uti eo tempore,
» quo in aedificio fuerunt; nam quemadmodum eas solas et sepa-
» ratas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut
» separatae fuerunt, et cohaerentibus his in aedificio, depositis
» aedibus, quae hoc quoque ipsum continent; neque enim recipi
» potest, ut eadem res et ut res soli, et tamquam mobilis sit
» possessa ».

— L. 7 §. 11 D. de acq. rer. dom. 41. 1. Gaio:

« Illud recte quaeritur, an, si id aedificium vendiderit is, qui

» aedificaverit, et ab emptore longo tempore captum postea dirutum
» sit, adhuc dominus materiae vendicationem eius habeat. Causa
» dubitationis est, an eo ipso, quo universitas aedificii longo tem-
» pore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae
» essent; quod non placuit ».

Il che potrebbe sembrare una logica conseguenza della regola generale sopraddetta. Ma la l. 30 §. 1 D. de usurpationibus non solo ammette che si possa usucapire i materiali di un edificio (corpus connexum immobile), ma aggiunge che una gemma e un anello congiunti insieme possono durante l'unione essere oggetti distinti di possesso, ed essere come tali usucapiti.

L. 30 §. 1 D. de usurp. 41. 3. Pomponio :

« Labeo libris Epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel
» columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium
» eas coniecisset, nihilominus usucapturum, si aedificium posse-
» disset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur in rebus
» soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? In quo verum
» est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque
» maneat integrum ».

Si dirà che la l. 30 §. 1, per ciò che riguarda l'edificio, è un'eccezione; ma qual è il fondamento di essa? E poi come intendere la disposizione della detta legge per ciò che riguarda l'anello e la gemma? Ecco le domande, a cui è necessario rispondere, e a cui gli scrittori rispondono in maniere molte e diverse.

In generale gli interpreti del diritto romano accettano la regola « *il possesso dei corpora connexa non implica il possesso delle cose singole che li compongono, come cose individualmente distinte* » (1).

E anch'io nel modo di vedere della maggior parte dei giureconsulti romani la credo vera. Io credo che la scuola Proculeiana, e con lei i migliori giureconsulti posteriori, ritenesse il possesso di un corpus connexum implicare il possesso delle parti come tali, non già come res singulae; ossia, in quanto entrano a compiere il tutto, non già come cose separate e distinte. Il che armonizza con ciò che era stabilito dalla scuola Proculeiana per il diritto di pro-

(1) Savigny o. c. §. 22 pag. 247; Windscheid Pand. §. 152. Banda o. c. §. 18 pag. 382; Arndts-Serafini Pand. §. 138; Vangerow Pand. §. 206 nota 2. Baron Pand. §. 115.

prietà, e di cui ho parlato nel §. X. Onde si può dire, come ho già detto, in una maniera generalissima, che la proprietà e il possesso di un corpus connexum implicano la proprietà e il possesso alle parti, come tali; non già ad esse, come cose individualmente distinte (2).

In quel modo che la proprietà di un corpus connexum implica la proprietà delle cose singole come parti, non come cose singole; nello stesso modo il possesso di un corpus connexum deve implicare il possesso delle cose singole come parti, e non come cose separate. Altrimenti si verrebbe a negare nella teorica del possesso l'*unità* dei corpora connexa affermata in quella del dominio. Se fosse stato ammesso che ogni congiunzione di cose mobili appartenenti a diversi proprietari costituisce un'unica proprietà al tutto e alle cose singole che lo compongono (com'è, per esempio, nella ferruminazione), o se invece fosse stato ammesso che essa non altera affatto i diritti dei singoli proprietari (com'è, per esempio, nella confusione di materie separabili); allora non sarebbe sorto nella teoria del possesso il principio, che il possesso di un corpus connexum implica il possesso delle parti come tali, ma non come cose individualmente distinte. E però il fondamento giuridico di codesto principio non si deve andar cercando in una ragione particolare alla materia del possesso (3). Le cose che compongono il corpus connexum non sono materialmente perite; non-

(2) Cf. l'esposizione di **Brinz Pand.** §. 146. Questo ravvicinamento tra la teorica della proprietà e la teorica del possesso, che non è tanto facile a trovare nei moderni, si trova invece negli antichi. Per esempio, nel **Vinnio Comm. in Inst.** §. 29 de rer. div. 2. 1 in v. *nec tamen is etc.*; ove, dopo avere esposto il principio che il proprietario di un edificio non è proprietario dei materiali, il Vinnio aggiunge: « Adeoque recte nunc dicemus, aliud esse materiam » aliud aedificium: aedium quamdam universitatem intelligi; materiam, caementa, » tigna, lapides, res esse singulas, quae ob id jure universi non utique censantur. Hinc enim est quod placet eum, qui universas aedes possidet, non » videri singula caementa possidere, eaque nec usucapere etc. ». Egualmente l'**Hubero Prael. I. C.** §. 29 in pr. de rer. div. 2. 1.

(3) Così fanno il **Savigny** o. c. §. 422 pag. 249. — **Randa** o. c. §. 18 pag. 383. — **Vangerow** l. c. pag. 369. — **Arndts-Serafini** l. c. e altri; i quali lo ravvisano nel fatto che il possessore non dimostrò la volontà di possedere il tutto (p. es. Arndts) o nell'impossibilità che l'*animus domini* possa essere in quel caso addimostrato (p. es. Vangerow). Contro; **Windscheid Pand.** §. 175 a nota 2. — **Ruggieri** o. c. §. 187.

dimeno il concetto del tutto annulla e assorbe quello delle cose singole. Non si può per conseguenza nel medesimo tempo riguardare come esistente in modo separato e distinto il tutto e le cose singole. Nel qual senso si esprime abbastanza chiaramente il giureconsulto Giavoleno nella l. 23 pr. D. de usurpationibus « *nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit; separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant universitas aedium intelligi non poterit* ».

Secondo il **Bechmann** (4), il diritto romano ha accolto in rapporto al possesso una massima diversa che per le altre universitates rerum cohaerentium. Giacchè negli edifici e soltanto negli edifici si ammette un possesso del tutto, e non delle cose che lo compongono. Le ragioni che Giavoleno assegna nella l. 23 pr. D. de usurp. come fondamento a codesta disposizione sembrano al Bechmann incredibilmente deboli; in modo che la scienza moderna non le avrebbe mai dovute prendere per denaro contante. Tant'è vero che ciò che Giavoleno nega per gli edifici è ammesso dalla l. 30 §. 1 per le cose mobili. Il che significa che il principio, di cui parla Giavoleno, non costituisce una regola generale, ma un'eccezione. Il vero fondamento della quale, per il Bechmann, deve riporsi nella disposizione delle XII tavole de tigno juncto. Poichè i materiali congiunti ad un edificio non potevano esser rivendicati, era necessario che il proprietario fosse sicuro di non perderli per usucapione. Per ottenere codesto effetto, la vecchia giurisprudenza negava che in quel caso vi fosse possesso, e i giureconsulti classici si son voluti poi dare, come fanno sovente, la briga inutile di assegnare una base razionale a un principio in sè e per sè arbitrario.

È evidente che il Bechmann ha formulata un'opinione, attenendosi a un solo passo delle Fonti (l. 30 §. 2 D. de usurp.), senza curarsi di metterla in armonia con tutti gli altri. Per lo meno la l. 30 pr. D. de acq. vel amitt. poss. di Paolo pone esplicitamente l'armadio e la nave (cose mobili) nella medesima condizione, rispetto al possesso, dell'edificio (cosa immobile); e il Bechmann non si cura di far vedere come si deve intenderla, e come si possa armonizzarla con la sua teoria. Perchè, anche ammesso che la ragione data da Giavoleno per giustificare che il possesso delle cose

(4) O. c. pag. 61 nota 4.

che lo compongono, in quanto vuole erigere a regola generale ciò che era particolare disposizione per gli edifici, sia incredibilmente debole, a ogni modo non si può negare che essa combina con le dichiarazioni esplicite di Paolo. Qualunque sia stata l'opinione di Labeone, e qualunque ne sia il valore, è certo che Paolo e Giavoleno non fanno differenza in materia di possesso fra corpora connexa immobili o mobili.

Dal principio che abbiamo stabilito più innanzi derivano come conseguenze (5):

1^a che, usucapito un corpus connexum, non sono usucapite le res singulae che lo compongono (6).

2^a che l'usucapione delle res singulae incomincia dal momento del loro distacco, non dal momento in cui si è incominciato a possedere il corpus connexum.

3^a che l'usucapione incominciata delle res singulae è interrotta, se queste vengono a far parte di un corpus connexum (7).

Così il possessore ad usucapionem di un edificio, trascorsi i termini richiesti dalla legge, diventa proprietario dell'edificio (del corpus connexum, dell'universitas) ma non delle cose singole, che lo compongono: e, rovinato l'edificio, il proprietario di esse avrà diritto (in generale) a rivendicarle. Ciò è detto esplicitamente anche nella l. 23 D. §. 7 D. de rei vind. di Paolo, nella l. 23 §. 2 D. de usurp. di Giavoleno, nella l. 7 §. 11 D. de acq. rer. dom. di Gaio riferite di sopra; ed è riconosciuto da tutti gli scrittori.

Secondo alcuni però (8), le disposizioni accennate non sono

(5) Coloro che sostengono che la proprietà di un corpus connexum implica la proprietà revocabile delle cose singole che lo compongono, giungono alle conseguenze medesime, ma per altre ragioni. Cf. anche Keller *Pand.* §. 132.

(6) Ciò è sempre vero, anche quando tutte le res singulae appartengono a quella medesima persona, che era proprietario del corpus connexum. Cf. Windscheid *Pand.* §. 175 e nota 2.

(7) La maggior parte degli scrittori crede che in questo caso né il possesso né l'usucapione rimangono interrotte; ritenendo che alla perdita del possesso sia necessaria una dimostrazione di volontà in contrario. Savigny o. c. §. 22 pag. 251; Arndts-Serafini *Pand.* §. 204 nota 2 pag. 370; Windscheid *Sell's Jahrb.* I pag. 453.

(8) Savigny o. c. §. 22 pag. 251; Gesterding o. c. §. 22 pag. 251; Sell K. o. c. §. 25 nota pag. 136-139; Meischer o. c. §. 19 (cf. Appendice a questo lavoro n.º 8) e i citati dal Windscheid *Pand.* §. 175 a nota 2. Cf. anche Keller *Pand.* §. 132.

una norma generale per tutti i corpora connexa, ma un'eccezione a riguardo degli edifici soltanto; e il motivo dell'eccezione sta nella legge delle XII tavole de tigno juncto. Interdetta al proprietario del tignum junctum l'actio ad exhibendum e la rei vindicatio, era molto naturale, dicono codesti scrittori, che se ne impedisse l'usucapione; giacchè il proprietario non aveva modo di interromperla per mezzo della rei vindicatio. *Agere non valenti non currit praescriptio*. E il Sell cita anche la C. 30 Cod. de jure dotium 5. 12 e la C. 1 §. 2 Cod. de ann. exc. 7. 40. « Nul- » lam temporalem exceptionem apponi, nisi ex quo actionem mo- » vere ».

Come osserva benissimo il Windscheid, che insieme con molti altri (9) si è pronunziato contro questa opinione, le espressioni delle Fonti pongono in modo assai chiaro, a base delle disposizioni accennate, non già l'impedimento a sciogliere il tignum derivante dalla legge de tigno juncto, ma l'impossibilità che l'usucapione di un edificio implichi quella delle cose singole, che lo compongono — « *nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat* » (l. 23 §. 7 D. de rei vind.) — « *causa dubitationis est, an eo ipso, quod universitas aedifici longo tempore capta est singulae quoque res, ex quibus constabat captae essent; quod non placuit* » (l. 7 §. 11 D. de acq. rer. dom.). — Anzi indicano addirittura che questa impossibilità deriva dalla mancanza di possesso delle parti come cose separate e distinte — « *neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tanquam mobilis sit possessa* » (l. 23 §. 2 de usurp.).

Si può anche aggiungere, che ammesso, come vuole pure il Savigny (10), che il possesso di un corpus connexum, mobile o immobile, non implichi il possesso della res singulae, in modo che, incominciata l'usucapione del tutto, se questo viene a disciogliersi, debba incominciare una nuova usucapione alle parti distaccate, non è punto giustificata la limitazione, che il Savigny intende di fare al detto principio; che cioè, *compita l'usucapione di un corpus connexum, vengano ancora ad essere usucapite le cose singole che lo compongono*.

(9) I citati dal **Windscheid Pand.** §. 175 a nota 2. — **Ruggieri o. c.** 1 §. 187.

(10) **O. c.** pag. 248-249.

Infine la regola — *agere non valenti non currit praescriptio* — non soccorre in materia d' usucapione (11). E malgrado che nell' antica usucapione non fosse ammessa la *usurpatio civilis*, e nella teoria della inedificazione fosse resa impossibile per disposizione legislativa la *usurpatio naturalis*, non si può dire che vi fosse realmente bisogno di un' applicazione eccezionale di quella regola (12); giacchè il proprietario del *tignum*, per quanto impedito dall' interrompere la usucapione, avrebbe trovato sempre un sufficiente compenso nell' *actio de tigno juncto* (13), che egli può sperimentare *in ogni caso* contro il possessore dell' edificio o della vigna.

Come si spiega dunque la l. 30 §. 1 de *usurpationibus*, la quale concede di terminare l' usucapione di certi materiali a un possessore, che gli unì ad un edificio, quando gli mancavano dieci giorni a compirla?

(11) Windscheid *Pand.* §. 182 nota 13, §. 109 nota 2. — Baron o. c. §. 2 pag. 56 nota 4. — Buggleri o. c. §. 187.

(12) Cf. Binding *Arch. für civil. Praxis* XXVII pag. 383. Il Binding, ritenendo che non vi siano disposizioni giuridiche speciali per gli edifici in rapporto all' usucapione, crede nondimeno fondato che il Savigny ricavi come conseguenza della proibizione della legge delle XII tavole de *tigno juncto* l' impossibilità di usucapire il *tignum junctum*. Ma a sostegno dell' opinione del Savigny egli adduce alcune particolarità della teorica sulla legge de *tigno juncto* che io credo di aver dimostrato erronee: 1^a che la proibizione di scioglimento riguardi il *tignum furtivum* soltanto; 2^a che l' *actio de tigno juncto* fosse diretta unicamente contro il congiungitore; 3^a che l' usucapione del *tignum (furtivum)* non sia più impedita dopo che è stata ottenuta la prestazione dell' *actio de tigno juncto*.

(13) Windscheid *Pand.* §. 182 nota 13 (Sell^o *s Jahrb.* I pag. 469). — Ciò che oppone il Sell K. o. c. §. 25 in nota pag. 139 a questo argomento, l' azione de *tigno juncto* non essere un sufficiente compenso al proprietario del *tignum junctum*, perchè è una mera azione penale, non ha valore per noi, dopo quanto abbiamo detto nel §. XV. Per noi, o il *tignum* non è furtivo, e l' *actio de tigno juncto* rappresenta in un modo assoluto la *rei vindicatio*; o il *tignum* è furtivo, e in questo caso, dove la *rei vindicatio* non sarebbe rappresentata dall' *actio de tigno juncto* in un modo assoluto, l' usucapione è esclusa per motivi obiettivi. Così si giustifica perchè Labeone (l. 30 §. 1 D. de *usurp.*) e altri a lui posteriori ammettano, sebbene eccezionalmente, l' usucapione del *tignum*. Soltanto nell' ipotesi, che io non ho esclusa affatto per il più antico diritto, che l' esercizio dell' *actio de tigno juncto* non estinguesse la *rei vindicatio* a unione disciolta del *tignum non furtivum*, si potrebbe dire, che il proprietario del *tignum* venisse qualche volta sacrificato.

Nessun dubbio, per me, che in quel caso il possesso e per conseguenza l'usucapione non siano veramente interrotti, e che non l'abbia pensata appunto così il giureconsulto Labeone. L'indicano abbastanza le espressioni — *nihilominus — in quo verum est annulum et gemmam possideri*. Nondimeno il giureconsulto ha ritenuto che in quel caso, ossia nel caso di usucapione incominciata, l'usucapione potesse esser condotta a termine per eccezione, utilitatis causa (14). Non è la prima volta, che i giureconsulti romani ammettono, che un'usucapione incominciata possa essere condotta a termine per eccezione, utilitatis causa. Basti citare la l. 1 §. 14 D. de acq. vel amitt. poss. 41. 1 di Paolo:

« Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere Nerva »
» filius ait, licet respondeatur, quandiu ab alio non possideatur, a »
» nobis eum possideri, ideoque interim etiam usucapi. Sed *utili-* »
» *tatis causa* receptum est, ut impleatur usucapio, quandiu nemo »
» nactus sit eius possessionem. Possessionem autem per eum acquiri »
» sicut per eos, quos in provincia habemus, Cassi et Iuliani sententia est » (15).

