

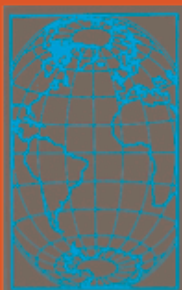
**ROMA E AMERICA**  
**COLLANA DI STUDI GIURIDICI LATINOAMERICANI**

**17**

*PERSONAE E RES*  
**SISTEMA ROMANO  
E DIRITTI ODIERNI**

*PERSONAE Y RES*  
**SISTEMA ROMANO  
Y DERECHOS ACTUALES**

A CURA DI  
**RICCARDO CARDILLI    ROBERTA MARINI    STEFANO PORCELLI**



 Wolters Kluwer

**CEDAM**

POTERI DEL *PATER FAMILIAS* E *DOMINIUM*.  
STORIA DI UNA DISCONTINUITÀ

RICCARDO CARDILLI

I. *Potere/i del pater come problema storico.*

1. *Il problema: Gans e Jhering.*

Non è casuale che il problema del significato della triade *potestas manus Mancipium* sia stato un punto nevralgico della comprensione della concezione romana del 'potere' soprattutto con la scuola storica, maturando una idea unitaria o plurale del potere ed in quest'ultimo caso, quale dei tre termini abbia rappresentato l'habitat di emersione della categoria del *dominium*. Ciò è da attribuire a due ragioni storiche autonome, ma interagenti tra loro: da un lato, l'interesse storico specifico per la determinazione della nascita della forma della proprietà privata e, dall'altro lato, la scoperta, nel 1816, delle *Institutiones* di Gaio, che non soltanto tramandano il trinomio *potestas manus Mancipium* (come già altre fonti esterne alla codificazione giustiniana), ma ne ricordano anche il regime differenziato.

Il contesto storico nel quale, nell'Ottocento, il protagonismo del tema della proprietà (*dominium*) condiziona gli studi in materia, è conseguente ad una sua rappresentazione in chiave derivata, ma oppositiva, con i poteri personali del *pater familias* (*potestas manus Mancipium*). Il problema si era posto fin dai Glossatori nella *interpretatio* alla lex '*post actiones*' (D. 6.1.1.2 Ulp. *l.16 ad edictum*)<sup>1</sup> rispetto alla possibilità di esercitare la riven-

---

<sup>1</sup> D. 6.1.1.1-2 ULPIANUS *libro sexto decimo ad edictum*. 1. *Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus quam his quae anima carent, et in his quae solo continentur*. 2. *Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cogni-*

dica su *personae liberae*, ma è nella età moderna che la questione della derivazione o della opposizione della proprietà privata dai poteri del *pater* assume uno straordinario protagonismo.

Nell'effervescente Cinquecento, infatti, con una costruzione sempre più patrimonialistica del dominio, si coglie in chiave oppositiva il dominio su cose e servi, e la potestà sui figli e discendenti. François Hotman esclude recisamente che la *potestas* sui figli possa considerarsi simile al *dominium* su *personae serviles* e *res*, contro la opposta posizione interpretativa di Cujas e Bynkershoek<sup>2</sup>. Il dibattito di età moderna presuppone, a differenza di quanto accadrà poi nella scuola storica, sempre un contesto di pensiero nel quale *potestas* e *dominium* sono percepite come categorie distinte poste però su un piano di contemporaneità storica.

Invece, nell'Ottocento tedesco, il rapporto tra dominio e potere personale del *pater* diventa 'il' problema storico per eccellenza, condizionato dal legame di esso con le ragioni storiche che avrebbero portato alla nascita della proprietà privata.

A seguire il dibattito emerso nei primi decenni dell'Ottocento, si subisce il fascino della scoperta che investe la scuola storica tedesca nella comprensione del diritto romano con il privilegiato occhiale delle *Institutiones* gaiane. Si deve ad un giovanissimo Eduard Gans, neolaureato e non ancora stregato dalla filosofia hegeliana della storia, una lettura nel 1821 del trinomio

*tion praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit 'filium suum' vel 'in potestate ex iure Romano' videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.*

Glossa ff *De rei vend. L. post actiones ad 'non petuntur'*: «*quia rei vindicatio datur ei qui dominus est de iure gentium vel civili ut J. c. in rem. sed ist(a)e liber(a)e person(a)e sunt vel non sunt in alicuius dominio. ergo non datur actio in rem, nisi adiecta causa ut subicit...*».

<sup>2</sup> FR. HOTMANI *Operum tomus tertius*, Genève, 1599, coll. 409-412 in particolare col. 411 (commentando il trinomio *manus potestas mancipium*); J. CUIACII *Tomus septimus vel quarti operum posterum, Comm. ad L. per hanc autem Dig. De rei vind.*, Neapoli, 1758, coll. 228-231 («*jus enim illud patriae potestatis, vel patronatus, est veluti proprietatis, quodam genere certe idem est quod proprietatis. est enim potestas idem quod proprietatis, proprietatis quoque est potestas*»); C. BYNKERSHOEK, *Opuscula varii argumenti*, Lugduni Batavorum, 1743, [Opusculum de jure occidendi, vendendi, et exponendi liberos apud veteres Romanos], 141 ss, in particolare caput I, 145 («*Originem patriae potestatis, quantacumque olim fuit, non aliunde repetendam existimo, quam ex iure domini. Liberi, aequae ac servi, in patris dominio, atque ita et commercio. Nec dubito, quin ea aetate, qua liberi vendebantur, fuerint res mancipi...*»).

*potestas manus mancipium*<sup>3</sup>, al termine della quale lo studioso si orienta per una sostanziale indistinzione concettuale delle varie situazioni potestative del *pater familias* espresse con i tre termini<sup>4</sup>.

È a Rudolph von Jhering che si deve la idea di sciogliere in chiave storica il problema colto da Gans. Nel primo volume del *Geist*, infatti, egli ipotizza una idea arcaica unitaria della *manus*, espressiva di un potere del *pater* che deriverebbe la sua fonte dalla *persönliche Tatkraft*, senza mediazione di riconoscimento da parte di un ordine giuridico superiore<sup>5</sup>. Questa idea sarà ripresa e ulteriormente approfondita da Riccardo Orestano nel suo corso di lezioni risalente al 1962-63 sui fatti di normazione<sup>6</sup>, nella prospettiva del ‘potere’ regio, in base al famoso testo di Pomponio (*l.s. ench. D. 1.2.2. «Initio civitatis... omniaque manu a regibus gubernantur»*). *Manus* e *potestas* sarebbero, quindi, secondo questa linea interpretativa inaugurata da Jhering, due idee antitetiche del potere, inconciliabili tra loro ed espressione di regimi giuridici non omogenei. Le linee del dibattito tra Gans e Jhering sembrano così segnare definitivamente la cornice del confronto storiografico successivo.

## 2. Bonfante, Mitteis, De Visscher, Grosso.

Ripercorrere questo dibattito, mi sembra utile non soltanto per evidenziare alcuni filoni interpretativi più ricchi di implicazioni di altri, ma anche per dare luce ai punti di vista più condi-

---

<sup>3</sup> E. GANS, *Scholien zum Gajus*, Berlin, 1821, *Dritte Scholie: Ueber potestas, manus, mancipium*, 138-177. Importante anche il primo (*Ueber Freiglassene und Manumissionen*), 25-84 e il secondo scolio (*Ueber väterliche Gewalt*), 85-137.

<sup>4</sup> E. GANS, *Scholien zum Gajus*, cit., 138-139 («le parole potestas e manus, assunte in generale, sono totalmente di eguale significato, fin quando si relazionino al potere che noi esercitiamo su un altro. Così si parla di potestas su uno schiavo, si parla anche di manus sullo stesso, e il modo attraverso il quale esce dal potere del padrone, si dice, in collegamento con quest’ultima parola, manumissio»); 140 («come la manus è un analogo del potere paterno, il mancipium è anche un analogo sulla signoria sugli schiavi»).

<sup>5</sup> R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig, 1866<sup>2</sup>, specialmente 107-114.

<sup>6</sup> R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 77 ss.

zionati dall'ideologia della forza attrattiva del modello proprietario, almeno al lettore del XXI secolo.

Un primo filone, che risale al giovanile studio monografico di Pietro Bonfante del 1888<sup>7</sup>, si concentra sulla individuazione storica di una possibile derivazione, funzionalizzante, dello schema del *dominium* dai poteri personali del *pater familias*. Da questo punto di vista, sembra prevalere l'idea che il modello archetipico per la maturazione tardo-repubblicana del dominio sia da riconoscere al *mancipium*, cioè al potere sulle *res Mancipi*, a prescindere poi se allo stesso sia o meno da riconoscere una

---

<sup>7</sup> P. BONFANTE, *'Res Mancipi' e 'nec Mancipi'*, Roma, 1888, 100-103 n.1; 313 ss., dove prevale l'ipotesi di una *vis attractiva* dell'idea della proprietà privata nel *mancipium*, che condiziona non prima degli anni '30 del Novecento gli studi successivi. Il lavoro di PIETRO BONFANTE non ebbe inizialmente un impatto significativo sugli studi successivi (si vd. al riguardo quanto sottolineato da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione degli 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, [Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo dell'Università di Roma - XLII] Milano, 1969, I, 74 e 74-77 n.126; più in generale si vd. anche IDEM, *A cent'anni dalle 'res Mancipi' di Pietro Bonfante*, in *Quaderni fiorentini*, XVII, 1988, 111-154; F. LAMBERTI, *Agli albori della «scienza romanistica» italiana: Scialoja, Bonfante e l'insegnamento del diritto romano nell'Italia unitaria*, in *La differenza e l'ostacolo. Scritti in onore di Raffaele De Giorgi*, I, a cura di L. NUZZO, S. TOMMASI, Napoli, 2021, 509-538, in particolare 525). Il giovanile studio monografico del Bonfante ha dalla sua il futuro e segna indebilmente uno spartiacque rispetto alle prospettive del diritto romano attuale della scuola storica e della Pandettistica. Da questo punto di vista, è altamente istruttivo il confronto col Corso sulla proprietà tenuto da Vittorio Scialoja nella Regia Università di Roma La Sapienza (corso risalente all'anno accademico 1885-86 e che, dopo numerose edizioni litografate, vedrà la luce in versione stampata soltanto nel 1933: V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà in diritto romano, Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante*, I, Roma, 1933, 242 ss.). Per Scialoja, infatti, la prospettiva è tutta orientata sul problema di come emerga la 'proprietà privata', partendo dall'idea di «un'intima connessione tra la proprietà e la libertà» (p. 261), tanto da definire la proprietà romana ricorrendo alla definizione di Fiorentino della *libertas* (D.1.5.4 pr.); sul rapporto tra libertà e proprietà in Savigny e il suo influsso in Vittorio Scialoja si vd. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, 18 ss. Negli studi successivi al Bonfante, soprattutto dagli anni Trenta del Novecento, si imprime una forte accelerazione ad un modello ricostruttivo in chiave storica che valorizzi le specificità del potere del *pater familias* in età arcaica, rispetto a quanto poi emerge in relazione al *dominium* dell'età classica. Con i successivi studi di F. DE VISSCHER, *'Mancipium' et 'res Mancipi'*, in SDHI. 2, 1936, 263 ss.; IDEM, *'Auctoritas' et 'mancipium'*, in SDHI. 22, 1956, 89 ss. si imprime, con sempre maggiore forza, una nuova consapevolezza rispetto alla ideologia che aveva condizionato l'Ottocento tedesco.

idea unitaria del potere personale del *pater familias* oppure una sua specifica declinazione rispetto alla categoria appunto delle *res Mancipi*. Il contributo di Pietro Bonfante di fine Ottocento, con gli sviluppi realizzati più di trent'anni dopo da Fernand De Visscher sono a tale riguardo emblematici. Entrambi, infatti, si focalizzano su quale potere del *pater* abbia rappresentato l'habitat elettivo per la maturazione dell'idea della proprietà privata, orientandosi, come detto, entrambi per il protagonismo dell'idea del *Mancipium* che si caratterizzava più della *potestas* e della *manus* per i propri contenuti di natura patrimoniale.

Questa idea trova rappresentazione efficacissima in alcune pagine di Giuseppe Grosso del 1944, tratte da un suo corso classico sui diritti reali, a mo' di conclusione del capitolo introduttivo:

«In questo senso noi possiamo dire che anche il *Mancipium* rientra nella storia della proprietà romana; e possiamo pure dire che anche il *Mancipium* è un'antica forma di proprietà, dando a questo termine un significato ampio e generico di attribuzione dell'oggetto, e comprendendovi sia un'attribuzione nel senso potestativo di una sovranità, sia una piena attribuzione di contenuto economico»<sup>8</sup>.

Si deve a Ludwig Mitteis una fugace ma poderosa precisazione dogmatica, che è altamente significativa del senso del possibile superamento della contrapposizione (teoria monistica o teoria pluralistica). Val la pena rileggerne la forza espressiva:

«Oggi noi pensiamo inizialmente alla capacità giuridica astratta del "soggetto giuridico" come data e poi componiamo la sua sfera giuridica a partire dal suo insieme di rapporti individuali, i romani invece pensano fin dall'inizio alla sfera giuridica come un tutto, di cui i singoli diritti soggettivi sono solo funzioni»<sup>9</sup>.

Secondo Mitteis, la monoliticità concettuale originaria (*Hausherrschaft*) sarebbe perfettamente acconcia al modello autarchico dell'economia agricola della famiglia arcaica. La diffe-

---

<sup>8</sup> G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944, 9.

<sup>9</sup> L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I. Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig, 1908, 73-74.

renziamento sarebbe la conseguenza della sempre più marcata funzionalizzazione dell'unico 'potere' del *pater*, sviluppo storico successivo, nel quale troverebbe espressione il trionfo *potestas manus mancipium*<sup>10</sup>.

### 3. I contributi di Max Kaser e di Edoardo Volterra.

Si deve a Max Kaser e a Edoardo Volterra una prima verifica della ipotesi ricostruttiva dell'idea unitaria del potere del *pater* (per lo più intorno al *mancipium*).