Come Nerva ammetteva eccezionalmente, utilitatis causa, che si potesse terminare l'usucapione delle cose, che un servo fuggendo aveva portate con sè, quantunque *per servum qui in fuga est nihil posse nos possidere*; così Labeone ammetteva, che il possesso di una cosa, congiunta come parte ad un corpus conexum, si dovesse considerare come tuttavia sussistente all'effetto di compire l'usucapione (16).

Rimane a chiarire l'ultima parte della l. 30 §. 1 de usurpationibus, in quanto ammette che, trattandosi di una gemma incastonata in un anello, si abbia di ambedue un possesso distinto, e si abbia la possibilità di usucapirli ambedue.

Anzi tutto è necessario rispondere a questa domanda: il principio generale che — la proprietà e il possesso di un corpus conexum implicano la proprietà e il possesso delle cose singole, che lo compongono, come parti, ma non come cose individualmente di-

(14) Windscheid *Pand.* §. 152 nota 6.

(15) Cf. anche l. 17 §. 3 D. de furtis 47. 2.

(16) Supponendo che Labeone fosse stato di coloro, pei quali le tegole e le colonne (ved. §. V) non erano comprese nella sfera d'azione della legge de tigno juncto, l'eccezione apparirebbe anche più giustificata.

stinte — riguarda le parti integranti o anche le pertinenze (quasi partes), che si trovano in contatto col corpus?

Secondo alcuni scrittori, per esempio, il Windscheid (17), il principio riguarda soltanto le vere e propri parti integranti di un corpus connexum. Or bene, come ho già accennato, l'anello e la gemma nel modo, nel quale il Windscheid definisce il concetto di corpus connexum e di parte integrante, stanno nella medesima relazione del suolo e dei pali in essi confitti. La gemma incastonata per ornamento in un anello che sia di già un corpo connexum, non ne viene a far parte integrante; e se l'anello è un corpus unitum, l'aggiunta della gemma non fa sorgere quella nuova unità specifica (ein neues einheitliches Ganze, come si esprime il Windscheid) che è condizione indispensabile al sorgimento di un corpus connexum. La gemma incastonata in un anello è soltanto una cosa destinata al perpetuo servizio dell'anello o viceversa; cioè, nel modo di vedere del Windscheid, una pertinenza, una quasi parte dell'anello (corpus unitum o connexum che sia) o viceversa; ma non mai una vera e propria parte integrante di un corpus connexum. E il giureconsulto Labeone nella l. 30 §. 1 de usurp. cit., appunto per questo motivo, che la gemma e l'anello non son parti integranti di un corpus connexum (*quia utrumque maneat integrum*) avrebbe ammesso il possesso e l'usucapione distinti dell'uno e dell'altra (18). E se il giureconsulto Pomponio nel citare il responso di Labeone intese approvarlo e farlo suo,

(17) *Pand.* §. 152 dove il Windscheid esclude il possesso *an solchen Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind*. Così per i pali di una vigna, che egli riguarda come pertinenze (pertinenze di un corpus unitum), non crede sia necessario di premettere l'actio ad exhibendum all'esercizio della rei vindicatio. Cf. *Pand.* §. 189 nota 2; §. 143 nota 6. (**Baron** o. c. pag. 115 nota 1). Va anche più in là nella teoria del dominio (*Pand.* §. 188) pei materiali congiunti a un edificio; perchè richiede anche che l'unione sia forte e durevole, *sonst wird an dem bestehenden Rechtsverhältniss nichts geändert*. E non si sa per qual ragione. (Cf. **Brinz** *Pand.* §. 146. I pag. 558). Invece trattando di congiunzione di cosa mobile a cosa mobile (*Pand.* §. 189) sembra non faccia differenza fra parti integranti e pertinenze per ciò che riguarda il diritto di proprietà. Ma nel §. 142 n.º 2, parlando di cose congiunte ad altre, senza che siano parti integranti di un corpus connexum, dice: « *die körperliche Verbindung in welcher sie stehen, ändert an ihrem rechtlichen Verhältnisse nichts* ».

(18) **Mühlenbruch** *Pand.* §. 258.

io credo lo facesse suo nel senso ora detto, il quale non discordeva dalla dottrina accolta dalla maggior parte dei giureconsulti intorno alla proprietà e al possesso dei corpora connexa, anzi era un' esatta applicazione di essa. Il responso di Labeone non veniva che a stabilire una differenza tra le parti integranti e le parti accessorie di un corpus connexum, che anche Pomponio e gli altri potevano accogliere.

Si obietterà che Labeone nella l. 30 §. 1 citata contrappone le cose mobili alle immobili, quasi che nelle une valessero dei principii diversi da quelli che hanno valore per le altre in materia di possesso — *quid ergo in his quae non quidem implicantur in rebus soli, sed mobilia permanent?* — Ma, si può replicare, la contrapposizione viene poi implicitamente ad esser limitata dalla ragione che il giureconsulto ha dato del suo modo di vedere — *quia utrumque maneat integrum*: — circostanza, la quale, nell' opinione di Paolo e di Pomponio e della maggior parte, non si verifica certamente in tutte le aggregazioni di cose mobili.

L'opinione del Windscheid e degli altri scrittori, che il principio generale intorno alla proprietà e al possesso dei corpora connexa, tante volte ricordato, riguardi soltanto le parti integranti, e che specialmente questa fosse dottrina comune dei giureconsulti romani, non è dimostrato; nè è accolto da tutti gli interpreti moderni del diritto romano (19). Argomentando dalla sfera d' azione della legge de tigno juncto, e dal modo, nel quale i giureconsulti pongono il principio dell'unità giuridica dei corpora connexa nella teoria della proprietà (20), io credo che, almeno nell' opinione di qualche giureconsulto, il principio suddetto riguardasse anche le pertinenze (quasi partes) che stanno in connessione materiale col corpus connexum; e che come corpus connexum fosse considerato anche quello, che non era un tutto nuovo rispetto a tutte le cose che lo compongono, purchè a ogni modo esse fossero assorbite nel concetto di quello. Allora la sfera d' azione della legge de tigno juncto coinciderebbe con quella del principio Proculiano sulla proprietà e il possesso di un corpus connexum.

(19) Cf. **Brinz** §. 146 pag. 554. Naturalmente così anche il **Goepfert**, che non distingue parti integranti da cose accessorie (quasi partes) *Org. Erzeugnisse* pag. 62-63.

(20) Cf. l. 23 §. 2, l. 23 §. 5 D. de rei vind. 6. 1, l. 26 §. 1, l. 27 §. 2 D. de acq. rer. dom. 41. 1.

Non si può credere del resto a un'unità di vedute rispetto a tanti giureconsulti vissuti in epoche differenti, e rispetto a questioni così sottili, che soltanto un' assai minuta analisi può percepire.

Alla domanda dunque, se il *tignum junctum aedibus* vel *vineis* si possa usucapire, noi dobbiamo rispondere: che, come regola generale, giusta i principi della scuola Proculeiana, accolti dalla maggior parte dei giureconsulti romani, non si può usucapirlo; perchè, fino a tanto che dura l'unione, il *tignum* non esiste come cosa separata e distinta, e non si può come cosa separata e distinta possederlo; sebbene il diritto di proprietà ad esso, come cosa singola, rimanga tuttavia, in vista della possibilità dello scioglimento (21).

Però eccezionalmente, *utilitatis causa*, è ammesso da La-beone, e probabilmente da altri, che l'usucapione incominciata di un *tignum* continui, anche quando venga congiunto a un edificio o a una vigna.

L'usucapione compita non solo ha per effetto che il proprietario del *tignum* non può rivendicarlo a unione disciolta, ma ha anche l'altro effetto, che il proprietario non può intentare l'*actio de tigno juncto* che gli spetta durante l'unione.

Anche per ciò che riguarda la prescrizione delle azioni reali (22) valgono nella nostra materia principi analoghi a quelli ora esposti. Di regola la *rei vindicatio* del *tignum junctum* non si prescrive, finchè dura l'unione: non già perchè *contra non valentem agere non currit praescriptio*; ma perchè il possesso di un *corpus connexum* non implica il possesso delle cose singole, che lo compongono (23). Per eccezione, la prescrizione della *rei vin-*

(21) Coloro che ammettono un acquisto di proprietà revocabile delle cose accessorie (ved. §. X) devono escludere l'usucapione; ma per altre ragioni. Cf. Keller *Pand.* §. 132.

(22) Cf. Arndts-Serafini *Pand.* 4^a ed. P. Gen. §. 110 nota 3. — Cf. Haenell *Dissens. Dom.* pag. 172: « *An liceat domino, aedificio diruto, post viginti annos materiam vindicare* ».

(23) Windscheid *Pand.* §. 109 nota 2; Accarias *Precis* I n.° 256 pag. 611 nota 1. Contro: Baron *Pand.* §. 91; Maynz *Cours* §. 60 in f. e la maggior parte. Vi è tanto meno bisogno di applicare qui il principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*, in quanto che l'interruzione della prescrizione potrebbe farsi indipendentemente dall'esercizio della *rei vindicatio*. L'esercizio stesso dell'*actio de tigno juncto* nei debiti casi (*tignum furtivum*) in-

dicatio non è interrotta, se colui, che l' ha incominciata, congiunge il tignum a un edificio o a una vigna che continua a possedere (24). La prescrizione della rei vindicatio estingue l' actio de tigno juncto.

XX.

Uso moderno della legge e dell'azione de tigno juncto.

Art. 449, 450, 451, 452 del Cod. Civ. It.

Il principio giuridico, stabilito dalla legge delle XII tavole de tigno juncto, rimase sempre nel sistema del diritto romano, anche nella forma fissata dalle compilazioni Giustinianee; e così dopo il secolo XII la legge delle XII tavole de tigno juncto venne a passare nel diritto comune. In seguito introdottosi nel diritto comune (1) l'altro principio del diritto germanico *Hand muss Hand wahren*, non accolto in prima da tutti, accolto però alla fine nei codici moderni (2) l'importanza e l'applicazione della legge de tigno juncto, e in generale di tutte le altre limitazioni, che la giurisprudenza romana aveva successivamente imposte alla rei vindicatio delle cose mobili (3), diminuì d' assai. Lo svolgimento poi, dato dagli scrittori di diritto comune alla teoria della congiunzione di cose mobili, appartenenti a diversi proprietari, avrebbe dovuto togliergliela del tutto o quasi del tutto, quando codesto svolgimento fosse stato condotto, o avesse potuto esser condotto alle sue logiche e necessarie conseguenze. Infatti, come abbiamo veduto nel §. X, la maggior parte degli scrittori di diritto romano attuale ritengono, che nell' unione di cose mobili appartenenti a diversi proprietari, il proprietario di una di esse diventi proprietario irrevocabile di tutte le altre, ogniqualvolta lo scioglimento non può avvenire *senza danno*, o almeno *senza danno di una delle cose congiunte*. Ora, ammesso questo principio, che io ho già riconosciuto essere una continuazione naturale di un movimento iniziato nel medesimo senso

terrompe la prescrizione. E ciò valga per quei casi eccezionali, nei quali noi ammettiamo la continuazione della prescrizione malgrado il congiungimento. Cf. nota seguente.

(24) Arg. l. 30 §. 1 D. de usurp. 41. 3.

(1) Cf. **Pagenstecher** o. c. I pag. 102.

(2) Cod. Civ. Franc. art. 2279. Cod. Civ. It. art. 707.

(3) Ved. §. X.

dalla legislazione e dalla giurisprudenza romana, non vi è ragione, e l'ho già osservato, di limitarlo al caso di congiunzione di cose mobili; a meno non vi si opponga il testo positivo di una legge, da cui non sia possibile allontanarsi. Perciò la legge de tigno juncto, per necessità logica, avrebbe dovuto sparire interamente o quasi interamente (4), assorbita, per dir così, in una disposizione d'indole più generale. Ma siccome i passi del Corpus Iuris, riguardanti la teoria della inedificazione, erano troppo chiari, perchè gli interpreti del diritto comune potessero applicare ad essa i medesimi criteri, che applicavano arbitrariamente alla teoria della congiunzione di cose mobili; così la disposizione della legge de tigno juncto rimasè tuttavia, sebbene illogicamente, e come una singolarità più o meno esplicabile, nel sistema del diritto romano comune; conservando quell'applicazione, che aveva nel diritto classico, quando si prescindia dal principio di diritto germanico ricordato di sopra.

Vediamo ora cosa avvenne della disposizione de tigno juncto nel diritto romano, fissato dai Codici moderni.

L'art. 554 del Codice Civile Francese prescrive:

« Le propriétaire du sol, qui a fait des constructions, plan-

(4) La formula *senza danno* è assai più comprensiva della formula *senza danno di una delle cose congiunte*. La prima, se intende riferirsi come io suppongo, alla conservazione del valore creato, sancirebbe un acquisto di proprietà in tutti i casi; in tutti i casi, s'intende, di congiunzione utile, chè degli altri non è luogo a discorrere. Cf. Keller *Pand.* §. 132 (Appendice al nostro lavoro n.º 13). Posto questo, mentre nel sistema del diritto romano apparisce che la legge ha voluto proteggere in modo speciale gli edifici e le vigne, resulterebbe invece, che essi sono protetti in una maniera meno efficace che non gli altri corpora connexa: anzi il concetto dei corpora connexa, a eccezione che per l'edificio, perderebbe ogni importanza giuridica. La seconda formula è più accettabile della prima; ma fa sempre apparire nel sistema del diritto romano come una singolarità, giustificata soltanto da ragioni storiche, la disposizione de tigno juncto; se è vero, e non si può negarlo, che sciolto l'edificio è sempre ammessa la rei vindicatio dei materiali che lo compongono; senza distinguere, se essi erano separabili con danno dei medesimi o no. La legge delle XII tavole de tigno juncto, giova ricordarlo, ha avuto riguardo al danno dell'edificio (o della vigna) considerato come un tutto; e danno dell'edificio come tutto vi è sempre, ogni volta che gli vien sottratta una cosa congiunta perpetui usus causa (parte); perchè vien menomata la sua entità corporale. Cf. Appendice n.º 2 e 7.

» tations et ouvrages avec des matériaux, qui ne lui appartenait
» pas, doit en payer la valeur; il peut aussi être condamné à des
» dommages et intérêts, s' il a lieu; mais le propriétaire des ma-
» tériaux n'a pas le droit de les enlever «.

La prima quistione, che presenta il testo dell' art. 554, è la seguente: cosa significa la frase — n'a pas le droit de les enlever? — Il legislatore ha inteso di prescrivere una limitazione temporanea al diritto di proprietà nel senso della legge delle XII tavole, o ha inteso di prescrivere un acquisto irrevocabile di proprietà?

Nel mio modo di vedere il legislatore francese non ebbe una idea ben chiara sopra questo punto; e non fece che riprodurre dal diritto comune le parole con le quali era esposta la disposizione de tigno juncto. Ma è notevole, che l' art. 554 ha compreso nella medesima disposizione anche il caso del congiungimento di una pianta al suolo altrui: nel quale, come sappiamo, a differenza del caso del tignum junctum, il diritto romano classico e il diritto comune ammettevano un acquisto irrevocabile di proprietà. D'altra parte ecco come il Codice medesimo regola l' unione di cosa mobile a cosa mobile nell' art. 566: « Lorsque deux choses, appartenant à différents maîtres, ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l' une puisse subsister sans l' autre, le tout appartient au maître de la partie principale, à la charge de payer à l' autre la valeur de la chose, qui a été unie ». — Vale a dire, nell' unione di cose mobili il proprietario della cosa principale, anche se la separazione è possibile, diventa proprietario di tutte le altre che compongono il tutto. E alla regola stabilita dall' art. 566 fa soltanto un' eccezione l' art. 568. « Néanmoins quand la chose unie etc. ». Nell' ipotesi cioè, che una delle cose unite sia molto più preziosa delle altre, e il congiungimento sia avvenuto a insaputa del proprietario di essa, questi può, o diventare proprietario del tutto, pagando il valore delle cose che viene ad acquistare, o domandarne la separazione e la restituzione, anche quando possa risultarne un danno alle cose a cui è unita (5). La quale nondimeno con-

(5) L' art. 568, corrispondente all' art. 466 del Cod. Civ. It., non può considerarsi come una disposizione, che riguardi unicamente il proprietario della cosa accessoria. Se il proprietario della cosa accessoria ha diritto sotto certe condizioni (valore della cosa molto superiore e congiungimento a sua insaputa) o di diventare proprietario o di chiedere lo scioglimento, molto più deve avere

ferma la regola, che nel diritto francese, a differenza del diritto romano, la congiunzione di cose mobili opera a favore del proprietario della cosa principale un acquisto irrevocabile di tutte le altre. È da ritenersi dunque, senza esitare, che il legislatore francese nell'art. 554 abbia inteso di determinare un acquisto irrevocabile di proprietà, a differenza di quanto era stabilito dal diritto romano in ciò che riguarda la inedificazione. Non si può ammettere, che il Codice sancisca una disposizione per il congiungimento di cosa mobile, e un'altra diversa disposizione per il congiungimento di cosa mobile a cosa immobile; e che sia venuto a modificare in rapporto alla fattispecie della pianta le disposizioni del diritto romano (6).

AmMESSO questo, la disposizione de tigno juncto, che suppone il diritto di rivendicare nel proprietario dei materiali, malgrado l'unione, sparisce; e spariscono pure molte disposizioni contenute nel diritto romano, e che erano una conseguenza di quel diritto. Valgono così nel diritto francese i due principi seguenti, affatto contrari a quelli, che si riscontrano nel diritto romano:

1° il proprietario dei materiali non può rivendicarli, neppure a unione disciolta, sia che ne abbia, sia che non ne abbia conseguito il valore (7);

questo diritto il proprietario della cosa principale, quando si verificano le medesime condizioni. Cosicché in sostanza nell'art. 568 sono stabilite due norme: 1^a che quando la cosa congiunta ad un'altra come ornamento o compimento è molto più preziosa, essa debba esser riguardata come principale. Questa norma è un'eccezione all'art. 556 corrispondente all'art. 465 del Cod. Civ. It.; la quale non si riscontra né nel diritto romano, né nel diritto comune, ma che può riguardarsi conforme a quanto alcuni giureconsulti romani e Giustiniano avevano disposto per il caso particolare della pittura (propter pretium picturae. Cf. nota 17 §. XVII): 2^a che quando *una delle cose congiunte* è molto più preziosa delle altre, il proprietario di essa, che non ha fatto il congiungimento, ha la facoltà di domandare la separazione, malgrado il danno che potesse seguirne. E questa norma, non solo non si riscontra nel diritto romano e nel diritto comune, ma contraddice alla tendenza, cui sono informate le modificazioni, introdotte dal diritto comune nella teoria romana della congiunzione, e a quanto dispone il Codice Francese medesimo nella congiunzione di cosa mobile a cosa immobile art. 555 (art. 450, 451 del Cod. Civ. It.) Cf. nota 7 di questo paragrafo.

(6) Cf. nota seguente. —

(7) D'accordo: **Duranton, Bolleux, Ducaurroy, Bonnier e Rostaing** (cit. dal Pacifici Mazzoni o. c. art. 449. I §. 168 nota 4) **Laurent** VI. 260.

2° il proprietario dell'edificio non può sciogliere e restituire i materiali, invece di pagarne il valore (8).

Non è però conveniente di fondare l'acquisto irrevocabile per

— Contro: **Toullier, Dupin, Demante, Marcadé, Demolombe, Aubry e Rau** (cit. dal Pacifici Mazzoni l. c. nota 3). — L'opinione di questi scrittori di fronte all'art. 566 è illogica. Ma a ogni modo, quando si voglia mantenere nella teoria dell'inedificazione i principi del diritto romano, cioè che il proprietario dei materiali non cessa di esserne proprietario durante l'unione (o che ritorna ad esserlo dopo disciolta) e che per conseguenza disciolta l'unione può rivenderli; non si deve dire, come fa, per esempio, il Demolombe IX. 663, che il proprietario non può offrire i materiali in natura. Ho dimostrato nel §. IV, che il diritto romano permette positivamente lo scioglimento volontario del *tingnum junctum*; ma, seguendo pure l'opinione contraria, che ho combattuta, espressa da qualche scrittore, non si può credere, che ai tempi nostri valgano le ragioni di ordine pubblico, che avrebbero ispirata la legge de *tingno juncto* e impedito lo scioglimento. Cf. anche lo **Zaun** l. c. pag. 305 nota 45. L'articolo 554, osserva il Demolombe, non suppone nulla di simile: ma l'osservazione sarebbe esatta, se nel modo di vedere del Demolombe l'art. 554 stabilisse un acquisto irrevocabile di proprietà. Posto che i materiali sono sempre in proprietà di chi li aveva prima dell'unione (o che vi ritornano con lo scioglimento) nulla vieta che gli possano essere restituiti in natura. Obietta il Demolombe, che l'essere stati impiegati nella costruzione li avrà sempre più o meno snaturati: ma, anche a senso del Codice Civile Francese, non mancano al proprietario le azioni per farsi risarcire del danno, che può aver risentito. La distinzione poi che il Demolombe l. c. §. 662 fa tra il caso dell'inedificazione e della piantagione, escludendo in quest'ultimo caso la rivendicazione a unione disciolta, di fronte all'art. 544 è arbitraria. — Si domanderà, se non si deve potere applicare nei debiti casi il disposto dell'art. 568. Quando cioè quello che spetta al proprietario del suolo è di molto più valore dei materiali che spettano all'attore, non avrà il proprietario del suolo quel diritto di scelta, che l'art. 568 ammette nei casi di congiunzione di cosa mobile a cosa mobile? Senza accordare un assoluto valore all'espressione *doit en payer* dell'art. 554, crederei nondimeno che non si dovesse estendere l'applicazione del disposto dell'art. 568, che merita censura, oltre i casi esplicitamente previsti. Ma si potrà invece applicare nei debiti casi quanto è disposto particolarmente nel §. 34 Inst. de rer. div. e che io ho ritenuto applicabile in diritto romano anche alla teoria della inedificazione? Vale a dire, il proprietario del suolo, che ha congiunto in buona fede, avrà diritto di far cessione del tutto, a patto di esser compensato del valore, che gli spetta? Neppure; osta, come vedremo l'art. 576, corrisponde all'art. 474 del Cod. Civ. It.

(8) **Laurent VI**, 260.

inedificazione sopra la massima — *extinctae res vindicari non possunt* — come fanno in generale i civilisti francesi, che ammettono un tale acquisto (9). Prima di tutto, perchè non si deve ricorrere a un ammennicolo logico, che se è stato usato da giureconsulti romani in altre teoriche, non fu appunto usato in questa della inedificazione; in secondo luogo, perchè non v'è bisogno per il diritto moderno di ricorrere a simili ammennicoli, nè per la teoria della inedificazione, nè per le altre congeneri.

L'art. 449 del Cod. Civ. It. (art. 461 Cod. Alb.) corrisponde nella sostanza all'art. 554 del Cod. Civ. Fr.:

« Il proprietario del suolo, che ha fatto costruzioni, piantagioni od opere con materiali altrui, deve pagarne il valore. *Sarà anche tenuto in caso di mala fede o colpa grave* al risarcimento dei danni; ma il proprietario dei materiali non ha diritto di levarli; *salvo che lo possa senza distruggere l'opera costrutta o far perire la piantagione* ».

E siccome nell'art. 464, che regola la congiunzione di cose mobili, appartenenti a diversi proprietari, il Cod. Civ. It., sebbene sia discostato dall'art. 566 del Cod. Civ. Fr., ha però riprodotta la dottrina della congiunzione, quale era stata svolta dagli scrittori di diritto comune (10); così noi dobbiamo ripetere per il diritto italiano quanto abbiamo detto per il diritto francese: la proibizione cioè della legge *de tigno juncto* e le conseguenze giuridiche di essa non esistono più (11). Il proprietario del suolo acquista la proprietà irrevocabile dei materiali altrui; *salvo non siano di quelli che possono essere disciolti senza distruggere*

(9) **Marcadé** art. 554; **Laurent** VI. 260.

(10) « Quando due cose, appartenenti a diversi proprietari, sono state unite in guisa da formare un solo tutto, ma sono ambedue separabili *senza notabile deterioramento*, ciascuno di essi ritiene la proprietà della cosa sua. Ove poi le due cose non possano separarsi *senza notabile deterioramento d'una di esse*, il tutto appartiene al proprietario della cosa, che ne forma la parte principale, coll'obbligo di pagare all'altro il valore della cosa, che vi fu unita ».

(11) Non è logico ritornare per qualcuna di codeste conseguenze al diritto romano; per esempio per quella che ammette la *rei vindicatio* a unione disciolta. **Pacifici Mazzoni** l. c. art. 449. I §. 169. **Ricci Ist.** II §. 81. Non comprendo le parole aggiunte dal Ricci in fine del §. 80; giacchè esse dimostrano appunto che in ogni caso, pagato o no il valore dei materiali, non può darsi la *rei vindicatio* a unione disciolta.

l'opera costrutta o far perire la piantagione (12). E per conseguenza: 1° il proprietario dei materiali non ha diritto di rivenderli, neppure a unione disciolta; sia che ne abbia, sia che non ne abbia conseguito il valore; *salvo non siano di quelli che possono esser disciolti* etc. — 2° il proprietario del suolo non può sciogliere e restituire i materiali invece di pagarne il valore (13); *salvo, anche qui, non siano di quelli, che possono esser disciolti* etc. (14).

Nell'art. 449 del Cod. Civ. It. sono notevoli due particolarità, che non si riscontrano nell'articolo corrispondente del Cod. Civ. Francese.

La prima, che il nostro Codice ha attinta dall'art. 461 del Codice Albertino, è che l'acquisto dei materiali o delle piante non è ammesso in ogni caso come nel diritto francese (15), ma sol-

(12) Anche i civilisti Italiani, come i Francesi, fondano in generale l'acquisto (irrevocabile) di proprietà per inedificazione sopra il principio *res extincta vindicari non potest*. **Galdi** art. 449 n.° 482; **Pacifici-Mazzoni** art. 449. I §. 162.

(13) **Bicci** o. c. II §. 80; **Galdi** art. 449 n.° 485.

(14) Qualcuno ritiene che il proprietario dell'edificio non può *mai* separare i materiali, e restituirli, se così non piace al proprietario di questi. **Pasquali Dig. It. v. Accessione** §. 39 pag. 301. Ma è chiaro che spetterà al proprietario dell'edificio la facoltà di sciogliere e di restituire, tutte le volte che spetta al proprietario dei materiali la facoltà di rivendicare.

(15) I civilisti Francesi limitano la sfera d'azione dell'art. 454, in ciò che riguarda i materiali, ai casi, in cui questi diventano immobili per natura **Zachariae** §. 297 nota 3 e cit. ivi. **Laurent** VI. 261. Certo, non vi può essere acquisto irrevocabile di immobili per destinazione, i quali non si trovano in contatto materiale con l'edificio (art. 524, corrispondente all'art. 413 del Cod. Civ. It.). La questione è per gli altri che si trovano in contatto materiale con l'edificio (art. 525, corrispondente all'art. 414 del Cod. Civ. It.). — Immobili per natura sono fra gli altri le parti integranti di un edificio. **Zachariae** §. 253 nota 20. Posto questo, la limitazione suddetta potrebbe sembrare accettabile, salvo le incertezze, cui dà luogo il concetto di parte integrante; giacché abbiamo veduto che la medesima limitazione viene apposta comunemente alla legge de tigno juncto. Ma il diritto romano non disponeva nella teoria della congiunzione di cose mobili un acquisto così generale, come lo stabilisce il diritto francese. Inoltre si verrebbe ad escludere dalla sfera d'azione del detto articolo i pali delle vigne, i quali sono riguardati come immobili per destinazione **Zachariae** §. 254 nota 17. Sicché io non esiterei ad ammettere, che per il di-

tanto allora, che il proprietario non possa rivendicarli *senza distruggere l'opera costrutta o far perire la piantagione*. Non si creda, che il legislatore italiano si sia in questo attenuto alle analoghe disposizioni del diritto romano. Come è noto, il diritto romano escludeva la rei vindicatio nel caso delle piante, non appena si fossero attaccate al suolo; nel caso del tignum junctum, non appena il tignum fosse stato congiunto, purchè congiunto perpetui usus causa, e così compreso nel concetto dell'edificio. E sebbene, come abbiám veduto, tutti gli scrittori di diritto romano ammettano che la legge de tigno juncto sia basata sul principio *ne urbs ruinis deformetur*, uno solo (16), ch' io sappia, ha limitata la sfera d'azione della legge de tigno juncto nel senso, che la rei vindicatio fosse ammessa, quando il tignum junctum poteva esser tolto senza far rovinare l'edificio. All'incontro qualcuno (17) ha sostenuto, che perfino il tignum exemptum ea mente, ut reponatur non potesse esser rivendicato. Ora alcuni commentatori del Cod. Civ. It. avvertono esplicitamente, che se l'edificio venisse danneggiato, ma non distrutto, il proprietario dei materiali avrebbe il diritto di rivendicarli (18).

Nel mio modo di vedere, è necessario confrontare l'espressione dell' art. 449 con quella dell' art. 464, che limita il diritto di acquisto di proprietà nei casi di congiunzione di cosa mobile a cosa mobile — *ove le cose possano separarsi senza notevole deterioramento di una di esse*. Se ciò che vale per l'ipotesi contemplata dall' art. 464 non valesse per l' ipotesi contemplata dall' art. 449, il diritto di proprietà sarebbe più limitato nei casi di congiunzione di cosa mobile a mobile, che nei casi di congiunzione di cosa mobile a immobile. Proprio tutto l'opposto di quello che avviene nel diritto romano e nel diritto comune medesimo. Il diritto romano e il diritto comune tutelano negli edifici la integrità

ritto francese l'art. 554 abbia una sfera d'azione così lata come la legge de tigno juncto. Allora l' art. 554 sarebbe in perfetta armonia con l' art. 566; perchè, malgrado possa sembrare altrimenti, questo articolo non stabilisce un acquisto di proprietà irrevocabile in ogni e qualunque congiunzione di cose mobili; ma in quella soltanto che ha uno scopo utile; e in cui la separazione può produrre una distruzione di valore (*de manière à former un tout*).

(16) Cf. Appendice n.° 7.

(17) Ved. §. VII; e Appendice n.° 9.

(18) Ricci o. c. Il §. 81. Pasquali l. c.

del tutto, anche quando la separazione non danneggerebbe l'integrità delle cose singole, che lo compongono: il diritto italiano sembrerebbe non tutelasse l'integrità dell'edificio, come tutto, neppure allora, che la separazione può danneggiare notevolmente le cose singole. Il diritto romano e il diritto comune estinguono la rei vindicatio della pianta, non appena è congiunta organicamente, anche quando senza danno del suolo può esserne separata intatta, e con la certezza che continuerà a vivere: il diritto italiano, purchè vi fosse questa certezza, permetterebbe la rei vindicatio della pianta, anche quando il proprietario del suolo venisse a risentirne un danno rilevante. Il diritto romano e il diritto comune estinguono la rei vindicatio del tignum junctum vineis, anche quando può esser tolto senza nessun danno; il diritto italiano sembrerebbe mantenesse la rei vindicatio, malgrado qualunque danno, purchè la piantagione non perisse. Lo stesso Codice Francese, pure discostandosi dal diritto romano e dal diritto comune in ciò che riguarda la congiunzione di cose mobili, è rimasto per lo meno fisso alle tradizioni del diritto romano e del diritto comune nella teoria della inedificazione; e nella teoria della piantagione si è spinto ancora più in là, perchè non richiede che le piante abbiano gettate radici (19).

Io credo pertanto che un'interpretazione più conforme alle tradizioni del diritto romano e del diritto comune, e più logica in rapporto all'insieme della teorica della congiunzione di cose appartenenti a diversi proprietari, debba estendere la disposizione dell'art. 464 all'ipotesi contemplata dall'art. 449; in modo che il diritto di proprietà venga ad essere più limitato rispetto ad essa, che non rispetto a quella contemplata dall'art. 464 (20). Il proprietario dei materiali, ecco in sostanza come deve intendersi l'articolo 449, non ha diritto di levarli, non solo quando venga a deteriorare notevolmente l'integrità di una delle cose congiunte, ma neppure quando, anche non deteriorando materialmente le cose

(19) Così la generalità degli scrittori. Cf. **Borsari** art. 449.