Max Kaser, pur condividendo la prospettiva di una idea unitaria del potere arcaico del *pater familias* (*Hausgewalt*), ritiene - con la forza d'impatto consueta delle sue interpretazioni sulle fonti - inconciliabile la descrizione gaiana del *lege agere sacramento in rem* (Gai.IV.16)<sup>11</sup> con una caratterizzazione di questo potere in chiave di assolutezza. L'*agere in rem* arcaico evidenzerebbe, infatti, una struttura 'relativa' del *meum esse ex iure Quiritium*, intendendo con ciò un'affermazione di priorità del vincitore della lite rispetto al controindicante, antitetica all'idea moderna dell'assolutezza del dominio. La teoria kaseriana del «*relatives Eigentum*»<sup>12</sup> incontra adesioni, ma anche forti critiche, connesse in particolare all'idea che nello scontro giudiziale

---

<sup>10</sup> L. MITTELS, *Römisches Privatrecht*, cit., I, 75 (*manus*); 75-76 (*potestas*).

<sup>11</sup> Gai. IV. 16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adduciae possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant; qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERAS; ille respondebat IUS FECI SICUT VINDICTAM INPOSUI; deinde qui prior vindicaverat, dicebat QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter ET EGO TE...*

<sup>12</sup> M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, [Forschungen zum römischen Recht 1. Abhandlung], Köln - Graz, 1942, cito dalla seconda edizione del 1956, che ristampa la prima mit *Nachträgen*, 1-3; 7-10; 16 ss.; 83-86; 364-365 (*Nachtrag zu § 2*); IDEM, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in ZSS.RA 68, 1951, 131 ss.; IDEM, *Über 'relatives' Eigentum im altrömischen Recht*, in ZSS.RA 102, 1985, 1 ss.

l'affermazione del vincitore è sempre relativa alla sola controparte. Sul punto torno nel contesto della mia ipotesi ricostruttiva.

La critica di Kaser alla 'assolutezza' resta ancorata storicamente all'età arcaica<sup>13</sup>, cogliendo a mio avviso nel profondo un dato dogmatico che getta luce alla complessità del contesto nel quale il trinomio *potestas manus mancipium*, se non originario, ha comunque preso forma nella storia del diritto romano, scuotendosi così definitivamente il paradigma liberale della proprietà. Sul punto torno nella parte sulla mia ipotesi ricostruttiva.

La critica di Edoardo Volterra si concentra, invece, sui profili di conflitto di regime che le fonti testimoniano tra *manus* e *potestas*<sup>14</sup>. All'interno della sua tesi sul rapporto distintivo tra *nuptiae* e *conventio in manum*, egli coglie, da un lato, due significati di *manus*, uno più antico ed uno più recente, e d'altro lato, una inconciliabilità di regime tra *manus* e *potestas* nelle fonti di natura giuridica.

«Nel linguaggio giuridico romano antico e in quello classico troviamo due espressioni, nelle quali è usata la parola *manus*, e che

---

<sup>13</sup> M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., V-VI: «Die Frage, nun, in welcher Weise eine solche relative Gestaltung des Eigentumsbegriffes auch im römischen Recht anzutreffen ist, hat man bisher noch nicht in den Mittelpunkt einer Untersuchung gestellt. Eine solche erscheint mir gerade heute reizvoll, da die Erneuerung unseres geltenden Rechtes darauf ausgeht, den Rechtsgründen des Eigentumserwerbes wieder größere Bedeutung beizumessen. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit seiner abstrakten Übereinung hat sie, mehr den Doktrinen seiner Schöpfer als überspitzen pandektistische Gedankengängen folgend, bekanntlich aus dem Eigentumserwerb grundsätzlich verbannt.». M. SCHERMAIER, *Dominus actuum suorum. Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht*, in *ZSS.RA*, CXXXIV, 2017, 49 ss., in particolare 88 ss., ha sottoposto a critica l'ipotesi kaseriana in una prospettiva innovativa, non stigmatizzando l'indebolimento dell'idea della absolutezza del dominio in Roma antica come la maggior parte degli autori che avevano criticato la tesi del maestro tedesco, ma evidenziando una concezione 'relativa' dell'appartenenza anche in età tardorepubblicana e classica, critica finalizzata a superare definitivamente la concezione liberale della proprietà. In sostanza, secondo Schermaier, alla tesi di Kaser andrebbe riconosciuta eccessiva prudenza nel limitare all'età arcaica l'idea relativa del potere del *pater familias*, conservando, così, la derivazione dal *dominium* dell'età classica dello *Eigentum* tedesco.

<sup>14</sup> E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»*, in *Atti della Accademia dei Lincei*, anno CCCLXIII, 1966, *Memorie (Classe Sc.mor.stor.filol.)* serie VIII. vol. XII, f.4, 1966, 251-355, [= in *Scritti giuridici*, cit., III, Napoli, 1991, 3-107].

designano due distinti istituti, *manus iniectio* e *conventio in manum*. ... con le parole *manus iniectio* si esprime l'atto materiale di *inicere manum*... *Manus* qui è usata nel significato originario della parola, volta ad indicare la parte anatomica del corpo umano. Nella seconda, invece, la parola *manus* è usata in senso traslato nel significato di un potere di una persona libera di sesso maschile su altre persone libere di sesso femminile»<sup>15</sup>.

«Il marito *filius familias*, nei confronti del quale la moglie compie la *conventio in manum* non acquista alcuna *potestas*; egli... è posto nella condizione giuridica di essere considerato padre legittimo della propria moglie: sarà questa condizione giuridica fittizia a far sorgere sulla donna la *patria potestas* del *pater familias* del marito»<sup>16</sup>.

La resistenza di regimi giuridici differenti tra *manus* e *potestas*, sebbene coniugata con uno sviluppo semantico del termine *manus* che non escluderebbe, quindi, la possibile esistenza di una signoria unitaria originaria del *pater*, conferma quanto meno una funzionalizzazione dell'esercizio del potere.

Ciò deporrebbe per una maturazione del trinomio (*potestas manus mancipium*), se non originaria, comunque da collocare in fasi antiche, conseguenza della attrazione delle differenze di regime in una specializzazione della terminologia.

#### 4. Il dibattito tra Filippo Gallo e Luigi Capogrossi Colognesi.

Va riconosciuto a Filippo Gallo, allievo di Giuseppe Grosso, e a Luigi Capogrossi Colognesi, allievo di Edoardo Volterra, di aver portato il dibattito scientifico sul problema a livelli molto alti di approfondimento, tanto da condizionare ancora oggi fortemente le nostre conoscenze in materia.

Gli studi del maestro torinese, che avevano preso esordio nel 1955 con un libro sul problema del trasferimento della proprietà, per poi affrontare nel 1958 la *divisio* ricordata da Gaio tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*<sup>17</sup>, prendono in esame, in un efficacis-

---

<sup>15</sup> E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»*, cit. 275 [= in *Scritti giuridici*, cit. III, 27].

<sup>16</sup> E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»*, cit. 343 [= in *Scritti giuridici*, cit. III, 98] Lo spaziato è mio.

<sup>17</sup> F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*,

simo saggio del 1956 apparso negli studi in onore di Pietro de Francisci, il problema della signoria del *pater familias* in età arcaica<sup>18</sup>.

Gallo dichiara di voler riprendere, approfondendola, l'ipotesi di Gans, ritenendo che «i vari poteri di natura patrimoniale e personale che vediamo accentrati nelle mani del *pater familias* in epoca classica (*manus, mancipium, potestas, dominium*), non costituissero alle origini che gli aspetti e le esplicazioni di un'unica e indistinta signoria»<sup>19</sup>.

La proposta ricostruttiva è fondata su due argomenti: la prima, di natura terminologica, secondo la quale «in epoca arcaica non si riscontrava alcuna differenza, nella denominazione, tra i vari poteri personali e patrimoniali del *pater familias*»<sup>20</sup>; la seconda, relativa al regime giuridico, attraverso cui sarebbe possi-

[Memorie dell'Istituto giuridico – Università di Torino serie II – Memoria XC. I] Torino, 1955; IDEM, *Studi sulla distinzione fra res mancipi e res nec mancipi*, [Memorie dell'Istituto giuridico – Università di Torino serie II – Memoria CII], Torino, 1958.

<sup>18</sup> F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 193-236.

<sup>19</sup> F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., 199 [lo spaziato è mio].

<sup>20</sup> F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., 200, esaminando dapprima alcune fonti sui poteri personali da p. 200 a p. 206 (Liv. 34.2.11: *maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt; in manu esse parentum, fratrum, virorum*; Liv. 3.45.2: *in ea, quae in patris manu sit, neminem esse alium cui dominus possessione cedat*; Cic. *pro Mur.*12.27: *mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt*; Tac. *Ann.*, 4.16: *sed data lex, qua flaminica Dialis sacrorum causa in potestate viri, cetera, promiscuo feminarum iure ageret*; D. 27.10.1 pr. Ulpianus libro primo ad Sabinum: *Lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum*; D.14.4.1.4 Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum: *Potestatis verbum ad omnem sexum, item ad omnes, qui sunt alieno iuri subiecti, porrigendum erit*) e poi, quelle relative ai beni economici, da 206 a 214 (dove l'argomento più saldo è fondato sulla statuizione decemvirale Tab.-V.7a: *SI FURIOSUS ESCIT, ADGNATUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EIUS POTESTAS ESTO*, dalla quale dedurre l'attraibilità anche delle *res nec mancipi* (*in pecunia... eius*) alla *potestas*, dato che è messo in rapporto – dallo stesso Gallo – alle statuizioni decemvirali sull'eredità *ab intestato*, nelle quali l'uso significativo del termine *familia* irriferribile ai soli elementi patrimoniali (ed inclusiva di quelli personali).

bile concludere che «nel periodo arcaico l'ordinamento giuridico valutava le persone e le cose sotto un profilo rigidamente unitario»<sup>21</sup>.

A conclusione dell'iter argomentativo, Filippo Gallo afferma che:

«se l'ordinamento arcaico valutava sotto un unico profilo le varie esplicazioni potestative del *pater familias*, se sulla rilevanza giuridica di tali esplicazioni non esercitava alcuna influenza la diversa natura degli oggetti sui quali esse cadevano, ciò implica necessariamente, a nostro avviso, che tale ordinamento in origine non configurasse le esplicazioni medesime quali figure autonome di diritto, bensì quali semplici atteggiamenti di uno stesso e indistinto potere»<sup>22</sup>.

In Filippo Gallo, la forza critica alla tesi di Bonfante e alla proposta elaborata dal De Visscher mira a scardinare l'idea che possa sostenersi una identificazione o una derivazione tra *mancipium* arcaico e proprietà privata, optando per l'impossibilità di costruire una linea di sviluppo (che Gallo coglie in senso di involuzione) storicamente accertabile tra età arcaica e età classica. Questa signoria originaria, inconciliabile con la proprietà classica, sarebbe caratterizzata nel senso di un «potere personale»<sup>23</sup>.

Aspetto relevantissimo della costruzione di questa signoria sarebbe:

«l'originaria concezione dell'indipendenza dei soggetti intesa non tanto, o almeno non solamente, nel senso negativo dell'assenza di vincoli di assoggettamento all'altrui *potestas* nei confronti di una determinata persona, quanto piuttosto nel significato positivo della titolarità di un potere di un soggetto sopra la sua persona, dell'appartenenza di un soggetto a sé medesimo, come da un lato pone scultoreamente in luce l'uso delle espressioni *sui iuris* o *suae potestatis* per esprimere siffatta appartenenza, e dall'altro lato appare insito nella facoltà, consentita al *pater familias*, di sottoporre anche la propria persona alle stesse forme negoziali e processuali cui poteva sottoporre gli altri elementi in suo potere...Riflessi di

---

<sup>21</sup> F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., da p. 215 a p. 225 (gli istituti presi in esame sono *usus/usucapio*, *in iure cessio*, *mancipatio*, *traditio*, *vindicatio*, *furtum*).

<sup>22</sup> F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., 217.

<sup>23</sup> F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., 229

questa concezione, e quindi come elementi a suo sostegno, sia l'idea riferita dell'indipendenza quale potere sopra la propria persona, che la configurazione originaria... del trasferimento a titolo singolare quale passaggio di cose o persone dall'una all'altra sfera signorile, dalla soggezione ad una alla soggezione ad altra potestà»<sup>24</sup>.

Di contrappunto allo studio di Filippo Gallo, che riproponeva su basi più salde la tesi della signoria unitaria del *pater familias* in età arcaica su *res* e *personae*, esce nel 1969 il primo volume dell'ampio studio monografico di Luigi Capogrossi Colognesi sulla struttura della proprietà e la formazione dei *iura praediorum*<sup>25</sup>. In esso viene dedicata un'ampia parte al riesame del problema del rapporto tra poteri del *pater* in età arcaica e nascita del *dominium* in età classica. Sebbene la prospettiva dello studio sia orientata a verificare la complessa rappresentazione che le fonti danno dei poteri del *pater* in età arcaica, non riconoscendovi alcun habitat privilegiato per l'emersione dell'idea di proprietà privata in termini di *dominium*, le conclusioni del maestro romano colgono una soluzione della continuità tra poteri del *pater* e categoria classica del *dominium*.

Pur non potendo dar conto, in questa sede, della ricchezza dei materiali esaminati e degli spunti e suggestioni proposte, ritengo illuminante la dialettica che viene instaurata da Luigi Capogrossi Colognesi tra il valore unitario della *vindicatio*, espresso nella formulazione omogenea del *meum esse aio ex iure Quiritium*, e la complessità della configurabilità dei poteri così tutelati.

«è nostra convinzione, infatti, che l'affermazione sostanziata nel *meum esse aio ex iure Quiritium* fosse sufficiente... a indicare la titolarità delle varie potestà attribuite al *pater familias*. Questo peraltro non significa che tali poteri fossero essi stessi configurati in modo unitario...»<sup>26</sup>.

«l'esistenza stessa di più vocaboli atti a designare le potestà del *pater* - ... ci riferiamo a *manus*, *potestas* e *mancipium* - piuttosto

---

<sup>24</sup> F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., 230.

<sup>25</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I.

<sup>26</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, 262.

che testimoniare l'unitarietà dei poteri, ne attesta una diversificazione risalente almeno all'epoca in cui essi entrarono in uso»<sup>27</sup>.

Un'altra fondamentale proposta interpretativa di Luigi Capogrossi Colognesi è quella connessa al problema che aveva portato Kaser – come abbiamo visto – a parlare di *relatives Eigentum*:

«Anche la *mancipatio* e la *in iure cessio* presentano infatti uno schema analogo a quello della *legis actio*: schema mediante il quale un dato ordine non viene già restaurato ma affermato. Anche qui noi quindi ci troviamo di fronte ad una linea di sviluppo simile (benché non identica) a quella della *legis actio*: esistenza di un dato ordine – crisi di questo e affermazione di un nuovo ordine – intervento di un meccanismo mediante il quale quest'ultimo si sostituisce pacificamente al precedente e, contemporaneamente, si identifica nell'ordine oggettivamente inteso»<sup>28</sup>.

Al di là della ulteriore questione della emersione di una innovativa terminologia dal II secolo a.C. (quella del *dominium* e della *possessio*; su cui vd. prossimo paragrafo), la discussione qui ricordata tra Filippo Gallo e Luigi Capogrossi Colognesi – anche sviluppandosi in alcune repliche successive<sup>29</sup> – rappresenta il definitivo superamento di una lettura storicamente orientata in chiave di 'evoluzione' e 'derivazione', aprendo così nuove significative prospettive alla ricerca storica, creando un habitat più favorevole alla destrutturazione delle precomprensioni che, su categorie così profondamente innervate nel nostro io giuridico, condizionano la percezione in materia.

---

<sup>27</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, 263, per poi approfondirne l'uso e il significato 279-281 (*manus*), 282-287 (*potestas*), 288-348 (*mancipium-mancipatio*).

<sup>28</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, 382-383 [lo spaziato è mio].

<sup>29</sup> F. GALLO, 'Potestas' e 'dominium' nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo* 16, 1971, 17-58; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR.* LXXIII, 1970, 357 ss.; F. GALLO, *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, in *Poteri negotia actiones nella esperienza romana arcaica. Atti Copanello 1982*, Napoli, 1984, 29-52; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, in *Poteri negotia actiones*, cit., 53-76.

II. *La mia proposta interpretativa*: potestas manus mancipium nei mores e interpretatio pontificum del meum esse ex iure Quiritium.

1. *Potestas manus mancipium*.

Fondative della nostra tradizione giuridica in chiave genealogica sono le categorie del *dominium* e della *possessio*, che rappresentano il polo terminologico di riferimento della tradizione romanistica fino ai Codici civili moderni della rappresentazione del rapporto *persona-res* in chiave di titolarità o di uso<sup>30</sup>. Esse, sconosciute al latino giuridico arcaico, sono costruzioni innovative di termini chiave che la grande giurisprudenza romana del II-I secolo a.C. enuclea sui contenuti ereditati dal diritto arcaico. Sul punto rimando al § 4.

Le innovative categorie tendono, con immagini linguistiche che ne evocano il significato, ad esprimere idee del rapporto tra *persona* e *res* in chiave antropocentrica, dall'umano al reale. *Dominium* evoca l'immagine del *pater familias-dominus*, cioè del signore della *domus*<sup>31</sup>. *Possessio* evoca l'immagine dell'effettiva insistenza fisica della persona umana sulla cosa (*sidere*) da una posizione di preminenza (*potis*)<sup>32</sup>.

Di contraltare, la terminologia arcaica non è attratta dal ruolo o dalla posizione della persona umana rispetto alla cosa, dalla

---

<sup>30</sup> Più tardo, ma sempre classico, l'uso di *proprietas*, quale sinonimo di *dominium*, termine che avrà una straordinaria resistenza nelle lingue romanze e germaniche, sia come calco terminologico (*proprietas*, *propriété*, *propriedad*, *propriedade*, *property*), sia come calco semantico (*Eigentum*, *свойство*).

<sup>31</sup> D.50.16.195.2 Ulp. l.46 ad ed.: *...pater autem familias appellatur, quamvis filium non habeat*.

L'uso di *dominium*, così come anche di *possessio*, nella forma scritta di *dom(i)num* e *pos(s)essio* è presente nella *lex agraria epigraphica* del 133 a.C. *Erus* è la terminologia arcaicizzante ancora rappresentata dalla *lex Aquilia* nel 286 a.C. (D. 9.2.11.6 Ulpianus 18 ad ed.: *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino*). *Dominus* è ampiamente attestato in senso tecnico nel *de agri cultura* di Catone il Censore, mentre le prime attestazioni di *dominium* in base alle fonti in nostro possesso, si devono a Quinto Mucio Scevola, Servio Sulpicio Rufo, Alfeno Varo e Labeone. Si vd. infra, prossimo paragrafo.

<sup>32</sup> D. 41.2.1 pr. Paulus l. 54 ad ed.: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt*. Si vd. sulla testimonianza G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto 'uti possidetis'*, in AUPA XLIV, 1996, Palermo, 102 ss.

sua relazionalità, ma dalla forma evocativa e dal contenuto del potere esercitato. Le forme linguistiche arcaiche – a differenza di quelle tardorepubblicane del *dominium* e della *possessio* – sembrano porsi dal punto di vista della comunità, che da fuori guarda al potere concretamente esercitato nella comunità familiare da parte del *pater familias*. Ciò trova conferma oltre che nella terminologia, anche nella fondamentale immagine del *pater familias* quale *sui iuris* o *suae potestatis*, immagine che evidenzia la natura antitetica della prospettiva romana rispetto al paradigma individualistico della soggettività giuridica moderna<sup>33</sup>.

A tale riguardo, assume in ogni caso significato la complessità della terminologia.

Da un lato, infatti, termini come *potestas manus mancipium* sono presenti nel lessico decemvirale.

*Potestas* compare nella statuizione relativa al *furiosus* (Tab.V.7a: *si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*; Tab.V.7b: *ast ei custos nec escit*)<sup>34</sup>. Il confronto tra la *potestas in eo pecuniaque eius* in un contesto nel quale si ricerca funzionalmente una forma archetipica di *cura* di un soggetto *sui iuris* divenuto *furiosus*, con la costruzione del *familiam habere*, nell'ambito della successione dell'agnato prossimo e in assenza di questi dei gentili del defunto, morto senza *suus heres*, impone una ponderazione della differenza terminologica.

Non è casuale che proprio la prima, che statuisce al di fuori,

---

<sup>33</sup> Fondamentale F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., 230. Ulteriori importanti approfondimenti della concezione romana, sulla quale tende a sovrapporsi una ideologia proprietaria ed individualistica dall'età moderna, in G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, I, Milano, 1984, 9 ss.

<sup>34</sup> Tab. V.3: *UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SVAE REI, ITA IUS ESTO*. Tab. V.4 *SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO*. Tab. V.5 *SI ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO*. ... Tab. V.7a *SI FURIOSUS ESCIT*, <Tab. V.7b *AST EI CUSTOS NEC ESCIT*>, *ADGNATUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EIUS POTESTAS ESTO*. ... Sui problemi, spinosissimi, relativi alla restituzione del testo decemvirale relativo al *furiosus*, si vd. O. DILIBERTO, *Studi sulla origine della 'cura furiosi'*, Napoli, 1984, 11 ss.; IDEM, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, Cagliari, 1992, 97 ss.; F. ZUCCOTTI, *Il 'custos' nel diritto romano arcaico. Considerazioni sistematiche e prospettive di ricerca circa la situazione degli incapaci ed il sistema successorio nella normazione decemvirale*, in *Rivista di diritto romano*, IX, 2009 [<https://www.le-donline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano09zuccotti.pdf>].

per così dire, di un contesto ‘potestativo’ paterno una *potestas* esercitata da agnati o gentili sul *pater furiosus*, sia stata invocata quale prova della originaria concezione unitaria del potere del *pater familias* romano<sup>35</sup>. Va rilevato, però, ad integrazione della lettura di Filippo Gallo, che proprio il confronto tra l’immagine di una *in eo pecuniaque eius potestas esse* degli agnati e dei gentili rispetto al *pater furiosus* e quella molto diversa del *familiam habere* dell’agnato prossimo o dei gentili in caso di *pater intestatus* senza *suus heres*, depone più per la inconciliabilità delle due forme espressive in considerazione del diverso contesto problematico nel quale esse ricorrono. La netta differenza tra le due ipotesi è data, a mio modo di vedere, dalla presenza o meno in vita di un soggetto *sui iuris/suae potestatis*. Nel caso (quello successorio), il *pater familias* è morto e con lui la sua *potestas*. In assenza del *suus heres*, cioè di colui che in qualità di *filius/filia in potestate* al momento della morte, sarebbe l’unico soggetto a divenire *sui iuris*, il *familiam habere* si dimostra perfettamente acconcio ad esprimere una idea di appartenenza della *familia* del *de cuius* all’agnato prossimo o ai gentili non in chiave potestativa<sup>36</sup>. Al contrario, nel caso del *pater furiosus*, è indubbia l’esistenza del *sui iuris*, né sulla statuizione decemvirale va proiettata l’idea della (in)capacità soggettiva moderna. Proprio l’inderogabile esistenza (e resistenza) della *potestas* in vita è la precondizione concettuale della stessa idea archetipica della ‘curatela’ del *furiosus* (fondamento romano dei diritti odierni, distinto dall’altro fondamento, quello della tutela degli impuberi e delle donne). Come il *pater* stesso esercita su sé medesimo la sua *potestas*, così in caso di *pater furiosus* è la sua *potestas* ad essere presa in cura dagli agnati o dai gentili, che appunto non la acquistano, né tantomeno ne divengono titolari, ma la ‘custodiscono’ e la ‘curano’ fino al rinsavimento o alla morte del *sui iuris*<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Si vd. al riguardo F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., 212.

<sup>36</sup> Sull’importanza della costruzione al plurale in relazione ai *gentiles*, si vd. F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma, I. Dalla società gentilizia alle origini dell’economia schiavistica*, Napoli, 2006, 411 ss.

<sup>37</sup> D’altronde, le fonti attestano espressamente che il *pater furiosus* conserva la propria *potestas* sui figli (D. 1.6.8 pr.-1 Ulpianus *l. 26 ad Sab.: Pater furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt: idem et in omnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate. nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi*

Una ulteriore prova, se ve ne fosse bisogno, della *potestas* come potere personalissimo.

*Manus* ricorre in più luoghi, sia in ambito di *lege agere* con la *manus iniectio*<sup>38</sup> e il *manum conserere*<sup>39</sup>, sia in materia di *in manum convenire*<sup>40</sup>, sia in materia di uccisione involontaria e di *furtum*<sup>41</sup>. Resta al riguardo valida l'idea di un possibile sviluppo

---

*quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate. quare non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt. sed et si in furore agente eo uxor concipiat, videndum an in potestate eius nascatur filius: nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest: quod cum ita se habeat, in potestate filium habebit. proinde et si furiosa sit uxor, ex ea ante conceptus in potestate nascetur: sed et in furore eius conceptus ab eo qui non furebat sine dubio in potestate nascetur, quia retinetur matrimonium. sed et si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus: nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque. / Adeo autem retinet ius potestatis pater furiosus, ut et adquiratur illi commodum eius, quod filius adquisiuit.).*

<sup>38</sup> Tab. III.2: POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO.

<sup>39</sup> Tab. VI.5a: SI QUI IN IURE MANUM CONSERUNT TIGNUM IUNCTUM AEDIBUS VINEAVE SEI CONCAPIT NE SOLVITO . . . . DUPLIONE . . . QUANDOQUE SARPTA, DONEC DEMPTA ERUNT. Si vd. al riguardo, M. VARVARO, 'Manu(m)' *conserere* e 'omnibus verbis vindicare' (Gell. 20.10.7), in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, 267 ss.

<sup>40</sup> Gai. I. 111: *Lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet usu in manu mariti convenire, ea quotannis trinocitio abesset atque eo modo cuiusque anni [usum] interrumperet.*

<sup>41</sup> Tab. 8.24a: SI TELUM MANU FUGIT MAGIS QUAM IECIT... Tab. Gai.III. 189. *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber uerberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem seruius efficeretur ex additione an adiudicati loco constitueretur, ueteres quaerebant. in seruum aequae uerberatum animaduertebatur. sed postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est. Gai. III. 184-185: Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, apprehenditur. alii uero ulterius, quod eo loco apprehenditur, ubi fit, uelut si in oliueto oliuarum, in uineto uuarum furtum factum est, quamdiu in eo oliueto aut uineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. alii adhuc ulterius eo usque [...] manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens uisus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et illorum sententia, qui existimauerunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non uidetur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit; quod eo pertinet, quia saepe in aliis ciuitatibus surreptas res in alias ciuitates uel in alias prouincias destinant fures perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant. 185. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quae diximus, intellegitur. nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.*

semantico, che dall'immagine naturalistica espressiva di una parte anatomica del corpo umano, con grande valore relazionale antropocentrico rispetto alla realtà naturale, ne abbia anche assunto il senso di 'potere' esercitato<sup>42</sup>.

Di *mancipium* si parla in Tab.VI.2: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, sebbene in questo caso la parola non indichi il potere, ma il *gestum* della *mancipatio*.

A tale rappresentazione linguistica già complessa nelle XII Tavole, né identitaria, né ordinata, sta di contrappunto una rappresentazione in termini di elenco, sempre secondo l'ordine *potestas manus mancipium*, in fonti esterne alla codificazione giustiniana (nelle *Institutiones* di Gaio, nei *Tituli ex corpore Ulpiani* e nei *fragmenta Vaticana*), con finalità di trattazione differenziata del regime a loro corrispondente, nella parte dedicata alle *personae* o alle *res*<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»*, cit., 275 [= p. 27].