(20) I civilisti Italiani ripetono all'art. 449 quella limitazione, che i Francesi fanno all'art. 554 del Cod. Franc., e di cui ho detto alla nota 14. **Bicci** II. 80. 81. **Pasquali** l. c. §. 41. Accogliendo la lettera dell'art. 449, in quanto ammetterebbe la rei vindicatio dei materiali, che non cagionano la rovina dell'edificio o della piantagione, la detta limitazione sarebbe superflua.

congiunte, egli distrugga l'edificio o faccia perire la piantagione (21).

La seconda particolarità dell'art. 449, che non si riscontra nell'articolo precedente del Cod. Civ. Franc., e neppure nell'articolo corrispondente del Codice Albertino, o in qualunque altro degli antichi Stati d'Italia, è che il proprietario del suolo, autore della congiunzione, è tenuto al risarcimento dei danni *in caso di mala fede o colpa grave*. Il principio stabilito dall'art. 1151 del Cod. Civ. It., che qualunque fatto dell'uomo, che arreca danno ad altri, obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, al risarcimento, portava di per sé al risarcimento dei danni, anche nel caso contemplato dall'art. 449: e non solo quando al proprietario-congiungitore poteva essere rimproverata la mala fede, ma nel caso pure, in cui poteva essergli rimproverata soltanto una colpa lievissima. E così appunto ha pensato, come abbiamo veduto, uno scrittore di diritto romano attuale (22). Cosicché l'art. 449 del Cod. Civ. It. contiene una disposizione superflua, in quanto prende di mira la mala fede del congiungitore; e in quanto richiede la colpa grave di esso, perchè si dia luogo al risarcimento dei danni, contiene una limitazione al disposto dell'art. 1151, non tanto facile a comprendere; specialmente se si riflette, che una simile limitazione non si riscontra nella teoria della congiunzione di cosa mobile a cosa mobile (art. 475. Vedi pure art. 452). — Nel mio modo di vedere, ambedue i punti sono forse suscettibili di una spiegazione storica. Per ciò che riguarda la mala fede, il legislatore italiano ha riprodotta la disposizione della l. 1 §. 2 de tigno juncto, con la quale è accordata l'actio ad exhibendum fictitia per l'id quod interest contro il congiungitore in mala fede, quasi dolo malo fecerit, quominus possideat. Per ciò che riguarda la colpa grave, siccome gli scrittori di diritto romano, quando

(21) Cf. **Pacifici-Mazzoni** o. c. art. 449. I. 167. **Borsari** art. 449. II §. 879. **Mattel** art. 449. In armonia con questa interpretazione bisognerebbe pure ammettere: 1° che il proprietario dei materiali, anche a unione disciolta, non ha diritto di rivendicarli; se non nei casi, *in cui lo scioglimento non abbia deteriorato notevolmente una delle cose congiunte o distrutto l'edificio o fatto perire la piantagione*; 2° che il proprietario del suolo non può sciogliere e restituire i materiali; se non nei casi, *in cui lo scioglimento non deteriori notevolmente una delle cose congiunte* etc.

(22) **Waechter** l. c. alla nota 2 del §. XVIII.

parlano delle azioni, che stanno a compenso delle azioni reali nei casi di inedificazione, non accennano mai, salvo, ch' io sappia, il Waechter, a un'azione di danni; così il legislatore non ha creduto di poterla accordare, se non in un caso eccezionale, nel caso di colpa grave. È sfuggito probabilmente al legislatore, che, se il diritto romano venne ad accordare una particolare azione nei casi di congiunzione in mala fede, e non fece parola delle azioni del *damnum injuria datum* in rapporto ad essi, fu perchè le disposizioni romane intorno al danno dato, sia sotto la forma della vera e propria *actio legis Aquiliae*, sia sotto la forma delle azioni create ad *exemplum legis Aquiliae*, non erano applicabili al caso di congiunzione di un oggetto ad un altro, quando per lo meno la congiunzione non cagionava la perdita assoluta del diritto di proprietà; mentre gli sarebbe stata positivamente applicabile quella dell' art. 1151.

L' art. 449 prende di mira il caso che la congiunzione dei materiali sia stata fatta dal proprietario del suolo. Due altri casi sono possibili: 1° che la congiunzione sia stata fatta dal proprietario dei materiali sopra suolo altrui; 2° che la congiunzione sia stata fatta da un terzo, che non era proprietario nè del suolo, nè dei materiali. Il Cod. Civ. It. tratta dell' uno e dell' altro negli art. 450, 451.

Quando la congiunzione è stata fatta dal proprietario medesimo dei materiali, l' art. 450 distingue il caso della buona e della mala fede. Soltanto per il primo è determinato un acquisto di proprietà necessario, e un correlativo obbligo di prestare il valore dei materiali e *insieme il valore della mano d' opera*; oppure l' aumento di valore recato al fondo; ed è naturale, che l' acquisto di proprietà, sia necessario, sia facoltativo, si verifichi con le restrizioni medesime, di cui all' art. 449. L' analogia con le disposizioni del diritto romano è evidente; poichè il diritto romano pure, distingue tra il caso della congiunzione in buona fede e il caso della congiunzione in mala fede. Però nel diritto romano il congiungitore in buona fede non avrebbe avuto modo di far valere i propri diritti all' aumentato valore dell' edificio (spese), se non per mezzo di un' eccezione; rimanendogli salva, nell' ipotesi che non avesse potuto o voluto opporla, la *rei vindicatio* dei materiali a unione disciolta, o l' *actio de tigno juncto* per il duplum del valore attuale dei medesimi. E il congiungitore in mala fede, ossia chi sapeva di fare il congiungimento contrariamente al diritto e alla volontà

del proprietario, non avrebbe avuto che la rei vindicatio a unione disciolta (23), o un jus tollendi, se fosse stato tuttavia in possesso; o, trattandosi di spese necessarie, anche un' exceptio doli (24).

Quando la congiunzione è stata fatta da un terzo, *che non era nè proprietario dei materiali nè del suolo*, è determinato un acquisto necessario di proprietà, e anche qui naturalmente nei termini e con le restrizioni, di cui all' art. 449. La frase — *non ha diritto di rivendicarla* — dell' art. 451 equivale a quella — *non ha diritto di levarli* — dell' art. 449: la restrizione — *salvo che lo possa senza distruggere* etc. — espressa nell' art. 449, è sottintesa nell' art. 451, come nell' art. 450: l' applicazione analogica dell' art. 464, di cui ho parlato più sopra, deve esser fatta a riguardo dell' art. 451, come degli art. 449 e 450.

È veramente notevole la distinzione delle tre ipotesi fatta negli art. 449, 450, 451: tolta bensì dagli art. 461, 462, 464 del Codice Albertino; 578, 579, 582 del Codice Parmense: giacchè le fonti del diritto romano, casualmente, non riferiscono che le prime due, e la generalità dei commentatori (25), a cui si è attenuto il Codice Civile Francese, con grave difetto, non è solita a rilevare la terza. Ed è tanto più notevole, perchè, trattando della congiunzione di cose mobili, appartenenti a diversi proprietari (art. 463-475), dove le fonti del diritto romano, casualmente, non fanno alcuna distinzione, e la generalità degli scrittori di diritto romano non rilevano che due ipotesi (26), il nostro Codice tace del tutto. Ma è naturale che valga per analogia quanto è disposto negli art. 450 e 451. Vale a dire, che se la congiunzione di cosa mobile a cosa mobile nei termini voluti è fatta dal proprietario della cosa principale o da un terzo, si verifica un acquisto di proprietà necessario, salvo per il primo caso l' eccezione dell' art. 466: ma se la congiunzione è fatta dal proprietario della cosa accessoria, e questa è in qualunque modo separabile, l' acquisto necessario si verifica allora soltanto, che il congiungitore era in buona fede.

L' actio de tigno juncto in duplum aveva già incominciato ad

(23) La rei vindicatio a unione disciolta spetta positivamente, di regola, al locatario e alle altre persone, che tengono la cosa dal proprietario. L. 59 D. de rei vind. Quanto al possessore di mala fede, v. nota 18 §. XVIII.

(24) Windscheid Pand. §. 195 nota 3.

(25) Cf. nota 2 §. XI.

(26) Cf. nota 58-59 §. XVII.

andare in disuso, prima ancora che la disposizione delle XII tavole sopra il *tignum junctum* venisse compresa in una disposizione di carattere più generale nel modo che abbiamo veduto. La pratica di certi paesi, che si reggevano a diritto comune (27), e anche qualche scrittore (28), accordavano soltanto, e in ogni caso, un'azione diretta ad ottenere il valore dell'oggetto congiunto (*actio de tigno juncto in simplum*).

Come fanno rilevare alcuni scrittori (29), i quali insistono nella applicabilità dell'*actio de tigno juncto* in *duplum* nel diritto romano attuale, la pratica era venuta ad abolire l'*actio de tigno juncto* in *duplum*, perchè non ne aveva compresa la natura; e l'aveva credata in tutti i casi un'azione penale (30). Nondimeno ho già avvertito più sopra che l'*actio de tigno juncto*, per quanto non abbia in nessun caso il carattere di azione penale, costituisce sempre nel sistema del diritto romano più recente un'anomalia e un'anacronismo, di fronte alle altre azioni, che si accordano nei casi analoghi a compenso della perdita irrevocabile del dominio. E siccome, dopo le mutazioni avvenute nel concetto del diritto di proprietà e nella teorica del danno dato, un simile anacronismo non può aver ragione di esistere, se non in una disposizione positiva di legge, che non si possa cancellare; fecero bene i Codici moderni, i quali, seguendo la pratica, l'hanno, come abbiamo veduto, abolita.

Se non che il Codice Civile Italiano nell'art. 452 che è una copia dell'art. 463 del Codice Albertino, ha resuscitato l'*actio* in *duplum* in rapporto alla parte più importante dell'edificio, il suolo:
« Se nella costruzione di un edificio si occupasse in buona

(27) Cf. **Vinnio** *Comm. in Inst.* 2. 1 §. 30 in v. *duplum pro eo praestet*. **Hubero** *Prael. I. C.* 2. 1 §. 30. **Voet** *Comm. in P.* 47. 3 in f.

(28) Cf. **Strykio** *Usus M. P.* 47. 3. **Thybaut** *System* §. 729 nota r.

(29) **Waechter** *Pand.* §. 133. Beil. III pag. 125 (*Rechtslexicon* I p. 28). **Goeschen** *Vorlesungen* §. 271 pag. 153. **Wening-Ingenheim** *Schadenersatze* pag. 72.

(30) Insistendo nell'applicabilità attuale dell'*actio de tigno juncto*, il **Waechter** l. c. avverte, che, quando si tratti di un congiungitore di mala fede, l'*actio de tigno juncto* non deve conservare quel carattere penale, che aveva nel puro diritto romano; ma assumere anche contro di lui il carattere di un'azione di risarcimento. Vale a dire, la disposizione, contenuta nella l. 2 de *tigno juncto*, che il *tignum junctum* mala fede (*furtivum*) può essere rivendicato a unione disciolta anche dopo avere ottenuto il *duplum*, non dovrebbe aver più valore, secondo il **Waechter**, nel diritto romano attuale.

» fede una porzione del fondo attiguo, e la costruzione fosse fatta
» a saputo e senza opposizione del vicino, potranno l'edificio e il
» suolo occupato esser dichiarati di proprietà del costruttore, il
» quale però sarà tenuto a pagare al proprietario del suolo il dop-
» pio valore della superficie occupata oltre il risarcimento dei
» danni » (31).

Il duplum dell' art. 452 del Cod. Civ. It. ha i medesimi caratteri del duplum dell' actio de tigno juncto: è un esagerato compenso, che il legislatore ha voluto accordare al proprietario del suolo, espropriato suo malgrado. E quantunque non si tratti di momentanea sospensione, ma di perdita assoluta della rei vindictio: quantunque l' oggetto espropriato abbia maggior importanza economica, che non il tignum junctum; nondimeno, tenendo conto delle condizioni, sotto le quali avviene l' espropriazione, e dei casi in cui è ammessa; tenendo conto, che l' azione di danni è accordata cumulativamente con l' actio in duplum, si può osservare, che forse non era sentito il bisogno di resuscitare una tale anomala azione.

Anche l' actio in duplum dell' art. 452, come l' actio de tigno juncto, non è, io credo, diretta contro il costruttore come tale, ma contro qualunque possessore dell' edificio, a favore del quale venga dichiarata la proprietà; malgrado che l' art. 452, pigliando di mira il caso più comune, abbia ritenuto, che il costruttore medesimo proceda alla dichiarazione di proprietà (« *potranno l' edificio e il suolo esser dichiarati di proprietà del costruttore* »); e come tale, abbia anche dichiarato, che insieme all' actio in duplum ha luogo contro di lui l' azione di danni (*oltre il risarcimento dei danni*) (32). Posta l' ipotesi, che la costruzione sia stata fatta da una persona diversa dall' attuale proprietario, questi sarebbe tenuto alla prestazione del duplum; ma il risarcimento dei danni, che non può darsi, se non in caso di colpa, dovrebbe esser richiesto contro l' autore della costruzione.

Si domanderà, se anche l' azione in simplum, accordata dai

(31) Prescindendo dalla particolarità dell' actio in duplum, la disposizione era già adottata in qualche caso dalla pratica. **Pagenstecher** o. c. I pag. 110. **Demolombe** IX. 691 ter. Non si riscontra però nelle fonti del diritto romano.

(32) Si tratta, io credo, dell' azione stabilita dall' art. 1151; la quale per conseguenza non ha luogo in tutti i casi, ma soltanto in quelli, in cui il costruttore di buona fede era in colpa.

Codici moderni al proprietario dei materiali, che sono stati impiegati in un edificio o in una piantagione, sia diretta contro il possessore come tale, o no. E la domanda si può ripetere più in generale per tutti i casi di acquisto irrevocabile della cosa altrui, nei quali il diritto romano accorda un'azione speciale di compenso. Anzi la domanda può estendersi a tutte le particolarità, che ho definite, parlando nel §. XVII delle azioni analoghe all'actio de tigno juncto e della loro natura; per sapere, se valga nel diritto odierno, ciò che abbiamo ritenuto che valesse nel diritto romano.

Di che natura è l'azione accordata al proprietario sacrificato?
Come si valuta la prestazione dovuta a compenso?

Estinto materialmente l'oggetto venuto nella proprietà altrui, si estinguerà l'azione per pretendere il compenso?

E io credo, che a tutte le precedenti domande si possa rispondere, anche per il nostro Codice Civile, nel senso medesimo, in cui è stato risposto per diritto romano; e cioè:

1° le azioni, accordate dal nostro Codice a compenso del dominio sacrificato in conseguenza di un acquisto di proprietà per congiunzione (art. 449, 450, 451, 452, 464, 466, 472), o per specificazione (art. 470), sono azioni fondate sopra il diritto di proprietà estinto, e che allo scopo di accordare un compenso è riguardato come tuttavia esistente: non sono azioni intese a punire un fatto del convenuto; non sono azioni personali d'arricchimento;

2° le azioni sono dirette contro il possessore del tutto o della nuova specie;

3° la prestazione si valuta sul valore attuale di ciò che prima formava oggetto di proprietà; nella forma, che avrebbe, prescindendo dalla congiunzione o dalla specificazione;

4° estinto materialmente l'oggetto congiunto o specificato, le azioni si estinguono.

Ho già detto abbastanza nel §. XV a sostegno della teorica ora riferita, in confronto delle altre, che considerano le suddette azioni come fondate sopra il fatto dell'arricchimento o della congiunzione. Qui è soltanto da vedere, se la lettera del nostro Codice ha data la preferenza ad essa, o piuttosto a qualcun'altra di quelle accennate.

Negli articoli, che trattano dell'acquisto di proprietà per inedificazione e per piantagione, sembra che il nostro Codice consideri l'azione, che sta a compensare il proprietario della cosa ac-

cessoria, come un'azione fondata sopra il fatto del congiungimento. Infatti, dopo aver distinto le tre ipotesi: 1^a che la congiunzione sia fatta dal proprietario della cosa principale (art. 449); 2^a che la congiunzione sia fatta dal proprietario della cosa accessoria (art. 450); 3^a che la congiunzione sia fatta da un terzo, che non era proprietario, nè della cosa accessoria, nè della cosa principale (art. 451); il nostro Codice accorda nell'ultima delle ipotesi accennate il diritto di *esigere indennità dal terzo, che ne ha fatto uso*, ossia dal congiungitore. Il proprietario, che non ha fatto la congiunzione, soggiunge l'art. 451, non è tenuto, se non sul *prezzo*, che fosse ancora dovuto al già possessore-congiungitore. Giova avvertire, che veramente l'art. 451 prende di mira il caso che la congiunzione sia stata fatta *da un non proprietario*, che poi è stato evitto, ed ha ricevuto il *prezzo* delle piantagioni fatte con materiali altrui, a norma dell'art. 450. È chiaro nondimeno, che anche nell'ipotesi che la congiunzione sia stata fatta con materiali altrui *da chi era proprietario del suolo*, e l'ha poi alienato a titolo gratuito od oneroso, deve valere ciò che è disposto nell'art. 451; cioè il proprietario dei materiali può *esigere indennità* dal già proprietario-congiungitore (*da colui che ha fatto uso dei materiali*), ma non già, di regola, dal proprietario attuale.