<sup>43</sup> Per le *Institutiones* di Gaio, *Gai* I. 48: *Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae. 49. Sed rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. 50. Videamus nunc de iis, quae alieno iuri subiectae sint: Nam si cognoverimus, quae istae personae sint, simul intellegemus, quae sui iuris sint. 51. Ac prius dispiciamus de iis, qui in aliena potestate sunt. 52. In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est: Nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. 53. ...: Male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio. 54. Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: Nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur. 55. Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. ... Gai. I. 108. Nunc de his personis videamus, quae in manu nostra sunt. Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. 109. Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt. ... Gai. I. 116. Superest, ut exponamus, quae personae in mancipio sint. ...125. Ac prius de his dispiciamus, qui in potestate sunt. 126. Et quidem servi quemadmodum potestate liberentur, ex his intellegere possumus, quae de servis manumittendis superius exposuimus. 127. Hi uero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit; nam mortuo patre sane omni modo filii filiaeve sui iuris efficiuntur; mortuo vero avo non omni modo nepotes nepesve sui iuris fiunt, sed ita si post mortem avi in patris sui potestatem re-*

Il trinomio *potestas manus mancipium* è con alta probabilità attestato già nel III sec. a.C. La ricorrenza è sicura nel commento del giurista Paolo alla *lex Cincia* del 204 a.C. (*Vat.* 300: *Item [Paulus libro LXXI ad edictum, ad Cinciam]. Excipiuntur et ii, qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt.*), mentre è probabile, in base alla tradizione manoscritta, nei *verba legis*. Il ms. del *codex Vaticanus* 5766 attesta *mmniove* sciolto con *matrimoniove* (*Vat.* 298: *...sive quis in alterius potestate matrimoniove erit*). La pro-

---

*casuri non sunt. .... 132. Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate: Lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: 'Si pater ter filium venum duit a patre filius liber esto'. Eaque res ita agitur: Mancipat pater filium alicui; is eum vindicta manumittit: Eo facto revertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similiter vindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris revertitur; tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur) eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii. 134. Praeterea parentes etiam liberos in adoptionem datos in potestate habere desinunt. Et in filio quidem, si in adoptionem datur, tres mancipationes et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur, aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is, qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est: sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis, seu masculini seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. ...137. \* desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur. ...138. Ii, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt. Gai. II.22: Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae...*

Per i *Tituli ex corpore Ulpiani*, Ulp.V.1: *In potestate sunt liberi parentum ex iusto matrimonio nati*. Ulp. VIII.1: *Non tantum naturales liberi in potestate parentum sunt, sed etiam adoptivi*. Ulp. IX: *DE HIS QUI IN MANU SUNT: Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus X praesentibus et sollemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur*. Ulp. X. *QUI IN POTESTATE MANCIPIOVE SUNT QUEMADMODUM EO IURE LIBERENTUR*.

Per i *Fragmenta Vaticana*, *Vat.*300: *Item [Paul. libro LXXI ad edictum, ad Cinciam]: Excipiuntur et ii, qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt, e se si accetta l'emendamento di Wenck accolto da Mommsen (vd. infra n.63), il trinomio sarebbe presente anche nel § 298: ... sive quis in alterius potestate manu mancipiove [matrimoniove] erit, qui eos hac cognatione attinget quorumve is in potestate manu mancipiove erit, eis omnibus inter se donare capere liceto.*

posta di emendare l'abbreviazione *mmniove* in *manu mancipiove*, dovuta a Karl Friedrich Christian Wenck [1784-1828], è seguita da Theodor Mommsen nella sua edizione critica dei *fragmenta Vaticana*, in base all'argomento sostanziale che si trae proprio dal § 300. A mio modo di vedere questa resta ad oggi la soluzione preferibile<sup>44</sup>.

La terminologia *potestas manus mancipium*, sebbene non sia di per sé una prova per escludere in età arcaica una concezione unitaria dei poteri del *pater familias*, esprime una costruzione complessa che accomuna in un solo ordine di trattazione il regime giuridico delle *personae alieni iuris*. La rappresentazione pluralistica dei poteri del *pater familias*, quindi, è qualcosa che il sapere giurisprudenziale tardorepubblicano eredita da un archetipo più antico, un ordine di trattazione che affiancando in un elenco *potestas manus mancipium* ed i conseguenti regimi giuridici di costituzione ed estinzione del potere, difficilmente può considerarsi il precipitato casuale di un alluvionale avvicinamento. L'affiancamento in un ordine di elenco presuppone la maturazione di una lettura armonizzante, ma non omologante, nella quale minimo comun denominatore concettuale è proprio lo stato *alieni iuris* di persone presenti nella *familia*. La resistenza terminologica nel tempo di una differenziazione all'interno del genus *alieni iuris* (*potestas manus mancipium*) depone con evidenza più per una sua marcata antichità (al di là del fatto che essa sia o meno originaria, ma questo è altro problema), priorità storica rispetto alla successiva (ma non, come già detto, derivata da uno di questi poteri) enucleazione tardorepubblicana della categoria del *dominium*, avvalorata dalla successiva scomparsa nel lessico giuridico di *manus* e *mancipium*<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> K. FR. CHR. WENCK, *Editoris praefatio*, in CHR. G. HAUBOLD, *Opuscula academica, exempla a defuncto recognita*, Lipsiae, 1825, XXXVIII-XXXIX; TH. MOMMSEN, *Vaticana fragmenta*, in *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum*, edd. P. KRUEGER, TH. MOMMSEN, G. STUEMUND, III, Berlin, 1890, 96 (§ 298 e §300). Il dubbio sulla fondatezza dell'emendamento mommseniano del testo della legge, sollevato da F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960, 62-63, non ha trovato adesione nella critica di M. TALAMANCA, *Donazione possessoria e donazione traslativa*, in BIDR. LXIV, 1961, 249 ss., in particolare 279-281 nt. 73 e nella lettura di E. VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla «conventio in manum»*, cit., in particolare 276-277 nt. 60 [= *Scritti*, cit., 28-29, nt. 60].

<sup>45</sup> J. GAUDEMET, *Observations sur la 'manus'*, in RIDA. 2, 1953, 323-353.

Ciò spinge a pensare ad un dato artificialmente ottenuto, conquista della *interpretatio* pontificale<sup>46</sup>.

*Potestas manus mancipium* potrebbero, quindi, esprimere più che formulazioni terminologiche eterogenee dello stesso potere del *pater familias*, tre idee del ‘potere’ diverse, rappresentative di una sensibilità giuridica non omogenea.

I profili di complessità del problema del potere del *pater* emergono non soltanto in chiave terminologica, ma anche concettuale, almeno in base alle fonti in nostro possesso. Ciò implica che, se pur eventualmente esistente una idea originaria unitaria della signoria del *pater*, essa debba necessariamente collocarsi su strati molto profondi della cultura italica, e che la differenziazione sia già presente negli ordini familiari delle comunità che fondano Roma. Le fonti, infatti, ancora ricordano regimi giuridici che hanno profili di collisione tra loro, problema storico significativo nella costruzione di un diritto comune dei *cives* che abbisogna sforzi interpretativi per armonizzarne i contenuti.

*Potestas*, da *potis* e *posse*, è rappresentativa di una visione verticale del potere vista dalla prospettiva comunitaria<sup>47</sup>. È una versione del potere unidirezionalmente orientata dall’alto verso il basso, senza che l’oggetto verso cui si indirizzi tale potere (sia esso cosa o persona) incida sulla natura del potere stesso. L’idea di fondo è quella rappresentativa – agli occhi di chi guarda dal di fuori la comunità familiare – di una poderosa signoria sulla *familia proprio iure*, non implicando necessariamente il rilievo né di contenuti patrimoniali, né di contenuti di insistenza spaziale. L’idea del ‘potere’ espressa dalla *potestas* può essere perfettamente coerente sia a culture stanziali, che a culture nomadi.

*Manus* esprime, invece, una diversa idea di potere, quale concreta espressione naturale di una sfera di controllo sulla realtà, evocata dal valore simbolico della ‘mano’<sup>48</sup>. Si tratta di un uso metonimico connesso ad una idea di forza naturale dell’es-

---

<sup>46</sup> Confrontando la *nota iuris* di Valerio Probo (31.1: *MMP manu mancipio potestate*) con la sequenza in Gaio si potrebbe ipotizzare un lavoro sull’ordine delle parole (da *MMP* a *PMM*), in chiave di valorizzazione della *potestas*, ma ciò potrebbe imprimere anche un eccessivo stress interpretativo sulla fonte.

<sup>47</sup> A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II, Heidelberg, 1954<sup>3</sup>, 347 (s.v. *possum*), 350 (s.v. *potis*).

<sup>48</sup> R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 77 ss., che parla di «uno dei più antichi termini del vocabolario giuridico romano» (p.79).

sere umano espressione del suo interagire attraverso il ‘prendere’. Forme di accaparramento delle cose non sarebbero come tali imposizione o dismissione del potere chiamato *manus*, come per le persone umane (*manus iniectio* e *manumissio*), ma espressione di un’idea dinamica di prendere con la ‘mano’ (*manu capere*, *mancipium*). Le fonti in nostro possesso (per l’età più antica) attestano un uso ampio del termine *manus*, senza una sua specializzazione d’uso. Un uso che si riscontra negli istituti arcaici della *manumissio* (istituto che produce effetti istantanei e irrevocabili di estinzione della *manus*, a differenza, invece, dei suoi effetti indiretti e non subitanei sull’estinzione della *potestas*) e della *manus iniectio*, esercitabile nei confronti di un *iudicatus* (condannato in un giudizio) da parte dell’attore vittorioso oppure nei confronti di un *damnatus* (condannato agli occhi della comunità) per altre cause fondate sui *mores* arcaici e che non ha effetti costitutivi di *potestas*. A tale ampio riscontro, espressione di un’idea del potere diversa da quella della *potestas*, si affianca storicamente un significato più circoscritto, limitato alla *manus* sul genere femminile in ragione, ma non solo, di matrimonio.

Infine, *mancipium*, forma derivata da *manus* e *capere*<sup>49</sup>, imprime una immagine dinamica di ‘apprensione solenne’, rituale, esprimendo un’idea del potere caratterizzata (e quindi a mio modo di vedere anche condizionata) dall’atto solenne di acquisto della *mancipatio*. Qui il rapporto tra atto e idea del potere che l’*accipiens* viene ad avere sull’‘oggetto’ sembra saldarsi insieme in un contenuto di significato inestricabile. Il sapere sacerdotale incanala nella solennità dell’atto (pesatura ufficiale del corrispettivo e almeno cinque cittadini romani puberi presenti all’atto) alcune *res* (quindi, poi chiamate *mancipi*), alle quali viene affiancata anche la possibilità di mancipare *personae*. Proprio nell’ambito di questa attrazione di *personae* e non solo di *res* nel *mancipium* emergono profili di conflittualità di regime con altre situazioni di potere, quali la *potestas* e la *manus*.

Rispetto alle forme estintive arcaiche dei poteri del *pater*, la morte è principio naturalistico esclusivo ed inderogabile affinché la *potestas* sui *fili/ae familias* si estingua (a differenza di quanto accade agli altri discendenti, o alla *manus* sulla moglie, o al *mancipium*). Bisognerà aspettare l’innovazione pontificale

---

<sup>49</sup> A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*<sup>3</sup>, II, cit., sub v. *manceps*, 23.

dell'*emancipatio*, quale atto artificiale estintivo *inter vivos* della *potestas*, storicamente affacciatasi intorno alla fine del IV secolo a.C.. Le tre *mancipationes*, che fanno leva sulla statuizione decemvirale ('*Si pater ter filium venum duit a patre filius liber esto*'), rendono il *filius liber* dalla *potestas* del *pater*, ma *persona in causa mancipii* del *mancipio accipiens*. L'*emancipatio* presuppone quindi la soluzione non soltanto del problema di dover liberare il *filius* dal *pater*, ma anche quella di renderlo *sui iuris*, dovendosi superare la sua nuova condizione di *persona in causa mancipii*<sup>50</sup>. In sostanza, l'iter complesso della *emancipatio* non dimostra soltanto che la *potestas* paterna sui figli e sulle figlie sia intrasferibile, ma anche come non sia estendibile l'efficacia liberatoria della *manumissio* circoscritta a *personae serviles* e *personae in causa mancipii* anche ai figli, ma soltanto che essa sia strumentalmente utilizzabile cambiando lo status dell'interessato da figlio a *persona in causa mancipii*. È evidente che la *interpretatio pontificum* postdecemvirale orientata a delimitare il regime del *ter venum duit* ai soli *fili* maschi, ed accordando per tutti gli altri *alieni iuris* sotto la *potestas* paterna la sua estinzione *inter vivos* con una sola *mancipatio*, generò il *trompe-l'œil* di una sovrapposizione di regime tra *mancipium* e *potestas*.

Difficile pensare qui ad una sopravvenuta specializzazione funzionale di regime tra soggetto *in potestate* e soggetto *in mancipio*, rispetto ad un originario regime comune tra tutte le persone soggette alla signoria del *pater*. Adeguato ad una tale rappresentazione della *emancipatio* è, invece, un conflitto insanabile tra regimi giuridici diversi che non fu risolto in chiave di omogenea costruzione di regole comuni, ma con l'attrazione in chiave di affiancamento e non di identità del diritto della specifica posizione della persona nella comunità familiare.

Conflitto tra il modello della *potestas* e quello della *manus* è evidente nella posizione che si accorda alla *uxor* che decida di *convenire in manum* col marito. La scelta pontificale è quella di espandere il regime giuridico dello *status* di *filia* alla moglie non in chiave identitaria (*uxor = filia*), ma valorizzandone la di-

---

<sup>50</sup> Si vd. al riguardo la precisazione di Paolo sull'*emancipatio* come *capitis deminutio minima*: D. 4.5.3.1 Paulus l.11 ad ed. *Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit nisi in imaginariam servilem causam deductus: aliter atque cum servus manumittitur, quia servile caput nullum ius habet ideoque nec minui potest.*

stinzione<sup>51</sup>, attraverso l'idea dell'occupazione da parte della moglie del posto di figlia nella famiglia del marito (*locum filiae obtinere*)<sup>52</sup>. Nel caso in cui il marito non sia *pater familias*, ma ancora *filius familias*, la moglie, se acconsente di *convenire in manum* col marito, è legata inderogabilmente nella *manus* al marito-*filius*, ma assume la posizione di nipote (*loco neptis*) del *pater familias* del marito (Gai.2.159)<sup>53</sup>.

Il *locum filiae obtinere* è innervato nelle arcaiche forme di *convenire in manum*. Nella *confarreatio* è effetto subitaneo radicato del rito giuridico-religioso. Nell'*usus* è effetto connaturato al decorrere dell'anno, che soltanto con l'estensione decemvirale all'*usus* dell'istituto flaminico del *trinoctium* potrà essere evitato dalla *uxor* (Gai.1.111)<sup>54</sup>.

Rispetto alle forme costitutive arcaiche dell'*in manum convenire (usus e farreus)*, l'*interpretatio pontificum* adegua il *gestum* della *mancipatio* alla *causa matrimonii*, inventando la *cöemptio*, atto che viene considerato anch'esso idoneo a costituire la *manus* sulla moglie. La conseguenza è il riconoscimento, anche in questo caso, dell'occupazione da parte della moglie del posto di figlia nella famiglia del marito-*cöemptor*. Quando la *cöemptio* sia, invece, fatta dalla donna *fiduciae causa* per evitare di cadere nella tutela dei fratelli, il *locum filiae obtinere* è coerentemente escluso, salvo il caso – altamente significativo e indicativo della forza assorbente della considerazione della *causa* concreta dell'atto - che la *cöemptio fiduciae causa* non

---

<sup>51</sup> Esattamente, I. PIRO, «*Usu*» in *manum convenire*, Napoli, 1994, 71, secondo la quale l'espressione avrebbe «il senso proprio di sottolineare una distinzione e non già un'identità».

<sup>52</sup> Coll.16.2.3: (Gai *inst. l. III*) *Vxor quoque, quae in manu est, ei cuius in manu est sua heres est, quia filiae loco est: item nurus quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est. Sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu sit cum pater moritur, in potestate eius non sit. Idemque dicimus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.* Tit. Ulp. 22.14: *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus.*

<sup>53</sup> Gai.2.159: *Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est.*

<sup>54</sup> *Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctium abesset atque eo modo cuiusque anni usum interromperet.*

sia stata conclusa in concreto col marito stesso (*Gai.* 1.113-115b)<sup>55</sup>.

Rispetto alle forme arcaiche costitutive, soltanto per la *postestas* sui figli è attestato l'istituto del *tollere liberos*, al di là dei profili problematici della sua più specifica configurazione, mentre non è attestato per i nuovi nati della propria schiava<sup>56</sup>.

## 2. Interpretatio pontificum e 'meum esse ex iure Quiritium'.

Di contraltare, a questa complessità arcaica delle forme di potere del *pater familias* e dei loro regimi giuridici, sta l'uniforme affermazione delle parti nell'*agere sacramento in rem* e del *mancipio accipiens* nella *mancipatio*: «*meum esse ex iure Quiritium aio*».

La formulazione unitaria difficilmente può considerarsi precondizione della frammentazione funzionalmente orientata del lessico differenziato dei poteri del *pater familias*, ma semmai è una scelta di politica del diritto successiva alla complessa rappresentazione delle forme del potere del *pater familias*<sup>57</sup>, dina-

---

<sup>55</sup> *Gai.* 1.113: *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: Nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit. 114. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. 115. Quod est tale: Si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis tutoribus <auctoribus> coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit. 115a. Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit. \* 115b. <[Krüger:] eam feminam, quae fiduciae causa cum extraneo coemptionem fecerit, filiae loco apud eum non esse; sed quae> fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse: nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci.*

<sup>56</sup> Sul problema si vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Tollere liberos*, in *ME-FRA* 102/1, 1990, 107-127.

<sup>57</sup> Esattamente L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, 262.

mica innestatasi molto probabilmente dalla fondazione del Comune nella difficile costruzione di un *ius civile*, realizzata dal sapere sacerdotale, che riesce così a costruire un unitario e generale (*lege agere*)<sup>58</sup>, a fronte appunto di forme consuetudinarie differenziate del potere dei *patres*.

Prova di questa raffinata soluzione armonizzante del sapere sacerdotale, che unifica sul piano dell'*agere sacramento* le diversità di regime giuridico delle forme di potere, senza cancellarle, né omologarle, è data a mio modo di vedere dal '*secundum suam causam*'<sup>59</sup>. La previsione di un fondamento 'aperto' dell'affermazione dell'appartenenza, se comparato con la diversa soluzione data per l'*oportere ex sponsione* nella *iudicis postulatio*, dove la causa dell'*oportere* è specificatamente individuata nella *sponsio*, dimostra la consapevole scelta di dare una griglia aperta includente delle diverse cause del *meum esse aio ex iure Quiritium* (*potestas manus mancipium*), che potevano tutte dar luogo ad una affermazione di *meum esse ex iure Quiritium* nel contesto comune del *ius* dei *Quirites*.

Detto a mo' di frase ad effetto, la trama consuetudinaria delle forme di potere dei *patres* trova nella nuova realtà del Comune la sua chiave non omologatrice dei regimi differenziati nella costruzione di una *vindicatio* unitaria, in grado – nella sua veste sacerdotale quale *agere sacramento* – di attrarre nella plastica espressione dell'appartenenza di *personae* e *res* alla 'suità' del

---

<sup>58</sup> Gai. IV. 16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adducitue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant; qui prior vindica<verat, ita alterum interroga>bat POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERAS; ille respondebat IUS FECI SICUT VINDICTAM INPOSUI; deinde qui prior vindicaverat, dicebat QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter ET EGO TE...*

<sup>59</sup> Importanti al riguardo gli approfondimenti negli studi di A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, Milano, 1981; IDEM, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà*. Atti del Convegno di Pontignano 1985, a cura di E. CORTESE, Milano, 1988, 3 ss.; IDEM, *Personae in causa mancipii*, in *Mater familias. Scritti per M. Zablocka*, Warsawa, 2016, 107 ss.

*pater* le diversificate forme di potere, quali *potestas*, *manus*, *mancipium*.

Acquista ulteriore luce così anche il senso della inesistenza di una idea arcaica di ‘assolutezza’, colta da Max Kaser con l’efficace immagine di una «proprietà relativa». Dopo la prima vendita del *filius*, in caso di *vindicatio* del *pater* esercitata contro il *mancipio accipiens*, le contrastanti affermazioni di ‘suità’ si sarebbero scontrate sul piano della *causa*, il *pater* rivendicando l’*homo* in quanto *filius in potestate* e l’*accipiens* rivendicando l’*homo* in quanto *persona in mancipio*. Qualora la rivendica fosse avvenuta prima della *manumissio* del *filius in mancipio* dell’*accipiens*, la prevalenza del *meum esse ex iure Quiritium* di quest’ultimo sul *pater* non avrebbe comportato alcuna negazione del *meum esse ex iure Quiritium* del secondo, ma soltanto la prevalenza in concreto fino alla *manumissio* del *filius in mancipio* della posizione del *mancipio accipiens* su quella della *potestas* del *pater*. Situazioni analoghe possono pensarsi nell’ambito di collisione tra *manus* e *potestas*.

In questo modo non si realizza una omologazione unitaria, ma la conservazione della diversificazione terminologica e di regime giuridico, con uno sviluppo nel senso che alla rappresentazione trinomica *potestas manus mancipium* si sovrappone una categoria di secondo livello, lo schema del *meum esse ex iure Quiritium*, la quale, frutto del sapere sacerdotale, non cancella i modelli consuetudinari giunti a Roma dalle diverse comunità che la fondarono, ma realizza una conservazione della ricchezza di regimi come diritto comune a cui accedono tutti i *cives*.

### III. Enucleazione da parte dei giuristi del II-I secolo a.C. della categoria del *dominium*.

Rispetto a questo quadro, è possibile cogliere, in base alle fonti in nostro possesso, l’enucleazione nel II-I secolo a.C. delle categorie ordinanti del ‘*dominium*’, e della ‘*possessio*’.

Per limitarmi in questo contributo a quella del *dominium*, emerge nelle fonti in nostro possesso una sua importante valorizzazione, condizionata da un fondamento per così dire interno alla logica dell’*agere*. La conservazione, infatti, del modulo linguistico arcaico del *meum esse ex iure Quiritium* nell’adattamento in terza persona della *formula* della *rei vindicatio* (*Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse*) è ele-

mento distintivo rispetto alla tutela formulare degli *iura in re aliena*<sup>60</sup>.

Ciò fornisce una base essenziale per individuare una figura giuridica specifica in chi possa affermare la 'sità' dell'oggetto della *vindicatio* con *formula petitoria*. Tale operazione è prova di una mediazione colta nel passaggio dai *certa verba* ai *concepta verba* della tutela vindicatoria, mediazione che non può essere che conseguenza dell'attività dei giuristi e non del pretore, gli unici – i primi –, a custodire le categorie terminologiche e concettuali adeguate al cambiamento, nella continuità degli schemi giuridici sostanzialmente coinvolti.

Ciò è tanto più rilevante perché, a fronte della sostanziale continuità terminologica delle forme espressive dell'ap-partenza nell'ambito dell'*agere*, l'enucleazione della nuova categoria ordinante del *dominium* da parte della giurisprudenza del II-I secolo a.C. esprime una scelta costruttivo-concettuale non condizionata dal paradigma formulare (né tanto meno da quello delle *legis actiones*)<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Per i quali è dirimente il sintagma *ius esse (uti frui/ire agere/aquam ducere)* – *ius non esse (aedes suas altius tollere invito)*; si vd. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, 40-44.

<sup>61</sup> *Cat. de agri cult.* I [1] ... *Siet in his agris qui non saepe dominum mutant: qui in his agris praedia vendiderint, eos pigeat vendidisse. Uti bene aedificatum siet. Caveto alienam disciplinam temere contemnas. De domino bono bonoque aedificatore melius emetur.* ... [2] *Pater familias, ubi ad villam venit, ubi larem familiarem salutavit, fundum eodem die, si potest, circumeat; si non eodem die, at postridie.* ... *Patrem familias vendacem, non emacem esse oportet. [3] Prima adulescentia patrem familiae agrum conserere studere oportet. Aedificare diu cogitare oportet, conserere cogitare non oportet, sed facere oportet. Ubi aetas accessit ad annos XXXVI, tum aedificare oportet, si agrum consitum habeas. Ita aedifices, ne villa fundum quaerat nec fundus villam. Patrem familiae villam rusticam bene aedificatam habere expedit, cellam oleariam, vinariam, dolia multa, uti lubeat caritatem exspectare: et rei et virtuti et gloriae erit.* ... [5] *Haec erunt vilici officia...* *Familiam exerceat, consideret, quae dominus imperaverit fiant. Ne plus censeat sapere se quam dominum. Amicos domini, eos habeat sibi amicos. Cui iussus siet, auscultet. Rem divinam nisi Conpialibus in conpito aut in foco ne faciat. Iniussu domini credat nemini: quod dominus crediderit, exigit. Satui semen, cibaria, far, vinum, oleum mutuum dederit nemini. Duas aut tres familias habeat, unde utenda roget et quibus det, praeterea nemini. Rationem cum domino crebro putet. Operarium, mercennarium, politorem diutius eundem ne habeat die. Nequid emisse velit insciente domino, neu quid dominum celavisse velit.*

*Cat. de agri cult.* XIV: *Villam aedificandam si locabis novam ab solo, faber haec faciat oportet. Parietes omnes, uti iussitur, calce et caementis, pilas*

La scienza giuridica tardorepubblicana si orienta, infatti, ad esprimere con un solo termine il potere esercitato su *res* e *servi* (a differenza del potere esercitato sulle persone libere), scelta linguistica che evoca la posizione del signore nella *domus*, il *dom(i)nus*, colui che esercita il *dom(i)num* nella *domus*<sup>62</sup>. La enucleazione della categoria del *dominium* esprime la 'suità' *ex iure Quiritium* della *formula petitoria*, presupposto del superamento della vischiosità del modello arcaico, svincolandosene, con una forma efficace di espressione che dimostra capacità nuove e

---

*ex lapide angulari, tigna omnia, quae opus sunt, limina, postes, iugumenta, asseres, fulmentas, praesepis bubus hibernas aestivas faliscas, equile, cellas familiae, carnaria III, orbem, ahenea II, haras X, focum, ianuam maximam et alternam quam volet dominus, fenestras, clatros in fenestras maioris bipedis X, luminaria VI, scamna III, sellas V, telas togalis II, paullulam pilam ubi triticum pinsat I, fulloniam I, antepagmenta, vasa torcula II. Hae rei materiem et quae opus sunt dominus praebebit et ad opus dabit, serram I, lineam I (materiem dumtaxat succidet, dolabit, secabit facietque conductor), lapidem, calcem, harenam, aquam, paleas, terram unde lutum fiat. Si de caelo villa tacta siet, de ea re verba uti fiant. Huic operi pretium ab domino bono, quae bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II S. Tectum sic numerabitur: tegula integra quae erit, unde quarta pars abierit, duae pro una, conciliares quae erunt pro binis putabuntur; vallus quot erunt, in singulas quaternae numerabuntur. Villa lapide calce. Fundamenta supra terram pede, ceteros parietes ex latere, iugumenta et antepagmenta quae opus erunt indito. Cetera lex uti villae ex calce caementis. Pretium in tegulas singulas II S. Loco salubri bono domino haec quae supra pretia posita sunt: ex signo manipretium erit. Loco pestilenti, ubi aestate fieri non potest, bono domino pars quarta preti accedat.*

Cato de agri cult. XV: *Macerias ex calce caementis silice. Uti dominus omnia ad opus praebeat, altam P. V et columen P. I, crassam P. I S, longam P. XIV, et uti sublinat locari oportet. Parietes villae si locet in P. C, id est P. X quoquo versum, libellis in ped. V et perticam I P. VIC. N. X. Sesquipedalem parietem dominus fundamenta faciat et ad opus praebeat calcis in P. singulos in longitudinem modium unum, harenae modios duos.*

Cato de agri cult. XVI: *Calcem partiario coquendam qui dant, ita datur. Perficit et coquit et ex fornace calcem eximit calcarius et ligna conficit ad fornacem. Dominus lapidem, ligna ad fornacem, quod opus siet, praebeat.*

Cato de agri cult. LXV: *Oleum viride sic facito. Oleam quam primum ex terra tollito. Si inquinata erit, lavito a foliis et stercore purgato. Postridie aut post diem tertium, quam lecta erit, facito. Olea ubi nigra erit, stringito. Quam acerbissima olea oleum facies, tam oleum optimum erit. Domino de matura olea oleum fieri maxime expediet. Si gelicidia erunt, cum oleam coges, triduum atque quatrimum post oleum facito. Eam oleam, si voles, sale spargito. Quam calidissimum torcularium et cellam habeto.*

L'uso è altamente significativo in tutti i formulari contrattuali ricordati nei *capita* CXLII-CL.