Orbene, se nella parola *indennità* si ha da intendere l'azione in *simpulum*, di cui parla anche l'art. 449 e l'art. 450 (*deve pagarne il valore*), e che sta a compenso della perdita del dominio, questa sarebbe diretta contro il congiungitore come tale; sarebbe un'azione *ex facto*, un'azione fondata sopra il fatto del congiungimento; non un'azione fondata sul diritto di proprietà, o sul fatto dell'arricchimento (33). Posto questo, anche nella teoria della congiunzione di cosa mobile a cosa mobile l'azione dovrebbe esser diretta contro il congiungitore come tale, e non già contro l'acquirente o contro il possessore del tutto. Come pure nella teoria dell'acquisto di proprietà per specificazione (art. 470) l'azione a compenso della perdita del dominio all'antica specie dovrebbe

(33) Non sarà inutile ricordare quanto ho dimostrato nel §. XVII; che ben pochi autori di diritto romano riconoscono esplicitamente che le azioni in questione sono fondate in un modo assoluto sul fatto del congiungimento: giacchè alcuni, che pure le designano come azioni *ex facto*, le riguardano però come azioni *ad exemplum legis Aquiliae*. Cf. nota 59, 60, 65 del §. XVII.

esser diretta contro lo specificante come tale; e non contro lo specificante acquirente, o il possessore della nuova specie. Invece nell'art. 464, che tratta della congiunzione di cosa mobile a cosa mobile, l'azione di compenso è data contro il proprietario acquirente, prescindendo affatto dalla persona, che ha operata la congiunzione:

« Quando due cose *sono unite*. . . il tutto appartiene al proprietario della cosa principale, coll'obbligo di pagare all'altro il valore della cosa, che *vi fu unita* ».

Così pure negli art. 471 e 472, che trattano di un acquisto di proprietà per mescolanza:

« Quando una cosa è *stata formata* con la mescolanza. . . il proprietario della materia prevalente ha diritto alla proprietà della cosa prodotta, pagando all'altro il valore della sua materia ».

Non vi è dubbio, che la lettera degli art. 464 e 471-472 non contrasti in un modo assoluto alla teoria, che sembra accolta dall'art. 451. D'altra parte, se per gli art. 464 e 471-472 potrebbe credersi, che il nostro Codice riguardasse le azioni in questione come azioni fondate sopra il fatto dell'arricchimento; vi contrasta secondo me, oltre che la lettera dell'art. 451, l'aver il nostro Codice dichiarato esplicitamente, che l'azione è diretta al *valore della cosa accessoria*; non già al quantum d'arricchimento, risentito dal patrimonio del convenuto (34). E come ho già detto nel paragrafo XVII, ammesso pure che le azioni in questione fossero azioni d'arricchimento, non ammetterei però col Windscheid, che l'arricchimento consistesse sempre e in tutti i casi nel valore della cosa accessoria.

In tanta incertezza, che presenta, secondo me, la lettera del nostro Codice, io crederei che la parola *indennità* dell'art. 451 si dovesse intendere nel senso *di risarcimento dei danni*, quale è ammesso dall'art. 449 contro il costruttore nei casi di mala fede e colpa grave. È un fatto che l'art. 449 designava due sorta di compensi; *il valore dei materiali* in ogni caso, e il *risarcimento dei danni* nei casi di mala fede o colpa grave. Se l'art. 451 usa senza distinzione la parola *indennità*, non sarà affatto arbitrario, riferirla al secondo,

(34) Le Fonti del diritto romano invece tacciono affatto, eccetto per l'actio de tigno juncto e per l'utilis (in rem) actio della pittura (v. nota 43 §. XVII), intorno alla valutazione del quantum da prestarsi.

dei compensi designati nell'art. 449; e supporre, che l'articolo abbia taciuto del primo, senza negarlo. Il proprietario dei materiali può esigere indennità, ossia risarcimento di danni, dal terzo, che ne ha fatto uso, e può agire (ecco ciò che è sottinteso) con l'actio in simplum contro il proprietario o possessore attuale.

La nostra interpretazione è in armonia con quanto è disposto nell'art. 452, di cui ho già parlato; e non contrasta con quanto è disposto nell'art. 470. Nel quale è facile a rilevare, che, mentre viene accordata l'azione di compenso contro l'artefice, questi è immaginato come tuttavia possessore (*ha diritto di ritenere*). E come tuttavia possessore si deve credere che il nostro Codice abbia immaginato il proprietario-acquirente negli art. 464 e 471-472, conforme alle tradizioni del diritto romano e del diritto comune (35).

Ammesso che le azioni a compenso del dominio, delle quali andiamo parlando, siano azioni fondate sopra il diritto di proprietà, dirette contro il possessore del tutto o della nuova specie, è necessario accogliere anche gli altri due punti accennati di sopra (36). Ciosicché la teoria, che noi abbiamo ritenuta come più vera a termini del diritto romano puro, sarebbe stata accolta anche dai Codici moderni (37).

Noterò una particolarità della nostra materia, nella quale il diritto italiano si è discostato dal diritto romano. Abbiamo veduto nel paragrafo XVII, che a termini del §. 34 Inst. de rer. div. 2, 1,

(35) Cf. il paragrafo XVI e il paragrafo XI nota 35-40.

(36) Generalmente i commentatori del Codice francese e italiano non spendono tante parole intorno alle questioni trattate, quante ve ne spendono gli scrittori di diritto romano; attesa forse la minore importanza che hanno le teoriche della congiunzione e della specificazione nel diritto moderno. Trovo che il **Ricci** o. c. II, 80 ritiene che l'actio in simplum degli art. 449-451 si calcoli sul valore che la cosa accessoria aveva al momento della congiunzione. Egualmente: **Pacifici-Mazzoni** o. c. art. 449 I §. 163. **Pasquali** l. c. §. 42. — **Borsari** art. 451 II §. 884. Sono da intendersi con discrezione le seguenti parole del Borsari: « L'altro elemento del valore consiste nel danno che ho sofferto per non aver potuto io stesso far uso dei materiali e negli interessi del prezzo che non mi avete pagato. » È certo che il terzo non proprietario-costruttore è tenuto pei danni a termini dell'art. 449, cioè nei casi di mala fede o colpa grave.

(37) Molto più facilmente crederei dovesse essere accettata la detta teorica a termini del Codice francese, dove non si trova un articolo corrispondente all'art. 451 del nostro.

il proprietario della cosa principale o lo specificante-acquirente, che siano in possesso e convenuti dal proprietario della cosa accessoria o della materia specificata con l'azione a compenso del diritto di proprietà, possono far cessione del tutto o della nuova specie, a patto di ottenere il valore, di cui è aumentata la cosa o la materia; *malgrado che per essi sia avvenuta la congiunzione o la specificazione*, purchè non in mala fede. E il medesimo diritto abbiamo detto che spetterebbe alle suddette persone, quando nelle medesime circostanze si facessero attori; purchè non avessero operato essi stessi la congiunzione o la specificazione. A termini del Codice civile italiano, il diritto di far cessione del tutto spetta al proprietario della cosa principale o allo specificante, sia che sostenga le parti di attore o quelle di convenuto, soltanto allora, *che non è stato autore della congiunzione o della specificazione*. È esplicito in proposito l'art. 474 (38), che, sebbene si riferisca direttamente alla teoria della specificazione, non vi è ragione di non estendere per analogia ai casi di congiunzione (39).

(38) « In tutti i casi, nei quali il proprietario della materia adoperata senza » il suo assentimento può reclamare la proprietà della cosa, egli ha la scelta di » farsi restituire altrettanta materia della stessa quantità o il valore della medesima. » — Che il proprietario della materia possa pretendere a suo piacere, invece del valore di essa, altrettanta materia della stessa qualità, non è ammesso dal diritto romano.

(39) L'estensione analogica deve esser fatta senza dimenticare che l'articolo riguarda veramente la teoria della specificazione. Così non crederei che nella teoria della congiunzione il proprietario della cosa principale potesse reclamare *un altro oggetto* della stessa qualità di quello che gli spetta: io crederei che potesse reclamarne soltanto il valore. Di diversa opinione sono, oltre i commentatori del Codice italiano, anche i commentatori del Codice francese; malgrado che l'art. 576 del Codice francese si riferisca assai più esplicitamente alla teoria della specificazione, che il corrispondente art. 474 del Codice italiano. « Dans tous » les cas où le propriétaire, dont le matière a été employée, à son insu, *a former » une chose d'une autre espèce etc.* » Il riflesso suddetto giova a chiarire un'altra questione. Contro chi potrà far valere il proprietario-acquirente il diritto, che gli accorda l'art. 474? Siccome l'art. 474 si riferisce direttamente alla teoria della specificazione, e soltanto per analogia si può estendere alla teoria della congiunzione, così il diritto da esso stabilito di reclamare altrettanta materia o il valore della medesima, non può essere fatto valere, che contro la persona, che il legislatore ha avuto di mira nell'art. 470, ove è trattato dell'acquisto di proprietà per specificazione; contro cioè *lo specificante in possesso*. Bensì il

La limitazione, che ha apportata il nostro Codice al §. 34 Inst. cit. non è biasimevole. Non sembra conveniente, che, quando il proprietario-acquirente è autore della congiunzione (o della specificazione), possa far cessione di quel tutto (o di quella specie) creato da lui, e che forse è esclusivamente adattato alla soddisfazione di bisogni sentiti da lui.

Il **Demolombe** (40) ha sollevata in rapporto all'art. 554 del Codice civile francese una quistione, che ha molta analogia con quella sollevata dallo **Zaun** in rapporto al diritto romano (41), e che merita di esser presa in considerazione anche da noi.

Il proprietario, che si è obbligato a sciogliere ed esibire i materiali che compongono un edificio, potrà esser costretto a lasciarsi abbattere l'edificio, o potrà, quando voglia, impedire l'esecuzione dell'obbligazione, che nel nostro diritto colpisce direttamente la cosa, offrendo il risarcimento dei danni? E il **Demolombe** pensa, che il proprietario dell'edificio possa, se vuole, impedire l'esecuzione dell'obbligazione; dappoichè nel nostro diritto la vendita dei materiali che compongono un edificio, a differenza del diritto romano, è valida. Dall'art. 554, dice il **Demolombe**, risulta certamente che il proprietario del terreno, il quale, dopo essersi impadronito per furto dei materiali altrui, li ha adoperati, non è tenuto a lasciar demolire l'edificio. Ora per causa di furto, ossia per delitto, si rimane obbligati non meno strettamente che per contratto. Dunque la sola obbligazione personale dal canto del proprietario del suolo non è bastevole, perchè possa esser costretto a lasciar demolire. È infine interesse generale impedire le demolizioni e le devastazioni; e il Codice, osserva il **Demolombe**, ha dato a questo interesse una certa soddisfazione con l'art. 554; malgrado non abbia riprodotto le disposizioni del Senatoconsulto di **Aviola e Pansa** (42).

diritto di reclamare il valore della materia (o dell'oggetto principale unito) può esser fatto valere *contro qualunque possessore*, anche non autore della specificazione, o della congiunzione. Va da sè, che lo specificante o il congiuntore, convenuti coll'azione, di cui all'art. 474, possono liberarsi, facendo cessione del tutto, e rinunziando al compenso, cui avrebbero diritto a termini degli articoli 468, 464.

(40) o. c. IX §. 668.

(41) Ved. paragrafo III.

(42) D'accordo, **Pacifici-Mazzoni** o. c. art. 449 I §. 180. **Mattei** art. 449. — Contro: **Aubry e Rau** (cit. dal **Pacifici-Mazzoni**) **Borsari** art. 449 II §. 879.

Nel mio modo di vedere, non vi è ragione per negare nell'ipotesi fatta dal Demolombe l'esecuzione diretta alla cosa, ammessa nel nostro diritto. Prima di tutto anche la legge de tigno juncto non si era proposta la protezione degli edifici in se stessi, ma in rapporto all'esercizio del diritto di proprietà. E anche dopo le disposizioni, di cui ho parlato nel paragrafo II, un'obbligazione di scioglimento sarebbe stata valida, e avrebbe potuto essere volontariamente eseguita: soltanto non avrebbe potuto avere un'esecuzione coatta, diretta alla cosa stessa; e l'esecuzione volontaria avrebbe potuto fare incorrere in certe pene. Ora i codici moderni, non solo non hanno riprodotte le disposizioni speciali a favore degli edifici, dovute all'Editto del Pretore, ai Senatoconsulti e alle Costituzioni imperiali; ma la disposizione medesima delle XII Tavole de tigno juncto è sparita; assorbita, come abbiamo veduto, in una disposizione di indole più generale. Sicchè, a termini del diritto odierno, gli argomenti del Demolombe a favore degli edifici, i quali non godono più di una protezione speciale (43), dovrebbero valere a favore di qualunque congiunzione artificiale. Ma il diritto moderno, nello stabilire le norme relative alla congiunzione, intese a proteggere i valori creati, non crederei si fosse proposto una simile protezione, se non di fronte all'esercizio del diritto di proprietà.

XXI.

Conclusioni

Motivi della legge. — Il diritto romano, conforme al concetto da esso fissato del diritto di proprietà, ammette la rei vindicatio delle cose mobili o immobili nelle mani di qualunque possessore; senza riguardo al danno economico, che essa può produrre, quando siano state congiunte ad altre (§. X). E la rei vindicatio, sia nel sistema procedurale delle legis actiones, sia in quelli posteriori, importava un'esecuzione diretta sulla cosa (Appendice n.° 21). Di qui soprattutto la necessità di alcune limitazioni, a riguardo specialmente della rivendicazione delle cose mobili; poichè queste, a misura che si svolgeva l'attività economica della nazione, più fa-

(43) Cf. nota 17 di questo paragrafo.

cilmente potevano passare di mano in mano, e più facilmente la rivendicazione loro con esecuzione diretta poteva tornare economicamente dannosa. Una delle prime fra codeste limitazioni fu imposta in via legislativa dei Decemviri con la cosiddetta legge de tigno juncto; che vieta la rivendicazione del tignum congiunto a un'edificio o a una vigna, e accorda al proprietario un'azione per il doppio valore (in duplum) del tignum (§. I).

2. **Origine.** — Tenuto conto anche dell'idea più accolta intorno all'origine del contenuto di tutta la legislazione Decemvirale, non è affatto improbabile, che la disposizione intorno al tignum junctum fosse già innanzi diritto consuetudinario del popolo romano. I proprietari di edifici o di vigne, convenuti con la rei vindicatio, solevano venire a patti; e mediante la prestazione di un compenso, superiore al valore del tignum, si liberavano dai danni di uno scioglimento (§. XV).

3. **Distinzione.** — La legge delle XII Tavole de tigno juncto non deve confondersi con altre disposizioni di epoca più recente, introdotte dall'editto del pretore, da senatoconsulti e da costituzioni imperiali, e intese anch'esse alla protezione degli edifici (§. II). Quest'ultime sono vere disposizioni di ordine pubblico, ispirate o a vedute di estetica edilizia — *ne urbs ruinis deformetur* — o a vedute particolari all'epoca in cui sorsero (§. IV). Per esse era vietato (§. II): 1° di demolire in tutto o in parte edifici a scopo di negoziazione (*negotiationis causa, negotiandi causa, promercii causa*) 2° di cedere o di acquistare a titolo oneroso edifici (in tutto o in parte) perchè fossero demoliti a scopo di negoziazione; 3° di demolire intieramente un edificio, quando ne rimanesse deturpato l'aspetto della città; 4° di lasciare in legato cose congiunte a un edificio. — In seguito fu proibito di trasportare in campagna le statue e le colonne, che adornavano le città, fossero o no congiunte a un edificio; e di trasportarle da provincia a provincia. Ma a ogni modo la demolizione, la detrazione, la cessione di edifici o di materiali non fu mai proibita in un modo assoluto. Il legato di cose congiunte a un edificio era nullo; negli altri tre casi summentovati il fatto dannoso veniva colpito da una pena; ma il negozio giuridico era in se stesso valido (§. II).