<sup>62</sup> A. WALDE J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*<sup>3</sup>, cit., 367 e supra n. 51.

adattive. *Dominium* permetterà ai giuristi di attrarre schemi ‘formularmente’ anche molto distanti tra loro, come l’*in bonis habere* tutelato in via esclusiva dal pretore o la titolarità del *populus Romanus* o dell’imperatore sulle terre provinciali (*Gai.* II.40; II.7)<sup>63</sup>.

Non soltanto. Dal punto di vista dello schema giuridico, si affianca (con potenzialità di superamento) ad una caratterizzazione in chiave personalissima dei poteri del *pater familias* (che comportava un regime giuridico orientato verso il modello binario costituzione-estinzione, e non trasferibilità-circolarità), l’idea di titolarità in funzione patrimoniale, con ampliamento delle potenzialità di circolazione e trasferimento. Modelli antitetici e in rapporto di discontinuità, che non sembrano potersi rileggere in funzione di derivazione. Si tratta di due prospettive espressione di due mondi storicamente distanti, quello dell’ordine giuridico familiare arcaico e quello della Roma cosmopolita ed egemone nel Mediterraneo.

Nell’importante ricerca sugli *Scriptores iuris Romani*, sotto la responsabilità scientifica di Aldo Schiavone, è ora possibile attingere – per i volumi pubblicati – alla ricostruzione per giurista e per singola opera ai testi tramandati dalle fonti giuridiche e letterarie, corredati di traduzione in italiano. Un elemento fortemente innovativo di questa ricerca (e relevantissimo ai miei occhi) è lo sforzo richiesto ai curatori dei volumi di individuare, per quanto possibile nei contesti di indiretta testimonianza, quanto sia prudentemente attribuibile al giurista romano al quale è dedicato il volume e quanto invece sia scrittura dell’autore del richiamo o del commento. Si tratta di un punto essenziale, in quanto la giusromanistica si è mossa tra due poli non interagenti: da un lato, il grande modello palinogenetico di Otto Lenel, caratterizzato da una forte prudenza nell’attribuzione al giurista più antico delle parole riportate nel contesto della scrittura recensore e dall’altro lato, il modello di Franz Peter Bremer, orientato

---

<sup>63</sup> *Gai.* II. 40: *Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.* *Gai.* III. 7: *Sed in prouinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere uidemur.*

invece con maggiore larghezza ad attribuire al giurista più antico richiamato o commentato la scrittura e le parole testimoniate.

Ciò non è senza rilievo. Dagli anni '60 del Novecento, infatti, gli studiosi di diritto romano si sono orientati a valorizzare la complessità del dibattito tra i giuristi romani<sup>64</sup>. Si tratta di una vera rinascenza degli studi romanistici che ha realizzato una poderosa riconsiderazione della storicità delle categorie giuridiche ereditate dal diritto romano. A rileggere i lavori di questo periodo si percepisce quanto esso abbia favorito prospettive innovative di ricollocazione del diritto romano nel giuridico attuale.

Si tratta di una fase nella quale la scienza del diritto romano rifonda i suoi metodi e li indirizza verso un dialogo (alcune volte sordo) con la cultura giuridica attuale. Non sempre, e questo va detto, la cultura giuridica odierna e professionalmente orientata ha, infatti, colto in pieno l'importanza di questo enorme sforzo di rilettura del diritto romano. Si tratta di studi che impongono al lettore la consapevolezza della storicità del diritto (anche futuro), al fine di poter cogliere la straordinaria ricchezza e complessità del bagaglio critico e ideologico delle categorie di uso odierno, svelando la fallacia della statica percezione delle categorie normative prevalenti nell'odierno giuridico.

Per Max Kaser, nel 1942 e poi nel 1956, appoggiandosi anche sulla voce del *Thesaurus linguae Latinae*, l'uso più antico di *dominium* in un testo giurisprudenziale andrebbe individuato in Labeone (Lab. l.5 post. a Iav. epit. D.18.1.80.3)<sup>65</sup>. Nel 1969, Luigi Capogrossi Colognesi, valorizzando l'uso della parola *dominium* in un testo di Alfeno Varo tratto dall'epitome del giurista severiano Paolo dei *Digesta* del giurista repubblicano (Paul. l.4 epit. Alf. dig. D. 8.3.30)<sup>66</sup>, propose una sua datazione leggermente più alta.

Ora, grazie al volume su Quinto Mucio Scevola nella serie

---

<sup>64</sup> Per un quadro d'insieme della dottrina italiana si vd. C. MASI DORIA, *La romanistica italiana verso il terzo millennio: dai primi anni settanta al due-mila*, in AA.VV., *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. BIROCCI - M. BRUTTI, Torino, 2016, 179 ss. e il mio *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, (premesse) XLVII ss.

<sup>65</sup> D. 18.1.80.3 Labeo l.5 post. a Iav. epit.: *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus*. M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., 309 n. 17. Vd. infra.

<sup>66</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, 493-494.

SIR, curato nella parte sulle opere e sui *fragmenta incerta* da Emanuele Stolfi<sup>67</sup>, è forse possibile fare un piccolo passo avanti, accordando al grande giurista tardorepubblicano l'enucleazione della nuova categoria ordinante del *dominium*.

D. 40.12.23pr. Paulus *l.50 ad edictum: Si usum fructum tibi vendidero liberi hominis et <in iure> cessero, servum effici eum dicebat Quintus Mucius, sed dominium ita demum fieri meum, si bona fide vendidissem, alioquin sine domino fore.*<sup>68</sup>

Il *responsum* di Quinto Mucio Scevola è dato rispetto ad una vendita dell'usufrutto di un *homo liber*, con contestuale *in iure cessio*. Il contesto giuridico è problematico. Presupporre una partecipazione dell'uomo libero al prezzo stabilito (elemento condizionante e caratterizzante la previsione nell'editto pretorio [EP Tit.XXX1 §182: *si quis, cum se liberum esse sciret, dolo malo passus erit se pro servo venum dari*]) di un'azione contro di lui da parte dell'acquirente per il doppio della quota di prezzo ricevuto)<sup>69</sup> impone di cancellare il dato, fondamentale nel parere muciano, della buona fede del venditore. Il nodo problematico è rappresentato da una questione di giustizia, connessa ad una possibile frode a danno dell'acquirente, correlata ad una questione eminentemente giuridica, quella della avvenuta costituzione (irreversibile data l'*addictio* pretoria nell'*in iure cessio* dell'usu-

---

<sup>67</sup> E. STOLFI, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, [SIR n.1], Roma, 2018.

<sup>68</sup> Trad. it. Se io abbia venduto a te l'usufrutto di un uomo libero e ne abbia fatto la cessione <in tribunale>, Quinto Mucio diceva che lo si rendeva schiavo, ma il dominio sarebbe divenuto mio soltanto se lo avessi venduto in buona fede, altrimenti sarà senza domino.

Sui problemi di restituzione testuale e sulla discussione della bibliografia precedente si vd. E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 150-151 (testo e trad.); 315-317 (commento).

<sup>69</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927<sup>3</sup>, 387. Ciò evidentemente lascia aperta la diversa questione se l'editto in questione esistesse (come io propondo a credere, seguendo in questo D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in AA.VV., *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino, 1996, 61 ss., in particolare 107), ma con una modulazione verbale non coincidente con quanto ricorda Ulp. l. 55 *ad ed.* D. 40.12.14 pr.: *Rectissime praetor calliditati eorum, qui, cum se liberos scirent, dolo malo passi sunt se pro servis venum dari, occurrit*, che ha presente il testo fissatosi nella consolidazione giuliana.

frutto sull'uomo libero venduto) dello stato servile di quest'ultimo. Questo presupposto giuridico è riconosciuto nel parere da Quinto Mucio con la perentoria affermazione che in tal modo l'uomo libero diventa schiavo (*servum effici eum dicebat Quintus Mucius* [e]us)<sup>70</sup>.

La soluzione proposta da Quinto Mucio evidenzia l'esigenza di esprimere in chiave distintiva il 'potere' del *dominus* dal titolare del *ius in re aliena*, evocando probabilmente i contesti originari (*usus fructus-dominium*) nei quali l'esigenza concettuale di enucleare una nuova e unificante categoria terminologica della 'titolarità' su cose e schiavi si era resa più urgente.

Da questo punto di vista, assume un significato coerente quanto il giurista afferma successivamente: *sed dominium ita demum fieri meum, si bona fide vendidissem, alioquin sine domino fore*. L'uso del sostantivo *dominium* è, infatti, perfettamente acconcio alla - per così dire - inesistenza di un concreto *dominus* in questo caso. Ad *Ego*, che aveva venduto a *Tu* l'usufrutto dell'uomo libero presumendolo in buona fede schiavo, viene attribuito il *dominium* su quest'ultimo, una volta che questi sia divenuto schiavo con l'avvenuta *in iure cessio*. E ciò a condizione che il venditore-*non dominus*, nel venderlo, fosse appunto in buona fede (e quindi non sapesse dello *status libertatis* dell'uomo venduto, ma fosse convinto che fosse un suo schiavo). Altrimenti, continua il giurista repubblicano, con una soluzione in concreto giusta e temporaneamente efficace, si avrà un usufrutto su un *servus sine domino*.

Se guardiamo da una prospettiva moderna, in chiave di assolutezza del dominio e di derivazione del contenuto dell'usufrutto dalla proprietà, il parere muciano crea problemi. Va però ricollocato in un contesto storico nel quale né la prima né la seconda sono configurabili. In concreto, la soluzione del giurista repubblicano si orienta a salvaguardare l'interesse dell'acquirente in buona fede all'usufrutto costituito sull'uomo libero venduto, attraendo l'ipotesi in una vendita dell'usufrutto dello schiavo. Per rendere *servus* il libero col compimento della *in iure cessio* del suo *usufructus* sembra imporsi - agli occhi di Quinto Mucio

---

<sup>70</sup> Giustamente E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 316-317, sottolinea la particolare natura della *in iure cessio* e il possibile, insoddisfacente risultato soprattutto in un'età nella quale l'*usus fructus* fosse stato oramai configurato come *ius in re aliena*.

– la ricerca di un *dominus* in una ipotesi nella quale per definizione un *domino* non c'è. Di qui l'importanza di una terminologia che colga un contenuto per così dire autonomo all'idea della proprietà dal concreto proprietario, così da immaginare un *dominio* sull'uomo in usufrutto da parte del venditore-*non dominus* di buona fede. Il dato è confermato dall'evenienza contraria: qualora, infatti, manchi la buona fede nel venditore (e quindi egli fosse a conoscenza che l'uomo dato in usufrutto era libero), la soluzione del giurista garantisce esclusivamente l'interesse dell'acquirente dell'usufrutto, prevedendo la figura ossimorica del *servus sine domino*, che sta al *dominium* come l'eredità giacente alla successione. Ciò avrebbe potuto significare che estinguendosi l'usufrutto, si estinguesse anche lo *status servitutis* dell'uomo libero, il che sarebbe giusto rispetto all'uomo libero che in buona fede pensava di essere schiavo (*liber homo bona fide serviens*), ma non invece per quello che abbia truffato l'acquirente partecipando al prezzo pagato, ipotesi regolata sia dal pretore nel suo l'editto, che più in generale dalla prassi della *denegatio actionis* in caso di *causa liberalis*.

In un'altra testimonianza, tratta dall'epitome di Paolo dei *digesta* di Alfeno, si ha un uso altamente significativo del termine *dominium* in rapporto alla *servitus aquae*.

D. 8.3.30 Paul. *l.4 epit. Alf. dig.*: *Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: "circa eam aquam late pedes decem", iter dumtaxat videri venditoris esse.*<sup>71</sup>

Di nuovo un contesto che evoca una sensibilità rafforzata, nell'enucleazione del termine *dominium* da parte dei giuristi tardo-repubblicani in rapporto-confronto con gli *iura in re aliena*. In questo caso il venditore nel disporre di uno dei suoi due fondi, si riservava il *fons aquae* presente in esso, con una clausola del

---

<sup>71</sup> Chi possedeva due terreni, nella vendita di uno si era riservata l'acqua che vi nasceva, ed intorno quell'acqua uno spazio di dieci piedi. Era stato posto il quesito se a lui spettasse il dominio del luogo oppure soltanto la facoltà di accedervi? Diede il seguente responso: se così fosse formulata la clausola "intorno quell'acqua uno spazio di dieci piedi", soltanto il diritto di passaggio sembra essere del venditore.

seguinte tenore: *aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat*. Per Servio/Alfeno sembra che l'esclusione netta di una *interpretatio* della clausola in termini di riserva del *dominium loci* (del *fons aquae*) sia corroborata dalla riserva dei dieci piedi intorno alla fonte (una parte della clausola ricordata), assegnando quindi al venditore soltanto il diritto di accedervi a piedi (*iter* appunto) per trarne l'acqua necessaria<sup>72</sup>. *Dominium* e *iter* sono i poli concettuali alternativi del ragionamento del giurista, funzionale a risolvere una questione concreta di conseguenze di regime relative al significato di una clausola contrattuale.

Un contesto problematico dove emerge un uso significativo di *dominium* si ha in D. 18.1.80.3 Labeo l.5 *post. a Iav. epit.*: *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus*.

Qui, sebbene in ragione della funzione tipica della *emptio venditio*, Labeone presuppone la concezione del *duplex dominium*, con l'avvenuta attrazione dell'*in bonis habere* nel *dominium*<sup>73</sup>.

Un altro contesto, pure significativo, è quello che incontra in Labeone, relativo alla *divisio* tra *patria potestas* e *potestas dominica*, in collegamento alla regola arcaica della *reversio in potestatem* in materia di inusucapibilità delle *res furtivae*<sup>74</sup>.

In sostanza, come già rispetto ad altre categorie fondanti il diritto contemporaneo (si pensi ad esempio a *persona*, a *contractus*, a *obligatio*)<sup>75</sup>, la costruzione di un nuovo schema quale quello del dominio, terminologicamente sganciato dalle espressioni

<sup>72</sup> Per un esame delle questioni sostanziali della testimonianza si vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, 71 ss. e più di recente V. MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana: forme di tutela e sviluppi teorici*, Torino, 2001, 102 ss.

<sup>73</sup> Sul passo, almeno, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, 494-495; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, 169 e 174-179.

<sup>74</sup> Lab. 5 *pith. a Paul. epit.* D. 41.3.49: *Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit*.

<sup>75</sup> Sulla emersione della categoria del *contractus*, almeno A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971; F. GALLO, *Synallagma e conventio I*, cit., 71 ss. Su quella della *obligatio* mi permetto di rinviare al mio *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 273 ss.

formulari permise ai giuristi romani di attrarre altri schemi (come appunto l'*in bonis habere* del compratore o la titolarità del popolo o dell'imperatore sulle terre provinciali), fornendo alla tradizione giuridica successiva un punto di riferimento lessicale declinabile ad aspetti funzionali nuovi (si pensi ad esempio alla distinzione medievale tra *dominium directum* e *dominium utile*<sup>76</sup> o alla declinazione feudale e poi moderna del demanio<sup>77</sup>).

A conferma dell'importanza di questa conquista terminologica, con ampie ricadute di potenziali significati, è altamente significativo che lo stesso giurista, il quale negli strati più profondi delle sue *Institutiones* testimonia la complessità arcaica del trinomio *potestas manus mancipium*, attesti anche la forza espansiva del termine *dominium* dalla sua introduzione nel II sec. a.C. all'inizio del II sec. d.C., in grado di diventare la categoria giuridica ordinante di diverse forme di appartenenza.

Gai. I. 54. *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: Nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

Gaius III. 40: *Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

Gaius III. 7. *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur.*

La nuova categoria del *dominium* permette ciò che la vischiosità dello schema della formula petitoria (*Si paret fundum*

---

<sup>76</sup> P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., 205 ss.

<sup>77</sup> U. PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., 491 ss.

quo de agitur ex iure *Quiritium A. Agerii esse*) impediva, cioè attrarre sotto il profilo sostanziale altre forme di appartenenza diverse e diversamente tutelate, come appunto l'*in bonis habere* pretorio o la titolarità pubblica sul suolo provinciale.

Il *dominium*, nella sua veste plurale, evocativo di una appartenenza caratterizzata da relatività e non assolutezza, bilancia gli interessi contrapposti che possono determinare scelte di valore non esclusive<sup>78</sup>. Si consegna alla tradizione giuridica successiva, un seme ricco di prospettive di sviluppo, creando un habitat concettuale nel quale la complessità medievale potrà ulteriormente arricchire la costruzione (*dominium utile, dominium directum*).

#### IV. Il problema della nascita della 'proprietà' negli studi romanistici.

Gli studi romanistici del Novecento hanno colto una componente ideologica nel paradigma della 'proprietà', fissatosi nei codici civili.

---

<sup>78</sup> In base a D. 6.1.57 Alf. l. 6 dig.: *Is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset et postea secundum alterum petitem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. respondi, uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret vel satisfaceret, si alter fundum evicisset, eum praestare*, in ambito di *formula petitoria*, M. SCHERMAIER, 'Dominus actuum suorum', cit., 91 ha ritenuto di spingere la tesi kaseriana sul '*relatives Eigentum*' oltre a quanto aveva fatto il maestro tedesco, «Das Gegenüber von Sakraments- und Formularprozess dürfte also die von Kaser entworfene Bewegung vom „relativen“ zum „absoluten“ Eigentum nicht belegen. Wenn vermutlich schon das Sponsionsverfahren, jedenfalls aber das klassische Formularverfahren, nur eine Eigentumsbehauptung (nämlich die des Klägers) kennt, folgt das aus der Prozessarchitektur und nicht aus einem angeblich geänderten Eigentumskonzept. Die intentio aller formularen actiones setzt voraus, dass der Richter nur über das Verlangen einer Seite urteilen muss. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass die römischen Juristen in ihrem Bemühen, die Bedingungen des AiAi esse zu verallgemeinern, zu einer begrifflichen Konturierung der Berechtigung kamen, die wir heute als das römische Eigentum ansehen. Umgekehrt allerdings bietet der Wandel des Prozessrechts keinen Anhaltspunkt dafür, das römische Recht der jüngeren Republik oder der Klassik hätte ein „absolutes“ Eigentum vorausgesetzt. Vielmehr ist das „absolute Eigentum“ schon in Kasers frühem Entwurf ebenso wie in den meisten dazu geäußerten Einwänden ein modernes Konzept, nach dem die Romanistik ihre Quellen ordnet oder diese Ordnung [...] kritisch überprüft».

La ponderazione critica ha investito la struttura 'individua-  
listica' e 'monolitica' della proprietà liberale, a favore di un qua-  
dro concettuale caratterizzato da un pluralismo di schemi e di  
costruzioni, in ragione del quale le forme romane dell'apparte-  
nenza non sarebbero riducibili *ad unum*, ma dimostrerebbero  
nella concretezza storica, sul piano dei *nomina iuris* e sul piano  
dei regimi giuridici, differenze e particolarità rappresentative di  
continuità terminologiche con forti discontinuità concettuali<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Indico come momento iniziale e significativo di questa consapevolezza storica (non senza, però, un certo campanilismo) il 1888, anno nel quale venne pubblicato il lavoro di PIETRO BONFANTE sulle '*Res Mancipi*' e '*nec Mancipi*', cit., che inizialmente non ebbe un impatto significativo sugli studi successivi (si vd. al riguardo quanto sottolineato da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., I, 74 e 74-77 n.126; più in generale si vd. anche IDEM, *A cent'anni dalle 'res Mancipi' di Pietro Bonfante*, cit., 111-154; F. LAMBERTI, *Agli albori della «scienza romanistica» italiana: Scialoja, Bonfante e l'insegnamento del diritto romano nell'Italia unitaria*, cit., 509-538, in particolare 525). Negli studi successivi al Bonfante, soprattutto dagli anni Trenta del Novecento, si imprime una forte accelerazione ad un modello ricostruttivo in chiave storica che valorizzi le specificità del potere del *pater familias* in età arcaica, rispetto a quanto poi emerge in relazione al *dominium* dell'età classica. Tra questi studi segnalo: F. DE VISSCHER, '*Mancipium*' et '*res Mancipi*', cit., 263 ss.; F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1941 [cito da ristampa nella Collana «Diritto romano e sistemi giuridici», Torino, 1999], 21 ss.; M. KASER, *Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik*, in *ZSS.RA LXII*, 1942, 1 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., 3 ss.; 228 ss.; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit., 5 ss.; F. DE VISSCHER, '*Auctoritas*' et '*mancipium*', cit., 89 ss.; F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., 193 ss.; IDEM, *Studi sulla distinzione tra res Mancipi e nec Mancipi*, cit.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione degli 'iura praediorum'*, cit., I; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 146 ss.; F. GALLO, '*Potestas*' e '*dominium*', cit., 17 ss.; P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1970 (1974), 120 ss.; 152 ss.; G. DIÓSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, cit., 357-426; IDEM, *La struttura della proprietà e la formazione degli 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976; A. MORDECHAI RABELLO, *Gli effetti personali della patria potestas I. Dalle origini all'età degli Antonini*, Milano, 1979; A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, cit.; G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona*, cit., I, Milano, 1984; F. GALLO, *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, cit., 29-52; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, cit., 53-76; A. CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, cit., 3 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Dominium*' e '*possessio*' nell'Italia romana, in *La proprietà e le proprietà*, cit., 141 ss.; M. TALAMANCA, *Considerazioni conclusive*, in *La proprietà e le proprietà*,

Il fondamento storico più solido della concezione liberale della proprietà si deve alla scuola storica nell'Ottocento (l'altro risale all'umanesimo giuridico e poi al giusnaturalismo), la quale, alla concezione della 'proprietà privata' come *ius disponendi et (ab)utendi* ereditata dalla tradizione precedente<sup>80</sup>, sovrappone le nuove caratterizzazioni proprietarie della assolutezza e della esclusività.

All'interno di una lettura diretta delle fonti romane, non mediata dalla tradizione medievale e moderna sulle stesse, la scuola storica costruisce un modello proprietario di piena libertà d'uso (fino all'abuso) e di disposizione della cosa, modello caratterizzato in chiave individualistica ed esclusiva. Basti confrontare i lavori di questi anni. Mentre il lavoro di Karl Friedrich Eichorn

---

cit., 183 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma, 1994; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, cit., 115 ss.; 273 ss.; C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Origen de los poderes del 'pater familias'. El 'pater familias y la 'patria potestas'*, Madrid, 2009; F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014, 2-50; A. CORBINO, *Personae in causa mancipii*, cit., 107 ss.; M. SCHERMAIER, 'Dominus actuum suorum', cit., 49 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ordinamenti familiari e sistema giuridico romano*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, a cura di L. GAGLIARDI, Milano, 2018, 53 ss.; TH. MCGINN, *La familia e i poteri del pater*, in AA.VV., *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M. F. CURSI (a cura di), Napoli, 2018, 188 ss.; O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al code Napoléon (e viceversa)*, in AA.VV., *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura P. BONIN; N. HAKIM; F. NASTI; A. SCHIAVONE, Torino, 2019, 89-104; F. LAMBERTI, *La patria potestas fra antichità e riletture moderne*, in AA.VV., *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, 2019, 25-36; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La patria potestas e i molti significati di famiglia*, in AA.VV., *Anatomie della paternità*, cit., 37-52; G. RIZZELLI, *La potestas paterna fra leges, mores e natura*, in AA.VV., *Anatomie della paternità*, cit., 89-130; S. A. CRISTALDI, «In mancipio esse». *Genesis e assetti di una speciale dipendenza dei liberi in età imperiale*, Napoli, 2020; L. SOLIDORO, in M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, 2021, 1-30; 57-144; EADEM, *Dalla dominicalità al neoproprietarismo. Storia e narrazioni di un percorso*, Torino, 2023 e S. PORCELLI, *Salva rerum substantia e principio verde. Per una rilettura critica della proprietà attraverso il diritto romano e il diritto cinese* [n. 3 Nuova Serie - Collana di Studi su origine e attualità del sistema romano], Torino, 2023, 131-226.

<sup>80</sup> Concezione che la storia giuridica contemporanea eredita dalla tradizione moderna (da quel fondamentale secolo della storia giuridica europea, che è stato il Cinquecento). Tra i giuristi più significativi in materia in questo periodo, è stato segnalato il contributo essenziale di François Hotman; si vd. L. SOLIDORO, in M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà*, cit., 9 ss.; e S. PORCELLI, *Salva rerum substantia*, cit., 64 ss.

è ancora fortemente orientato ad una rappresentazione dello schema tedesco della proprietà quale allodio<sup>81</sup>, nel lavoro di Karl Theodor Pütter (studente di Savigny e Mackeldey a Berlino negli anni tra il 1825 e il 1827)<sup>82</sup> convivono la metodologia della scuola storica (pp.76-122: *Die Lehre vom Eigenthum nach Römischem Recht*), e l'ideale hegeliano di una storia giuridica germanica della proprietà, comparando diritto tedesco e diritto romano (pp.122-126). Il libro di Pütter è tutto orientato a costruire un modello unitario di *Eigenthum*, partendo dallo *Eigenthum* come «*Inbegriff aller Rechte eines Menschen*», passando per lo *Eigenthum* come «*Recht des Menschen*», come *Vermögen*, come *dingliches Sachenrecht*, determinandosi infine come *Verfügungsrecht* (p.44). Nelle diverse declinazioni storiche dello schema, la proprietà, nel suo contenuto caratterizzante, sarebbe sempre e in ogni caso: il diritto reale d'utilizzo (godere e disporre) della cosa, con caratteristiche di esclusività (diritto comune tedesco e diritto comune sassone: pp.53-75; diritto romano: pp.76-121; diritto franco: pp.127-151; diritto comune tedesco: pp.152-169).

Nel lavoro di Karl Sell<sup>83</sup>, la proprietà è definita come la possibilità giuridica di incidere su una cosa corporale in base al proprio arbitrio e di escludere che terzi lo facciano («*Unter Eigenthum versteht man die rechtliche Möglichkeit auf eine körperliche Sache nach Willkühr einzuwirken und Einwirkungen Dritter auszuschließen*»; p.17). Si rafforza, compenetrandosi, sia la prospettiva dello *ius abutendi* sulla cosa, sia quella dello *ius excludendi* rispetto agli altri.

La proprietà privata diviene così lo schema giuridico che non favorisce soltanto l'accumulo privato della ricchezza (ero-dendo inesorabilmente la tenuta egalitaria nella comunità), ma anche un'attitudine ostile nei confronti della realtà naturale in termini di *ius abutendi*<sup>84</sup>, scelte, tutte, che si dimostrarono fun-

---

<sup>81</sup> K.F. EICHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1834<sup>4</sup>, I, § 57, 353 ss.

<sup>82</sup> *Die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten aus den Quellen dargestellt und mit den römischen Rechtsgrundsätzen verglichen*, Berlin, 1831.

<sup>83</sup> *Römische Lehre der dinglichen Rechte oder Sachen-Rechte I. Römische Lehre des Eigenthums nebst Einleitung: von den dinglichen Rechten überhaupt*, Bonn, 1852<sup>2</sup>, opera duramente criticata da H. DERNBURG, in *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*, 1, 1853, 138-158.

<sup>84</sup> Si vd. ora, per una rilettura critica della forza distruttiva del modello

zionali al capitale industriale e ad un approccio distruttivo delle risorse naturali<sup>85</sup>.

Ciò sarà funzionale alla successiva cristallizzazione definitiva di una idea del dominio quale *ius excludendi* e *ius abutendi* nella Pandettistica<sup>86</sup> e poi nel BGB del 1900.