4. **Scopo, natura.** — Il principio *ne urbs ruinis deformetur* è affatto estraneo all'epoca, in cui fu composta la legislazione decemvirale (§. IV). La legge delle XII Tavole de tigno juncto mirava alla conservazione degli edifici e delle vigne in vista della

loro particolare importanza economica (§. XV), ma nell'interesse dei loro possessori; ed è così legge d'ordine privato (§. IV). Il possessore di un edificio o di una vigna, che preferisce di sciogliere e di restituire, può farlo (§. IV). Solo in casi eccezionalissimi questa facoltà può trovare un limite nelle disposizioni dell'epoca imperiale (§. IV nota 6). Un'obbligazione speciale, assunta dal proprietario dell'edificio o della vigna, di sciogliere il tignum, è valida; sebbene la procedura romana non dia luogo ad un'esecuzione diretta (§. XX); ma naturalmente non può essere opposta a terzi, che non contrattarono: nè per essa il proprietario può valersi del suo jus in re, sia contro il possessore dell'edificio, sia contro i terzi (§. IV).

5. **Tenore.** — La proibizione di rivendicare è specialmente grave per i proprietari, a cui il tignum fu sottratto per furto. Non è perciò affatto improbabile, che la legge delle XII Tavole, la quale non accordava l'usucapione delle cose furtive, avvertisse specialmente (e potrebbe risultare da qualche luogo delle Fonti) che era vietata la rivendicazione anche del tignum furtivo (§. VIII). La legge de tigno juncto nel suo disposto letterale si riferiva veramente allo scioglimento (ne solvito), non alla rei vindicatio, nè a qualunque altra azione: nel senso che essa permetteva al possessore di non sciogliere, se così gli fosse piaciuto. Ciò che era permesso di non sciogliere di fronte al possessore, veniva a risolversi, di fronte al proprietario del tignum, in un divieto di costringere in qualunque modo il possessore a sciogliere; ossia in un divieto di scioglimento. Così la legge de tigno juncto veniva a vietare di agire con la rei vindicatio; e più tardi, quando si introdusse l'actio ad exhibendum, di agire con questa azione (Appendice n.º 5).

6. **Comprensione.** — Con la parola tignum la legge Decemvirale intendeva di indicare i materiali, con cui si componevano allora gli edifici, e si rizzavano le vigne; cioè travi, pali, assi di legno (legname). Mutata più tardi per le mutate condizioni economiche la maniera di edificare, la parola tignum fu estesa a comprendere anche le nuove materie; avuto riguardo allo scopo, che si proponeva la legge, cioè la tutela degli edifici. Non è però affatto improbabile, che alcuni pochi giureconsulti, fissi alla lettera della legge, non intendessero accogliere una simile estensione analogica (§. V). — La facoltà di non sciogliere può esser fatta valere non appena la congiunzione è avvenuta (§. VII nota 1). Non è necessario, nè che l'edificio sia terminato, nè che la congiunzione sia più o meno solida (§. VI); nè che il togliimento sia cagione di ro-

vina all'edificio, o di danno alla cosa congiunta (Appendice n.° 2, 7). Ciò che importa è, che la cosa sia congiunta *perpetui usus causa* all'edificio; e rientri così nel concetto di esso (§. VI). Però il *tignum exemptum ea mente ut reponatur* può essere rivendicato (§. VII).

7. Effetti rispetto alla proprietà. — In forza della legge de *tigno juncto* il diritto di proprietà è soltanto frenato nel suo esercizio; non estinto, neppure revocabilmente (§. X). Il diritto di proprietà perdura, malgrado l'unione: di modo che, di regola, rovinato l'edificio, il *tignum* può essere rivendicato. Si fa eccezione, se il *tignum*, durante l'unione, è stato usucapito o prescritto; o se (per lo meno nel diritto più recente) è stato ottenuto il *duplum* con l'*actio de tigno juncto*; fosse pure da un possessore di mala fede, che in mala fede abbia fatto il congiungimento. Per un beninteso riguardo ai diritti del proprietario, l'aver ottenuto il *duplum* non toglie, neppure nel diritto giustiniano, l'esercizio dell'*actio de tigno juncto*, se il *tignum* è stato soggetto passivo di un furto di cosa (*tignum furtivum*); fosse pure un possessore di buona fede l'autore del congiungimento, e un possessore di buona fede la persona convenuta con l'*actio de tigno juncto* (§. XIII-XIV).

8. Effetti rispetto al possesso. — La legge de *tigno juncto* non ha avuto nessun influsso particolare sulla teorica del possesso, dell'*usucapione* e della *prescrizione*; in modo che in riguardo degli edifici non si danno regole speciali o diverse da quelle che si danno per il possesso, l'*usucapione* o la *prescrizione* degli altri *corpora connexa* (§. XIX). — Il principio generale, che domina la materia, esteso dalla teorica della proprietà a quella del possesso, è il seguente, dovuto forse alla scuola *Proculeiana*: « la proprietà e » il possesso di un *corpus connexum* implicano la proprietà e il » possesso alle parti come tali, non già ad esse come cose singole, » individualmente distinte ». Il qual principio è soltanto incerto in quanto gli scrittori moderni (e forse anche gli antichi) non sono d'accordo nel definire il concetto della parola *parte* di un *corpus connexum*, e in generale il concetto di *corpus connexum* (§. VI, §. XIX). — Certo è, per noi, che *Labeone* nella l. 30 §. 1 D. de *usurpat.* non ha ritenuto che la gemma e l'anello formassero un *corpus connexum*; ma è da dubitare fosse l'opinione dominante. In forza del detto principio chi possiede un edificio non possiede le cose singole che lo compongono; ossia, almeno nell'opinione di molti, non possiede il *tignum junctum*; nel senso e nell'estensione data da

noi a queste parole. Per conseguenza, come regola generale, non si dà nè usucapione, nè prescrizione del *tignum junctum*; senza vi abbia nulla che fare il noto principio *agere non valenti non currit praescriptio*. Nondimeno, come eccezione, *utilitatis causa*, si ammette l'una e l'altra, almeno da alcuni giureconsulti, quando l'usucapione o la prescrizione sono incominciate prima del congiungimento; malgrado che veramente dopo il congiungimento non si dia più possesso (§. XIX).

9. *Azione*. — Il diritto di pretendere il *duplum* del valore del *tignum* spetta al proprietario. Non si trova che l'*actio de tigno juncto*, come altre, sia stata accordata all'usufruttuario, al creditore pignoratizio etc. (§. XVIII). — Se il proprietario stesso del *tignum* è stato autore del congiungimento, è possibile che nel diritto più antico non solo conservasse il suo diritto di proprietà, anche quando la congiunzione era stata fatta in mala fede, ma che conservasse pure il diritto di pretendere il *duplum*. Però nel diritto più recente, oltre che a quanto pare qualcuno ammetteva una perdita del diritto di proprietà nel caso di congiunzione in mala fede, nessuno forse ammetteva, data la mala fede del congiungitore, che questi potesse sperimentare l'*actio de tigno juncto*. Soltanto il proprietario del *tignum*, che ha congiunto in buona fede, può ritenersi che avesse diritto all'*actio de tigno juncto*. Se il proprietario del *tignum* ha consentito al congiungimento, anche senza averlo operato, non si dà l'*actio de tigno juncto*. Il consenso può anch'essere indiretto. Così, per esempio, se un coniuge dona all'altro coniuge un *tignum*, e questi lo immette nel proprio edificio; quantunque la donazione sia nulla, e il donante conservi tuttavia il suo diritto di proprietà, non può nondimeno agire con l'*actio de tigno juncto*, perchè donando sembra aver consentito il congiungimento; e questo consenso, almeno per l'opinione di alcuni, è riconosciuto efficace, in vista dell'esagerazione del compenso, che può esser preteso (*duplum*). — La scienza che l'attuale possessore è per congiungere non esclude l'*actio de tigno juncto*. — Se il proprietario del *tignum* ha consentito il congiungimento, riservandosi il diritto di riprendere la cosa, l'*actio de tigno juncto* può aver luogo tanto contro colui che si era obbligato a disciogliere, quanto contro i terzi (§. XVIII).

10. *Natura di essa*. — L'azione *de tigno juncto* non è un'azione penale (penale pura o mista); sia che la si riguardi come una delle azioni furto *cohaerentes* o in qualunque altro modo legata al delitto di furto; sia che la si riguardi come diretta a pu-

nire una colpa presunta dei costruttori (§. XVII). Il titolo de tigno juncto è posto tra i libri *terribiles*, sia perchè nel caso di *tignum furtivum* vige una particolare disposizione, sia perchè la proibizione di rivendicare è molto più grave a rispetto del *tignum furtivum* che degli altri; e forse anche la legge delle XII Tavole aveva contemplato particolarmente il caso del *tignum furtivum* (§. XIV). L'*actio de tigno juncto* è un'azione *repersecutoria*, fondata sopra il diritto di proprietà, diritto tuttavia sussistente e sacrificato: è un'azione, che rappresenta le azioni reali sospese. Per conseguenza, è diretta contro il possessore in buona o in mala fede, autore o no del congiungimento. Le condizioni subiettive del convenuto non hanno nessuna importanza rispetto all'*actio de tigno*; e possono soltanto dar luogo ad altre azioni. Il convenuto, fosse pure il ladro stesso del *tignum*, si libera dalla prestazione del *duplum*, sciogliendo e restituendo il *tignum*. Il convenuto, purchè non abbia fatta la congiunzione in mala fede, può anche cedere (almeno nel diritto più recente) l'edificio o la vigna dietro compenso del valore che gli appartiene. Estinta, sia per usucapione, sia per prescrizione, o altrimenti (per esempio, per distruzione del *tignum*) la *rei vindicatio*, è pure estinta l'*actio de tigno juncto*. L'*actio de tigno juncto*, come si rileva da tutte queste particolarità, è un *actio in rem*, e non un *actio in personam* (§. XVII).

11. **Natura del duplum.** — Neppure il *duplum*, che costituisce la prestazione dell'*actio de tigno juncto*, ha in se stesso alcun carattere penale: è soltanto un esagerato compenso al diritto di proprietà sacrificato; e, in armonia al carattere *repersecutorio* e reale dell'*actio de tigno juncto*, è presumibile si calcolasse sul valore attuale dei materiali (§. XVII).

12. **Concorso.** — L'azione de *tigno juncto* può concorrere (§. XVIII): 1° con le azioni del furto; quando il possessore dell'edificio o della vigna si è reso colpevole di furto rispetto ad alcuni materiali dell'uno o dell'altra. Il concorso è cumulativo. 2° con l'*actio legis Aquiliae directa*; quando il possessore dell'edificio ha danneggiato dolosamente o colposamente il *tignum junctum* innanzi o dopo la congiunzione; non già però con le azioni pretorie ad *exemplum legis Aquiliae*. Il fatto del congiungimento per se stesso non può far sorgere un'*actio legis Aquiliae*. Il concorso è cumulativo. 3° con l'*actio ad exhibendum*; quando il possessore dell'edificio ha congiunto il *tignum* in mala fede; essendo stato ammesso che il congiungitore di un *tignum*, che continuava a pos-

sedere l'edificio, dovesse esser trattato come colui che in dolo cessò di possedere (quasi dolo malo fecerit, quominus possideat) (§. XVI). Il concorso è cumulativo, attesa la natura penale dell'actio ad exhibendum fictitia; sebbene sembri logico a termini della disposizione, che esclude la rei vindicatio a unione disciolta, quando è stata intentata l'actio de tigno juncto non furtivo, che il concorso sia cumulativo soltanto nel caso del tignum furtivo (§. XVIII).

13. **Azioni simili.** — Di natura simile a quella dell'actio de tigno juncto sono le azioni (actio utilis, actio in rem utilis, actio in factum) introdotte a compenso del diritto di proprietà sacrificato in certi acquisti irrevocabili della cosa altrui, fissati dalla giurisprudenza: cioè nel caso della ferruminazione, della specificazione, dell'avulsione; e anche nel caso della pittura; dove per altro sembra più probabile, che a somiglianza del caso dell'inedificazione il diritto del proprietario della tavola fosse soltanto sospeso (§. XIX). Esclusa l'idea che le dette azioni siano azioni personali fondate sull'arricchimento, o azioni personali fondate sopra il fatto del congiungimento, e intese a punire una colpa reale o presunta, è da ritenere, che a somiglianza dell'actio de tigno juncto, esse siano fondate sopra il diritto di proprietà con carattere di azioni reipersecutorie ed in rem. Per conseguenza, anche nelle dette azioni, la persona convenuta è il possessore del tutto o della nuova specie, in buona o in mala fede, autore o no della congiunzione. Le condizioni subiettive del convenuto, anche qui, possono soltanto dar luogo ad altre azioni; il concorso delle quali con le prime si regola in modo analogo a quello indicato per l'actio de tigno juncto. La prestazione si calcola sul valore attuale della cosa o della materia, prescindendo dalla congiunzione o dalla specificazione. Nella pittura, dove non è fissato un acquisto irrevocabile, il convenuto può liberarsi, sciogliendo e restituendo la cosa accessoria; negli altri, dove è fissato un acquisto irrevocabile, non può. Per altro il proprietario della cosa principale o lo specificante-possessore, convenuti con l'azione di compenso, possono far cessione del tutto; a patto di esser compensati dell'aumento di valore, che risente attualmente la cosa accessoria o la materia; purchè non siano autori in mala fede della congiunzione o della specificazione. Anzi nella specificazione la mala fede impedirebbe l'acquisto della proprietà. — Possono anche far valere il medesimo diritto di cessione contro qualunque possessore attuale del tutto o della nuova specie (cioè in actione); a meno che questi non rinunzi ad esser compensato della cosa ac-

cessoria o della materia. Soltanto nel caso che essi medesimi siano autori, sebbene in buona fede, della congiunzione o della specificazione, non possono far valere codesto diritto. — Le azioni in discorso spettano al proprietario nei medesimi termini e con le medesime restrizioni dell'actio de tigno juncto. Se nell'actio de tigno juncto la prestazione a compenso del diritto di proprietà si valuta in duplum, mentre nell'altre si valuta in simplum, ancorchè nella ferruminazione e nella specificazione esse stiano a compenso della perdita irrevocabile del dominio, ciò ha ragione nella diversità dei tempi, in cui sorsero le dette azioni.

14. **Uso moderno della legge.** — Introdottosi nel diritto comune, e accolto dai Codici moderni, il principio di diritto germanico *Hand muss Hand wahren*, l'importanza e l'applicazione della legge de tigno juncto, e in generale di tutte le limitazioni, imposte dalla giurisprudenza romana alla rei vindicatio delle cose mobili, diminuì d'assai. Del resto l'importanza e l'applicazione della legge de tigno juncto avrebbe dovuto anche sparire o diminuire in forza di un principio accolto dagli scrittori di diritto comune nella teoria della congiunzione di cose mobili: che cioè la rei vindicatio di una cosa mobile non ha luogo, se la separazione non può avvenire senza danno o senza danno di una delle cose congiunte. Infine il Codice civile francese ha tolta ogni importanza alla legge de tigno juncto (almeno in rapporto all'edificio); stabilendo in ogni caso un acquisto irrevocabile di proprietà ai materiali (partes o quasi partes) di un edificio dietro pagamento del loro valore. E in un tenore più limitato (che però deve essere interpretato in una maniera più estesa di quella, che comunemente gli viene assegnata dai commentatori) anche il Codice civile italiano ammette un'acquisto irrevocabile di proprietà al tignum junctum aedificiis (vel vineis). Per il diritto italiano vi è acquisto irrevocabile dei materiali appartenenti a un edificio o a una piantagione, quando il levarli deteriori notevolmente l'integrità di una delle cose congiunte o distrugga l'edificio o faccia perire la piantagione. Ciò posto, cadono di necessità certe particolarità giuridiche del diritto romano, che erano una conseguenza dell'essere stato conservato durante il congiungimento il diritto di proprietà al tignum junctum: 1° il proprietario dei materiali non ha diritto di rivenderli, neppure a unione disciolta; sia che ne abbia, sia che non ne abbia conseguito il valore: 2° il proprietario del suolo non può sciogliere e restituire i materiali, invece di pagarne il valore; salvo, per il

diritto italiano, nei casi, in cui non è ammesso un acquisto irrevocabile di proprietà. — Ciò posto, non vi è appiglio per sostenere che un'obbligazione di sciogliere il *tignum junctum*, che anche nel diritto romano sarebbe stata valida, non possa essere eseguita a termini del nostro diritto, in onta alla circostanza, che nel diritto odierno esiste anche per le obbligazioni un'esecuzione diretta; giacchè nè la disposizione delle XII Tavole de *tigno juncto* era intesa alla protezione degli edifici in un modo assoluto, nè a ogni modo codesta disposizione di tutela speciale degli edifici, nè le altre posteriori, sono state riprodotte nei codici moderni (§. XX).