Mentre, infatti, il paradigma proprietario dell'art. 544 del Codice civile francese del 1804 («*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...*») non si libera ancora della duale rappresentazione dell'istituto, da un lato quella ereditata dall'età medievale, tutta costruita in chiave possessoria sulle *utilitates* della *res frugifera* e, dall'altro lato, quella indotta dalla rottura dell'antico regime e tutta rivolta

borghese di proprietà privata, S. PORCELLI, *Salva rerum substantia e principio verde*, cit., 68 ss.

<sup>85</sup> Indicative, al riguardo, le definizioni di *Eigentum* (calco semantico di *proprietas*) che si leggono nei primi decenni dell'Ottocento: di J. CHR. HASSE, *Giebt es nach dem Sachsenspiegel ein Eigentum an beweglichen Sachen, und wird dieses aufgegeben durch die bloße freiwillige Entfernung aus der Wehre?*, in ZGRW, 1, 1815, 18-43; 21: «Unter Eigentum ist hier dasjenige, nothwendiger Weise selbstständige, dingliche Recht zu verstehen, was der Römer dominium nannte [...] Das Wesen des so benannten Rechts nun besteht... lediglich in der Regel, daß eine bestimmte Person mit einer bestimmte körperlichen Sache thun kann, was sie will»; di F. CHR. GESTERDING, *Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Besonders nach Grundsätzen des Römischen Rechts*, Greifswald, 1817, 4: «Wollen wir das Eigentum auf eine schulgerechte Art erklären, so müssen wir sagen, Eigentum sei die vom Besitz unabhängige vollständige Herrschaft über die Sache oder das Verhältniß, worin wir zu dieser Sache oder zu ändern Menschen in Ansehung dieser Sache stehen, welches macht, daß wir zu jeder beliebigen Verfügung über sie, selbst zu Veränderungen, ja zum Zerstören ihrer Substanz, mit Ausschluß anderer, befugt sind. Man könnte, statt dessen, auch sagen, Eigentum sei das Recht, nicht, andere vom Gebrauch auszuschließen, denn dabei würde die Hauptsache, nämlich der Selbstgebrauch übersehen, und wenigstens in Schatten gestellt, sondern die Sache, mit Ausschluß anderer, zu gebrauchen».

<sup>86</sup> A tale riguardo, il confronto tra la definizione di *Eigentum* in Savigny e in Windscheid è indicativo: F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 367 «la signoria (*der Herrschaft*) illimitata ed esclusiva di una persona su una cosa». Già nella prima edizione, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1862, 417-418 la definisce così: «Proprietà [*das Eigentum*] indica che una cosa (corporeale) è propria a qualcuno, e più precisamente è propria secondo il diritto; da ciò più esattamente in luogo di proprietà, diritto di proprietà. Ma che una cosa è propria a qualcuno, vuole dire che la sua volontà è per essa determinante nell'interrezza dei suoi rapporti. Ciò si mostra in una doppia direzione: 1) il proprietario può disporre della cosa come vuole; 2) un altro non può disporre della cosa contro la sua volontà». Si vd. al riguardo M. SCHERMAIER, *Dominus actuum suorum*, cit., 63-64.

verso l'assolutezza del dominio<sup>87</sup>, il paragrafo 903 del BGB tedesco del 1900 («*Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen*») rappresenta la proprietà quale schema giuridico classista ed escludente, caratterizzato come *ius abutendi* e *ius excludendi*<sup>88</sup>. D'altronde, non è casuale che il nazionalsocialismo tedesco, nel suo attacco al diritto romano come diritto straniero<sup>89</sup>, imputasse alla proprietà romana un eccesso di individualismo, caratteristica che in realtà non era propria della concezione romana della proprietà, ma del paradigma proprietario come rappresentato nella Pandettistica tedesca dell'Ottocento, antitetico nella sua monoliticità ed esclusività ai *dominia* e alle *possessiones* medievali<sup>90</sup>.

La critica nazista condizionò delle reazioni importanti: come quella italiana di Francesco De Martino, il quale ribaltò, con fondati argomenti, il presunto 'individualismo' del diritto

<sup>87</sup> Così rispondendo in pieno alle esigenze di circolazione e di libera destinazione dell'uso economico dei beni produttivi della società francese d'inizio Ottocento. Sul punto si leggano gli approfondimenti di P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 248-254.

<sup>88</sup> Per le conseguenze che una tale rappresentazione formale della proprietà può determinare sul piano dello sfruttamento distruttivo del pianeta, si vd. quanto ho avuto modo di evidenziare in 'Salva rerum substantia' e conservazione dell'ambiente per le future generazioni, in *Ambiente sviluppo tecnologia. Cooperazione umana e ruolo del diritto*, Atti del Dialogo Italo-Latinoamericano, Roma 15-16 febbraio 2023, a cura di R. BARRA, R. CARDILLI, M. CIACCIA, C. MIRABELLI, Milano, 2024, 39-54.

<sup>89</sup> *Programma del Partito nazionalsocialista dei lavoratori* 1920, art. 19: «Vogliamo la sostituzione del diritto romano, orientato verso un ordinamento materialistico del mondo, con un comune diritto germanico».

<sup>90</sup> Sul punto vd. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., 205 ss., in particolare 270 ss. Il paradigma pandettistico della proprietà codificato nel BGB fu sottoposto ad una reinterpretazione in chiave di funzione sociale negli anni Trenta da F. WIEACKER, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, Hamburg, 1935, in *Zivilistische Schriften 1934-1942*, Frankfurt am Main, 2000, 9 ss., senza fondare tale reinterpretazione nelle fonti romane. D'altronde, la rilettura fascista del modello proprietario codificato in Italia nel 1865, seguendo il modello francese, spinge alla considerazione valoriale della 'funzione sociale' della proprietà individuale; sul punto vd. P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Bari-Roma, 1991, 8 s.; 101 ss. Cfr. ora, sul problema storico TH. KEISER, *Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und 'Fascismo'*, Tübingen, 2005, 55 ss., 73 ss., 167 ss. Sul dibattito in relazione alla Costituzione repubblicana italiana del 1948 si vd. G. VALDITARA, *Alle radici romane della Costituzione*, Milano, 2022, Cap. V.

romano e anche nello specifico della proprietà, valorizzando le forme di appartenenza collettive e pubbliche e la funzione sociale dell'idea romana di proprietà privata<sup>91</sup>.

A differenza della critica nazista, quella marxista a metà dell'Ottocento coglie la carica ideologica dell'interpretazione della scuola storica tedesca, ma non la confonde con le forme di appartenenza più genuinamente romane<sup>92</sup>.

Un momento di consapevolezza interno al sapere giuridico del limite della lettura della Scuola storica e poi della Pandettistica, si deve a Rudolph von Jhering<sup>93</sup>. Nel 1877, nell'introduzione al suo lavoro sullo scopo del diritto, il giurista tedesco ricorda come nel consegnare alle stampe nel 1865 la prima edizione del suo terzo tomo del *Geist des römischen Rechts* avesse colto una debolezza della consueta rappresentazione del diritto in accezione soggettiva quale coerente alla prospettiva volontaristica, sostituendovi invece il fondamento nell'idea di interesse. E come proprio attraverso l'interesse quale fondamento del diritto, si accorse dell'importanza dello scopo del diritto, quale vero motore del giuridico:

«lo scopo è creatore dell'intero diritto, non esiste alcuna norma giuridica che non deve la sua origine allo scopo».<sup>94</sup>

Si tratta di una «svolta» (*Umschwung*) metodologica che, a

---

<sup>91</sup> *Individualismo e diritto privato romano*, cit., 21 ss.

<sup>92</sup> Vd. al riguardo l'attenta lettura fattane da P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., 120 ss.; 152 ss.; IDEM, *Droit naturel, 'ius Quiritium: observations sur l'anti-individualisme de la conception romaine de la propriété*, in *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Roma, 2009, 121 ss., dove, in relazione al sintagma *meum esse ex iure Quiritium* della *legis actio sacramento in rem*, si precisa come l'affermazione d'appartenenza della cosa sia innervata nella appartenenza alla comunità di *cives*. Sul punto, si vd. anche A. MALENICA, *L'idea di Marx sulla proprietà*, in *Index* 16, 1988, 15 ss. e O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà*, cit., 89-104.

<sup>93</sup> Il percorso di maturazione nel pensiero di RUDOLPH VON JHERING in materia sarebbe di per sé degno di uno studio monografico: *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrb.f. Dogm.d. heut.röm.u.deutsch. Privatrechts* VI, 1862, 81 ss. [= *Gesammelte Aufsätze*, II, Jena, 1882, 22 ss.]; *Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*, Jena, 1869<sup>2</sup>. Ne propone un quadro, il lavoro di CHUN-TAO LEE, *Jherings Eigentumsbegriff. Seine römischrechtlichen Grundlagen und sein Einfluss auf das BGB*, Baden-Baden, 2015.

<sup>94</sup> *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877, I, VI.

detta dello stesso Jhering, permetterebbe di spostare la prospettiva dal contenuto concettuale (nel quale il movimento potrebbe dirsi più statico) agli interessi perseguiti (che donano anche in chiave storica una dimensione diversa e più dinamica ai contenuti giuridici)<sup>95</sup>.

Rispetto al problema della proprietà, Jhering coglie con maggiore chiarezza il ruolo della comunità e le scelte di politica del diritto legate al rapporto tra uso comune o privato delle cose<sup>96</sup>, dipanando così la complessità delle forme di proprietà (individuale, statale, comunitaria)<sup>97</sup>.

Il contributo di Rudolph von Jhering si orienta contro una lettura individualista della proprietà a favore di una sua necessaria coerenza con gli interessi della società e quindi della sua funzione sociale<sup>98</sup>.

La direzione presa avrà una forte ricaduta sugli studi successivi, più della critica marxiana sopra vista, probabilmente perché della critica del maestro di Göttingen la scienza del diritto coeva e successiva riconosceva il comune lessico e la piena padronanza concettuale della trama giuridica, in sostanza la sua *shibboleth*<sup>99</sup>.

L'intuizione jheringhiana darà il là agli approfondimenti, negli studi di De Martino in Italia, e di Franz Wieacker e Max Kaser in Germania<sup>100</sup>. La scienza romanistica della prima metà

<sup>95</sup> Sul *Umschwung* jheringiano, si vd. per tutti O. BEHREND, *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale*, in *Rivista di diritto romano*, III, 2003.

<sup>96</sup> R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, cit., I, 289 ss.

<sup>97</sup> R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, cit., I, 457 ss. Per una sua rappresentazione statica, concettualmente condizionata dal modello pandettistico, si vd. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, 1877<sup>3</sup>, 349.

<sup>98</sup> R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, cit., I, 507 ss. (510-511: «Non è vero che la proprietà include in sé in base alla sua "idea" il potere assoluto di disposizione. Un potere di questo tipo non è sopportabile dalla società e in effetti non è stata tollerata. L'idea della proprietà non può portare con sé ciò che è in contraddizione con l'idea di società»).

<sup>99</sup> F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1959, 197-219; O. BEHREND, *Der Durchbruch zum Zweck des Rechts*, in *Rechtswissenschaft in Göttingen*, a cura di F. LOOS, Göttingen, 1987, 229-269; T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2001, si vd. in particolare il problema della c.d. libertà sociale, 83 ss. e 502 ss.

<sup>100</sup> Si vd. supra n.89, n. 90 e n. 12.

del Novecento sottopone, infatti, a verifica le letture pandettistiche, dapprima ponendo in dubbio la rappresentazione dello schema della proprietà privata quale modello concettuale assoluto ed esclusivo (che aveva finito per ingabbiare il rapporto persona-cosa in chiave individuale di *ius abutendi* e *ius excludendi*), e poi proponendo una innovativa lettura delle fonti in chiave storico-lineare, dal potere personale unitario del *pater familias* su *res* e *personae* alla sua differenziazione funzionale a seconda che tale potere sia esercitato nei confronti di persone libere (potestà) o di cose e servi (proprietà) <sup>101</sup>.

Resta, quindi, con evidenza, pur in una consapevole prospettiva storica, la resistenza della forza centripeta della 'proprietà privata', quale punto di vista privilegiato, sebbene punto di arrivo che attrae inesorabilmente l'interesse degli studi in materia. Ciò, però, non deve impedire di riconoscere al dibattito realizzatosi l'aver rappresentato un netto balzo in avanti delle nostre conoscenze in materia, senza il quale, il colpo d'ali dei decenni successivi alla Seconda guerra mondiale, non sarebbe stato possibile.

Gli studi della prima metà del Novecento riescono, infatti, a destrutturare il concetto liberale della proprietà privata (anche in rapporto al suo peso ideologico) e a liberarsi dalla sua centralità, orientandosi verso quello delle forme differenziate dell'appartenenza.

##### 5. Una proposta in conclusione.

Al termine di questa lettura del problema, mi sembra emergano confermate due prospettive interagenti.

Una, di critica al diritto odierno, tesa ad evidenziare i limiti di una visione che ponga la proprietà privata quale schema giuridico centrale nelle forme di appartenenza della contemporaneità, espressivo di una idea di assolutezza ed esclusività. Si tratta di una prospettiva che, lungi dall'essere una eredità romana, è il frutto di una sovrapposizione moderna di significato giuridico della proprietà all'interno di una continuità terminologica.

---

<sup>101</sup> Al di là delle differenti opzioni terminologiche che venivano a rappresentare questo potere unitario arcaico del *pater familias*: o *manus* o *potestas* o *mancipium*.

La seconda, di critica della ricostruzione storiografica che si orientava a cogliere in chiave di evoluzione e derivazione l'idea del *dominium* dai poteri del *pater familias* (o da uno di essi). Si evidenzia, invece, una linea di discontinuità che, proprio partendo dall'idea processuale della *suità*, enuclea la categoria del 'dominio', che apre nuovi filoni interpretativi, attraendo nuove forme di appartenenza della cosa alla persona, e che fonderà con la riscoperta dei testi giustinianeî a Bologna, la nuova stagione dei *dominia* medievali.

Sarà, invece, – come visto – con l'orientamento inaugurato nel Cinquecento e consolidato, con una forte accelerazione, nell'Ottocento tedesco che si innesterà una *reductio ad unitatem* dello schema proprietario, con una selezione poderosa e semplificante dei contenuti della tradizione, fino a impiantare l'idea proprietaria su una caratterizzazione di assolutezza ed esclusività nei Codici civili moderni.