15. **Uso moderno dell'azione.** — Prima ancora che fosse scemata l'importanza della legge de *tigno juncto*, l'*actio de tigno juncto* in *duplum* era sparita dalla pratica di certi paesi; e non era più ammessa da certi scrittori. Dietro quella pratica, la respinsero pure i Codici moderni; salvo che coi medesimi caratteri il Codice Albertino, e con lui il Codice italiano, l'ha riprodotta in un caso particolare di acquisto irrevocabile del suolo altrui. L'*actio in simplum*, accordata dai Codici moderni a compenso della perdita irrevocabile del diritto di proprietà nei casi di congiunzione di cosa mobile a cosa mobile o immobile e nei casi di specificazione, ha, malgrado l'incertezza del Codice civile italiano, i medesimi caratteri di quelle, pure in *simplum*, accordate dal diritto romano. Non si tratta di un'azione fondata sul fatto dell'indebito arricchimento nè sul fatto della congiunzione; ma di un'azione fondata sul diritto di proprietà. Per conseguenza valgono in proposito, così nel diritto francese, come nell'italiano, le medesime particolarità giuridiche, che nel diritto romano; eccetto qualche leggera modificazione. — Nella teoria della specificazione il proprietario della materia, che perde la sua proprietà, può pretendere, facendo cessione della nuova specie, non solo il valore della materia, ma, a scelta col valore, altrettanta materia della stessa qualità di quella specificata. — Tanto poi nella teoria della specificazione, che in quella della congiunzione, il diritto italiano, a differenza del diritto romano, non ammette che il proprietario o lo specificatore-acquirente possano esercitare il loro diritto di cessione del tutto, se furono autori della congiunzione o della specificazione. — E a differenza del diritto romano e del diritto comune, il nostro Codice, seguendo il francese, ammette che nella teoria della congiunzione di cosa mobile a cosa mobile (non in quella di cosa mobile a cosa immobile) il proprietario di una delle cose congiunte possa domandarne sem-

pre lo scioglimento; purchè essa superi d'assai il valore delle altre, ed egli non sia stato l'autore del congiungimento.

Appendice.

Mi permetto di porre in appendice alcune osservazioni, che mi sono occorse troppo tardi per tenerne conto al debito luogo; e che non mi è sembrato fossero da trascurarsi.

1. Al §. I nota * Cf. Voigt *Die XII Tafeln* Leipzig 1883 II §. 139. nota 25.

2. Al §. IV nota 1. — Aggiungo al Wesembecio Accarias *Precis* I n.º 256 pag. 611 nota 3. « Le motif de cette disposition » n'était pas, comme on l'a dit quelquefois, le desir d'empêcher » que la ville ne fût enlaidie par des démolitions et des ruines. Ce » qui prouve bien que les décevirs ne se préoccupaient pas ici » de la grace du coup d'oeil, c'est qu'ils disposaient de même à » l'égard des échalas d'autrui, qu'un propriétaire aurait placés dans » ses vignes (l. 1 D. de tigno juncto). Leur vraie pensée était, je » crois, celle-ci: *la démolition diminuerait considérablement » la valeur des matériaux transformés désormais en décombres, » et elle anéantirait tout à fait celle de la main d'oeuvre.* On » réaliserait donc un grand mal en vue d'un bien faible avantage. » Il convient, toutefois, d'ajouter, que le point de vue fausement » attribué aux décevirs inspira plus tard un certain nombre de » décisions législatives (notamment, l. 7 de off. praes. D. 1, 18; » l. 2 C. de aed. priv. 8, 10) ». — V. anche A. Desjardins *Du vol dans le droit Romain* Paris 1881 pag. 240. Non credo però esatta l'idea dell' Accarias. Se il fondamento della sospensione delle azioni reali fosse stato veramente quello di non recar danno alle cose singole, che compongono il tutto, e di non distruggere il valore della mano d'opera, invece che l'altro, dichiarato da noi, di non recar danno al tutto, e di non distruggere gli edifici e le vigne in ragione della loro particolare importanza economica (§. IV, §. XV), la sospensione delle azioni reali avrebbe dovuto essere estesa, e sarebbe certamente stata estesa per opera della giurisprudenza classica, dalla teoria dell'inedificazione a quella della congiunzione. Ma ciò non è stato fatto, come abbiamo veduto nel paragrafo X; e come ammette lo stesso Accarias. o. c. I n.º 255 pag. 510 nota 1; il quale consente nella teoria degli scrittori citati

da noi al §. X nota 1. Merita però di essere avvertita in rapporto al nostro tema la l. 7 D. de off. praes. 1, 18. Cf. anche De Freqnet *Traité El. de D. R.* I pag. 274: « Il y a là une idée » d'économie politique: on veut conserver les valeurs créés ».

3. Al §. IV nota 4. — Qualcuno ha pure avvertito le umili condizioni edilizie della città di Roma ai suoi primordi; e nondimeno ha creduto che i Decemviri potessero preoccuparsi del decoroso aspetto della città. Westemberg l. c. cap. I §. 19: « Licet enim » primis temporibus domus fere habuerint exiguas et humilia te- » cta, V. A. Donat. de Urbe Roma l. 1 c. 24. *Thesaur. Antiq.* » Cl. Graev. 3 pag. 552, pulchram tamen et decoram civitatis » faciem, quae aedificiorum cultu acquiritur l. 2 C. de praed. et » omn. reb. navic. 11, 3. Decemviris etiam curae fuisse, lex » eorumdem de jure parietum similesque de jure praediorum Ur- » banorum, dubitare non sinunt ». — Posto anche che la disposizione de tigno juncto sia stata creata dai Decemviri, non si può inferire dalle altre disposizioni, citate dal Wesembecio, che i Decemviri avessero a cuore il bello esteriore della città.

4. Al §. IV nota 6, — Importa avvertire, che il diritto di sciogliere e restituire il tignum, che spetta al possessore, non è soltanto limitato nel senso detto alla nota citata da scrittori, come il Voet, i quali riguardano la legge de tigno juncto come creata specialmente per pubblica utilità, ma anche da altri, i quali seguono in proposito la teoria del Donello; che cioè la legge de tigno juncto fosse creata specialmente a vantaggio degli edificatori. Cf. Vinnio l. c. al §. III nota 16 del nostro lavoro. — Westemberg l. c. cap. 2 §. 13 (cf. cap. 1 §. 17 e 18): « Sed hanc fuisse De- » cemvirorum mentem censemus; posse quidem aedificantem, si » commode et sine ulla ruina id fieri possit, tignum eximere » dominoque petenti restituere, sed si de eo conveniatur et solvere » nolit, necesse non habere ».

5. Al §. IV in f. — Come si può rilevare dal passo di Festo, citato nel paragrafo I, non che dagli altri passi delle Fonti ivi citati, la legge de tigno juncto era nel suo disposto letterale rivolta allo scioglimento (*ne solvito*); non alla rei vindicatio. Essa permetteva (è questo il vero senso della disposizione concepita in forma imperativa e apparentemente proibitoria) al possessore di non sciogliere; ossia di non restituire il tignum junctum al suo proprietario « *Qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis » junctum eximere cogatur* » l. 7 §. 10 D. de acq. rer. dom. —

§. 29 Inst. de rer. div. — La facoltà, accordata al possessore, di non sciogliere si risolveva naturalmente in un divieto, fatto al proprietario del tignum, di costringere in qualunque modo il possessore a sciogliere; ossia, di fronte al proprietario del tignum, in un divieto generico di scioglimento. Da questo indiretto e generico divieto veniva poi ad essere impedita la rei vindicatio (cf. *Bekker Aktionen* I pag. 226 nota 43); sia in quanto lo scioglimento avrebbe dovuto essere un fatto preparatorio della rei vindicatio anche nel periodo delle legis actiones (cf. Gaio IV, 17), sia in quanto lo scioglimento era il mezzo, col quale il possessore avrebbe potuto evitare la rei vindicatio e le relative conseguenze penali. Così la permissione di non sciogliere si risolveva in un divieto della rei vindicatio. Quando poi si credette necessario, almeno negli edifici, se non nelle vigne, di premettere un'azione di scioglimento (*actio ad exhibendum*) all'azione di rivendicazione, venne ad estendersi anche a questa la proibizione, che colpiva indirettamente la rei vindicatio. A questo divieto particolare dell'*actio ad exhibendum* credo si riferiscano le espressioni *sed interim id solvi prohibuit* l. 98 §. 8 in f. D. de solut. *neque solvere permittit* (neque vindicare) l. 1 pr. D. de tigno juncto. Ho già detto però che dalla disposizione de tigno juncto scaturiva un divieto generico di scioglimento; e a questo si riferisce il giureconsulto Paolo nella l. 6 D. ad exhibendum per dar ragione dell'esclusione dell'*actio ad exhibendum* — *nec ad exhibendum, quia lex XII tabularum solvi vetaret*. — Volendo dunque esattamente definire il tenore della disposizione de tigno juncto, non si dovrebbe dire, che la legge de tigno juncto *proibiva di sciogliere*: si dovrebbe dire, che la legge de tigno juncto permetteva al possessore di non sciogliere, venendo così a proibire al proprietario di costringere in qualunque modo a sciogliere, e così di agire con l'*actio ad exhibendum* e con la rei vindicatio.

6. Al §. V nota 3. — Cf. Voigt l. c. nota 27.

7. Al §. VI in f. — Qualche scrittore, prendendo alla lettera il principio falsamente applicato alla teorica della legge de tigno juncto — *ne urbs ruinis deformatur* — limita la sfera d'azione della detta legge nel senso, che se il tignum junctum avesse potuto esser tolto senza far rovinare l'edificio, la rei vindicatio fosse ammessa. Meischeider (l. c. Appendice di questo lavoro n.° 8). — Come abbiamo veduto, la legge de tigno juncto, anche secondo la interpretazione classica, mirava alla conservazione degli edifici nel-

l'interesse dei proprietari, non già ad impedirne la distruzione nell'interesse pubblico. Per conseguenza, il fatto della distruzione è il più grave, ma non il solo che la legge de tigno juncto ha voluto impedire: e errerebbe di certo chi interpretasse diversamente le espressioni — *ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur* — *ne aedificia rescindi necesse sit*. Anche quando i materiali possono esser tolti senza rovinare l'edificio, o senza distruggere l'oggetto unito, un danno all'edificio, considerato come un tutto che risulta dall'unione di più cose singole, vi è sempre; l'integrità del corpus connexum è sempre menomata; e volendo ovviare a questo danno nell'interesse del possessore dell'edificio, la sfera d'azione della legge de tigno juncto dovette avere quella vastissima comprensione, che abbiamo indicata. Il togliimento di qualunque oggetto unito all'edificio, che rientri nel concetto di esso, siccome ne attenta all'integrità, dovette essere impedito dalla legge; e in tal senso si esprimono le Fonti. Certo, chi ritiene che la legge de tigno juncto sia una disposizione di ordine pubblico, fondata sul principio — *ne urbs ruinis deformatur* — non può non accogliere l'opinione del Meischeider Cf. nota 6 §. IV e Appendice n.° 3.

8. Al §. VII nota 1. — Stabilisco qui in modo più esatto e completo quanto ho detto nella nota 1 al paragrafo VII, citando un luogo del Meischeider. Contro l'opinione del Sell, riferita nella detta nota, si pronuncia anche il Meischeider *Besitz* §. 19 pag. 111; quantunque per altri rispetti la trovi lodevole; in quanto cioè, il Sell è andato cercando un fondamento per poter riconoscere come ammissibile nel caso fatto da Labeone nella l. 30 §. 1 D. de usurp. la rei vindicatio e l'actio ad exhibendum; giacchè, secondo il Meischeider, non si può parlare di continuazione di usucapione, quando si ritiene, che le azioni reali sono sospese in virtù della legge de tigno juncto (Cf. nota 8 paragrafo XIX). È il modo, nel quale il Sell nel caso fatto da Labeone ha costruita la possibilità della rei vindicatio, e con essa la continuazione dell'usucapione, che al Meischeider non par giusto. Cosa dovremo pensare, seguendo l'opinione del Sell, se con l'aggiunta delle tegole si fosse appunto terminata la costruzione dell'edificio? Bisogna dunque battere un'altra strada, per giustificare, che nel caso fatto da Labeone avessero luogo le azioni reali. La disposizione de tigno juncto riposa, osserva il Meischeider, sul principio — *ne urbs ruinis deformatur*. — Gli edifici son protetti in quanto le azioni reali possono condurre alla loro rovina. Ora, se il danno, che può risentire un edificio dall'ac-

cordare l'actio ad exhibendum per certi materiali, può soltanto indugiare di pochi giorni il compimento di un edificio, in tal caso non ha applicazione il divieto della legge de tigno juncto. E questo è appunto, dice il Meischeider, il caso, di cui si occupa Labeone nella l. 30 §. 1 cit. — Cf. questa Appendice n.° 7, e ciò che ho detto nel paragrafo XX. — Contro l'opinione del Meischeider si è pronunziato anche il Randa (l. c. nella nota 1 del §. VII); pur mantenendo, che il principio, su cui riposa la disposizione de tigno juncto, è quello assegnato dal Meischeider.

9. Al §. VII nota 4. — Come il Pagenstecher: *Baron Pand. §. 126 (eine dauernde Trennung) Puchta Pand. §. 169 in f. (wenn sie nur vorübergehend)*.

10. Al §. VII nota 6. — L'opinione dell' Huschke vedo che è accolta anche dal Voigt l. c. Sono notevoli le seguenti parole, con le quali il Voigt vuol giustificare, come, a differenza di quanto avviene per i materiali congiunti a una vigna e disciolti per la potatura annua, trattandosi di materiali congiunti a un edificio e disciolti momentaneamente per riparazioni, si dia la rei vindicatio: « Questa proposizione si chiarisce con ciò che il più antico diritto non conosceva la inaedificatio come modo di acquistare la proprietà ». — Se il Voigt ha inteso significare che nel diritto romano l'inedificazione sia stata mai un modo di acquistare la proprietà (irrevocabile) di una cosa altrui, le parole suddette contengono un errore.

11. Al §. IX nota 1. — Strykio *Usus M. P. 47, 3.* — Lauterbach *Coll. Pand. 47, 3 §. 3.*

12. Al §. IX nota 4. — Accarias *Precis I n.° 256 pag. 612.* — Binding l. c. nota 12 del paragrafo XIX. — Rudorff o. c. §. 137: — Lenel o. c. §. 130. — Voigt l. c.

13. Al §. 10 nota 21. — Non è mancato chi ha rappresentato questa come una disposizione particolare della teoria dell'inedificazione; come una conseguenza della legge de tigno juncto. Keller *Pand. §. 132; e specialmente §. 117.* — Posto che nella congiunzione di cose mobili vi è acquisto di proprietà irrevocabile, tutte le volte che la separazione non può avvenire *senza danno* (Keller *Pand. §. 140*), non rimane, di certo, che rappresentare come una singolarità quello che vale per gli edifici.

14. Al §. XI nota 43. — Aggiungo: Strykio *Usus M. P. 47, 3; Accarias Precis I n.° 256.* Se, dice l'Accarias, il costruttore di buona fede è trattato con più rigore, quando il tignum è

furtivo, ciò dipende dal fatto, che la legge vuol proteggere più energicamente il proprietario derubato, che il proprietario semplicemente negligente; e anche forse dal fatto, che l'acquisto di una cosa rubata implica un difetto di vigilanza più grave, che il semplice acquisto di cosa altrui. — Come è notato nel §. XI in f., l'actio in factum della l. 23 §. 5 de rei vind. non è applicabile ai casi di inedificazione; ma se pur fosse, è certo che essa è azione pretoria e non legittima; di maniera che la legge de tigno juncto nell'opinione dell' Accarias e degli altri scrittori citati, non avrebbe accordato alcun compenso al proprietario dei tigna non furtiva. Molto meglio per questo rapporto certi Glossatori (v. §. XI nota 4), i quali credevano vi fossero due sorta di azioni de tigno juncto; una in duplum, e l'altra in simplum: se non che la duplicità dell'actio de tigno juncto non può dimostrarsi.

15. Al §. XI nota 45. — Aggiungo Binding l. c.; Rudorff l. c.

16. Al §. XII. — Il Westembergio l. c. cap. 1, 2, 3, tratta assai diffusamente della legge e dell'azione de tigno juncto. Anch'egli, come l' Hunnio, il Waechter, il Pagenstecher, distingue due sorta di azioni de tigno juncto: l'una penale contro il congiungitore in mala fede, l'altra repressoria contro il congiungitore di buona fede: *contra bonae fidei possessorem, seu eum qui bona fide junxit*, come egli si esprime (cap. 2 §. 3). Veramente notevole è quanto il Westembergio aggiunge (cap. 3 §. 1 e segg.) per chiarire il fondamento giuridico dell'una e dell'altra azione. L'actio de tigno juncto penale, *quae contra malae fidei possessorem locum habet*, nasce dal delitto; e in ciò il Westembergio è d'accordo con molti altri. « Sed, aggiunge il Westembergio, de actione de tigno juncto rei » persecutoria id dici nequit, quae neque ex delicto est, neque « quasi ex contractu. Quasi ex delicto adscribere eam videtur » Stryk..... Harrprecht aliique. Eo quod bonae fidei *possessor* » *culpa* reus est, quod non diligentius in qualitatem tigni inquisiverit, *quod jungi curavit*. Sed culpa haec in bonae fidei possessore saepenumero laevissima est, imo nulla, si scilicet in justo » errore versetur, qui jure nostro plene excusari solet.... Et si vel » maxime culpa levis vel levissima intercedat, non ideo tamen statim quasi delictum dici potest, ut pluribus demonstratum. Diss. » 5 cap. 4 §. 19 et segg. — Cum itaque actio haec de tigno juncto » rei persecutoria ad nullum ex ordinariis actionum et obligationum fontibus referri possit, et singularis aequitas, propter quam » haec actio introducta est ex dictis sit perspicua, variis ea causarum figuris cum aliis adscribenda videtur ».

17. Al §. XII nota 5. — Tre altri recenti scrittori considerano l'actio de tigno juncto come un'azione analoga a quella del furto: il Rudorff e il Lenel nei loro rispettivi lavori di restituzione all'Editto Perpetuo, e il Voigt in quello sulle XII Tavole. Il Voigt l. c. crede che l'actio de tigno juncto riguardi un caso speciale di non solenne conceptio furti (§. 139 V); l'actio de tigno juncto sarebbe una speciale actio furti concepti (*eine besondere actio furti concepti*) concepita, giusta il sistema delle XII Tavole, presso a poco così: *Tuis aedibus vineave tignum furti mihi ablatum aio junctum esse, quam ob rem te mihi rei qua de agitur, duplione damnum decidere oportet.* — Il Voigt non ha fatto altro, sebbene abbia voluto tralasciare di avvertirlo, che riprodurre la opinione del Cuiacio (*est quaedam actio furti concepti*); contro la quale ho detto abbastanza nel paragrafo XII. Mi piace avvertire che il Voigt dichiara esplicitamente che la legge de tigno juncto è una diretta limitazione del diritto di proprietà, creata nell'interesse dei possessori degli edifici: (e avrebbe potuto aggiungere, delle vigne; senza fare una distinzione, che può dar luogo a degli errori intorno alla natura della legge). Orbene, era necessario far vedere come ciò si concili con l'aver limitata la sfera d'azione della legge de tigno juncto ai soli tigna furtiva. Accogliendo l'opinione del Cuiacio, il Voigt avrebbe potuto anche pronunziarsi su quello che il Cuiacio lascia indeciso; se cioè l'azione sia diretta contro il possessore come tale o contro il possessore-congiungitore. Bensì la formula offertaci dal Voigt, in cui si parla di *tignum junctum aedibus tuis*, senza riferirsi in nessun modo alla persona che operava il congiungimento (come vien fatto comunemente dietro quello che apparisce dalla l. 1 de tigno juncto) fa supporre, che nel modo di vedere del Voigt l'actio de tigno juncto è diretta contro il possessore. Per gli altri due scrittori sopracitati la formula dell'actio de tigno juncto seguiva quelle del furto nel piano dell'Editto Perpetuo. Secondo il Rudorff l. c. §. 136, la formula dell'actio de tigno juncto era la seguente: *Iudex esto. Si paret N.^m N.^m tignum furtivum, quo de agitur, aedibus suis (vineae suae) scientem dolo malo junxisse, quanti ea res est, tantae pecuniae dupli N.^m N.^m A.^o A.^o c. s. n. p. a.* Il Rudorff è di coloro i quali ritengono erroneamente, che il congiungitore in mala fede si faccia reo di furto (v. nota 3 §. VIII); e che l'espressione tignum furtivum significhi tignum junctum mala fede (v. §. VIII in pr. e nota 10 §. XIII). — Seguendo un'opinione dell'Huschke (nota 48 §. XI),

accolta da altri (nota 45 §. XI e Appendice n.° 12), e da noi combattuta (§. XV alla nota 5), egli ha creduto, che lo sciens della l. 1 §. 2 de tigno juncto esprima una condizione a potere intentare l'actio de tigno juncto; invece che una condizione a potere intentare l'actio ad exhibendum. Del che è ripreso anche dal Lenel l. c. — Più decisamente del Rudorff ha posto in relazione la nostra azione con quelle del furto il Lenel. La formula dell'actio de tigno juncto, dice il Lenel (o. c. §. 130 cf. anche §. 2 in f.), doveva avere una grandissima somiglianza con l'actio furti nec manifesti. Anche la qualità di furtivum nel tignum doveva in qualche modo risaltare; difficilmente però essere esplicitamente indicata, malgrado possa sembrare altrimenti dalle ll. 1, 2 pr. del nostro titolo. Come avrebbe potuto dire Nerazio nella l. 63 de donat. inter v. et u.: *quamvis Decemviros non sit credibile etc.?* (cf. la nota 41 del §. IX). Ecco, forse, dice il Lenel, così: *S. p. N.^m N.^m tignum A.ⁱ A.ⁱ aedibus suis junxisse, quam ob rem N.^m N.^m pro fure damnum decidere oportet et rel.*: di guisa che il requisito della furtività sarebbe stato semplicemente una conseguenza delle parole *pro fure*. Con questa supposizione, aggiunge il Lenel, concorderebbe appunto che, siccome è noto, il requisito della furtività non è ricordato in una quantità di altri passi, che trattano della nostra azione; e che l'azione medesima è chiamata senz'altro actio de tigno juncto. — Nel mio modo di vedere, la supposizione del Lenel potrebbe esser presa in considerazione soltanto allora che egli ci avesse fatto vedere le ragioni, per cui un congiuntore (non in mala fede) di un tignum (che non era furtivo) deve esser considerato come ladro. Anche l'altra supposizione del Lenel (e altro non mi sembra, malgrado la citazione da lui fatta della l. 1 pr. §. 1 de tigno juncto) che le parole *tignum aedibus* (*vineis*) *junxisse* siano decisamente formulari, avrebbe bisogno di essere assodata dal punto di vista dogmatico. Che la formula dell'actio de tigno juncto venisse nell'Editto subito dopo quelle del furto è indotto soltanto dal posto, che occupa nelle Pandette il titolo de tigno juncto; ma anche se poggiasse sopra prove positive, non sarebbe sufficiente per stabilire che l'actio de tigno juncto avesse qualche relazione col delitto di furto.

18. Al §. XIII. — L'opinione dei Glossatori, del Fabro, del Pagenstecher, del Wesembecio (*), che l'actio de tigno juncto e-

(*) Sulla fine del §. XIII, dove è riepilogata l'esposizione analitica precedente, invece di **Wesembecio** è da leggersi **Noodt**.

sclude sempre la rei vindicatio a unione disciolta, è seguita anche dall' *Accarias Precis* I n.° 256 pag. 612 nota 3. La l. 2 de tigno juncto, secondo l' *Accarias*, si può spiegare in due maniere: o è all'actio furti, che Ulpiano ha fatto allusione (tigni furtivi nomine actum); o se è all' actio de tigno juncto, Ulpiano deve avere sottinteso, che l'attore fosse tenuto a restituire la metà della somma ricevuta in virtù della prima condanna (arg. dalla l. 9 §. 10 D. de furtis) *Desjardins* o. c. pag. 243 nota 2.

19. Al §. XIV nota 2. — Aggiungo l' *Accarias Precis* I n.° 256 pag. 611; il quale si esprime così: « Mais il est faux, malgré » l'affirmation absolue des Institutes, que le propriétaire des matériaux ne puisse jamais agir ni en revendication ni ad exhibendum: il le peut, lorsque le constructeur a été de mauvaise fois, » non sans doute que celui-ci possède (cf. nota 4 del §. XVI), » mais on le considère comme ayant perdu la possession etc. ». Non è esatto il dire che una proposizione generale è falsa, soltanto perchè è omissa di accennare una eccezione singolarissima, che vien fatta ad essa. Cf. l. 23 §. 6 D. de rei vind. 6. 1, ove Paolo avverte quella eccezione, che non è da lui avvertita nella l. 6 D. ad exhib.

20. Al §. XX nota 3. — Cf. *Voigt* l. c. nota 27.

21. Al §. XVII in pr. — Tutto ciò che abbiamo detto intorno ai motivi della legge de tigno juncto presuppone un' esecuzione naturale diretta alla cosa stessa (pubblica o privata), che tenga dietro al processo di rivendicazione. Trovo che il *Bekker Aktionen* I pag. 78 nota 3 argomenta appunto dalla legge de tigno juncto, per sostenere l' esistenza di un' esecuzione siffatta nel periodo delle legis actiones. Il *Bekker* non ammette neanche dubbio (selbstverständlich) che la proibizione di scioglimento colpisca soltanto l'attore, non il possessore (convenuto): il quale potrebbe benissimo, secondo il *Bekker*, quando gli paresse conveniente sciogliere e restituire (cf. §. III). Anzi piace al *Bekker* di accogliere l' idea, proposta da altri molti, di un' esecuzione diretta alla cosa stessa, ma privata. Vedi anche *Wetzell Vindicationprocess* pag. 121. Ma si domanderà, se nel periodo procedurale delle formule, quando divenne generale la condanna in denaro, abbia continuato ad aver vita quell' esecuzione diretta alla cosa, pubblica o privata che fosse, di cui abbiamo parlato: e se per conseguenza la legge de tigno juncto nel detto periodo non abbia, se non perduto affatto, scemato

assai d'importanza. Perduto affatto, no; perchè nella maggior parte dei casi doveva esser più vantaggioso al possessore il prestare il duplum del valore dei materiali, che esser condannato come contumace col giuramento in litem. E gli scrittori insistono sopra il costringimento indiretto alla restituzione della cosa, che doveva esercitare il giuramento in litem. **Wetzell** o. c. pag. 105. **Ihering Aufsätze** cit. I pag. 105. Scemato assai d'importanza, sì; perchè oramai sarebbe stato offerto dal sistema procedurale stesso un mezzo assai facile per ovviare una dannosa demolizione; quello di lasciarsi condannare, e condannati, pagare la prestazione giurata, divenendo così proprietari del tignum. Scemerebbero d'importanza anche certe teoriche giurisprudenziali, per cui è stabilita una perdita irrevocabile invito domino del diritto di proprietà (vedi §. X); le quali, prescindendo dagli ammenicoli logici, che servono loro di fondamento appariscono come sapienti limitazioni del diritto di proprietà. Soltanto nell'epoca imperiale sarebbe tornata a rivivere l'esecuzione diretta sulla cosa, che avrebbe per giunta ricevuto un carattere pubblico. Giacchè è positivo, e riconosciuto da tutti, che, nel diritto Giustiniano per lo meno, ha esistito un' esecuzione pubblica diretta alla cosa, come conseguenza di un processo di rivendicazione. Lo attesta la l. 68 D. de rei vind. 6. 1. Ed è necessario affermare che la detta legge ha subito un' interpolazione, per credere che anche nel periodo procedurale delle formole, prima dell'abolizione dell'ordo judiciorum privatorum, non si desse un' esecuzione pubblica diretta alla cosa. Infatti moltissimi scrittori, specialmente recenti, ritengono la detta legge come interpolata. **Savigny System V** pag. 123 e i citati dal Pellat o. c. ad l. 68 de rei vind. pag. 360 nota 1; **Wetzell** o. c. pag. 126 e segg. (mal citato dal Pellat o. c. pag. 374 nota 1); **Baron Pand.** §. 152; **Waechter Pand.** §. 114 Beil. 1 n.º II; e **Bethmann Hollweg Civilprocess** II pag. 698, il quale un tempo era stato di diversa opinione; e il **Burckard Operis novi nuntiatio** 1871 §. 39. (Questi ultimi due cit. dal Krüger nella 9ª ediz. delle Istituzioni del Puchta I §. 180 nota ss. Cf. Pellat o. c. pag. 374 nota 5). V. anche **Bechmann** o. c. pag. 76 e gli autori citati alla nota 53 del §. XVII. Invece moltissimi altri negano qualunque interpolazione. **Puchta Inst.** l. c. **Sell K.** o. c. pag. 366. **Maynz Cours** §. 119 nota 9. I pag. 180. **Pellat** l. c. e i citati dal **Wetzell** o. c. pag. 128 nota 1 e dal Pellat o. c. pag. 369 nota 2. — Il **Wetzell** o. c. pag. 121,

pur sostenendo che un' esecuzione diretta alla cosa nel modo descritto dalla l. 68 de rei vind. (*manu militari officio judicis*), non è conciliabile col sistema procedurale delle formule, e che per conseguenza la detta legge è da riguardarsi come interpolata; aggiunge però, che, cessato il sistema procedurale delle legis actiones, deve avere continuato a sussistere accanto al giuramento in litem quel mezzo di esecuzione diretto, che sussisteva innanzi; cioè la forza privata. Cosicchè la procedura formulare stessa avrebbe aumentati, invece che scemati, i mezzi per giungere al riacquisto della cosa nel processo di rivendicazione; e accresciuta in conseguenza, invece che scemata, l'importanza della legge de tigno juncto. La procedura posteriore, senza nulla innovare, non avrebbe fatto altro che dar maggior vigore ad un mezzo di già esistente. La quale opinione, se si deve escludere un' esecuzione manu militari officio judicis, a me sembra la più probabile. È noto che la condanna del contumace col giuramento in litem produce a favore di lui un acquisto di proprietà: « dominium statim ad possessorem pertinet: transegit enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit. L. 46 D. de rei vind. ». Pellat o. c. pag. 375 nota 1. Vangerow *Pand.* 332 nota 2 n.º III. Ora io ritengo inconciliabile col concetto del dominio romano che il possessore, qualunque sia, possa a suo piacimento (cf. Bechmann l. c.) invito domino diventare proprietario della cosa altrui; mentre questa è tuttavia sussistente e in grado di essere restituita (cf. il §. X e la l. 70 D. de rei vind.). La ragione, per cui la condanna col giuramento in litem fa acquistare la proprietà dell' oggetto litigioso al convenuto, è appunto quella, che essa suppone una volontaria abdicazione del dominio; il che è dimostrato anche dalla cauzione, imposta all' attore nell' ipotesi fatta dalla l. 47 D. de rei vind.: « si absens, tunc, quum possessionem eius possessor nactus sit, ex voluntate actoris. Et ideo non est alienum, non aliter litem aestimari a iudice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem eius rei non traditum iri ». Se queste parole si riferiscono al convenuto, che dopo la contestazione della lite cessava di possedere non in dolo (Vangerow *Pand.* l. c.; e altri), l'efficacia dell' argomento aumenta. Il Pellat l. c. osserva anche, che senza un' esecuzione diretta alla cosa (che nel modo di vedere di lui doveva esser pubblica) non si spiega la differenza giuridica, che sussiste tra la condanna del contumace e quella di colui che

cessò di possedere: non si spiega cioè, che mentre la condanna fa acquistare la proprietà al contumace, non la fa acquistare a colui che cessò di possedere. Ma forse si può replicare, che è differente il fatto, che l'uno e l'altro commettono a danno del proprietario. Il contumace, non restituendo la cosa, si obbliga a sborsare un compenso in denaro; colui che aliena in mala fede, e *nega poi di possedere o di aver posseduto o alienato in mala fede*, intende sottrarsi anche all'obbligo di dare un compenso.

Marzo-Settembre 1883.

