4.

Il possesso medievale nella storiografia giuridica Italiana tra otto e novecento

In *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXVI (2000), *Supplementum*, pp. 175-216.

MARIO CARAVALE

IL POSSESSO MEDIEVALE NELLA STORIOGRAFIA GIURIDICA ITALIANA TRA OTTO E NOVECENTO

1. – «La teoria del possesso è una delle più difficili che s'incontra in ogni forma di sistema di diritto»: così Francesco Filomusi Guelfi enunciava all'inizio del secolo la difficoltà di definire la natura del possesso non solo nell'ordinamento vigente, ma anche in quelli dei secoli passati e, di conseguenza, metteva in evidenza i problemi che rendevano arduo lo studio della sua evoluzione storica[1]. Ed in effetti la dottrina e la storiografia giuridica a lui contemporanee incontravano non poche difficoltà nell'analisi di questo complesso istituto che tanti punti di contatto presenta con il principe dei diritti privati, il diritto di proprietà.

La scienza civilistica italiana di età liberale, in particolare, dibatteva sulla natura del possesso che l'ordinamento prendeva in considerazione sia come modo di acquisizione della proprietà, attraverso l'usucapione, sia come istituto a sè, meritevole di protezione in quanto tale. La polemica tra i seguaci della tesi del Savigny[2] – per il quale, come noto, il possesso era un mero fatto, ancorchè produttivo di conseguenze giuridiche – e quelli dello Jhering[3] – che giudicava il possesso un interesse tutelato dall'ordinamento e perciò esso stesso un diritto vero e proprio – non era l'unica che divideva, in Italia come negli altri Paesi europei, i giuristi[4]. Alcu-

[1] F. FILOMUSI GUELFI, *Del possesso. Appunti per le lezioni, a.a. 1906-1907*, Roma 1907, 5. Sul giurista si veda la biografia curata da S. TORRE per il *Dizionario Biografico degli Italiani* 48 (1997) 815-818.

[2] La tesi fu esposta dal Savigny nell'opera *Das Recht des Besitzes*, pubblicata a Giessen nel 1803. L'opera ha avuto una grandissima diffusione in Europa ed ha conosciuto nel secolo XIX sette edizioni, l'ultima delle quali, curata da Rudorff, apparve a Vienna nel 1865. Di recente è stata pubblicata una nuova edizione, Darmstadt 1967. In Italia furono edite due traduzioni, una curata da Pietro Conticini, pubblicata prima a Firenze nel 1839, poi a Napoli nel 1840, l'altra da Raffaele Andreoli, Napoli-Salerno 1857. Su queste traduzioni si veda M. T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, 1, Napoli 1987, 74; 2, *ibid.* 1986, nn. 677, 707, 1383.

[3] R. VON JHERING, *Über den Grund des Besitzesschutzes*, Jena 1869. L'opera fu tradotta in italiano da F. Forlani, Milano 1972 (in proposito M. T. NAPOLI, *La cultura*, 2, cit. n. 1737). Lo studioso tornò sull'argomento con il lavoro *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena 1889, per il quale si veda C. BREZZO, *La nuova teorica possessoria di Jhering e la critica del metodo dominante*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 9 (1890) 361-385.

[4] Per un quadro complessivo dei giuristi italiani sostenitori delle due tesi rinvio a L. ROSSI, *Possesso*, in *Digesto Italiano* 18.2 (1924) (la voce porta, però, la data del 1911), 1406 s. Tra gli esponenti della prima corrente interpretativa ci limitiamo a ricordare N. DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, Napoli 1869, 1, 413; B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 17.1 (1894) 161-195; 20 (1895) 46-109 (ora anche in *Scritti giuridici*, a cura di Piero Schlesinger, Torino 1956, 2, 186-363, in particolare 362) e G. CHIRONI, *Istituzioni di*

ni tentavano una tesi intermedia e parlavano di «presunzione di proprietà»[5]; la maggior parte degli studiosi discuteva sulla natura del diritto in cui il possesso consisteva o che da lui era prodotto, giudicato da alcuni come un diritto personale in base alla considerazione che la tutela possessoria romana consisteva negli interdetti e questi nascevano da *obligationes ex maleficio*, da altri come un diritto sulla persona, dato che la tutela riguardava soprattutto la difesa contro la violenza privata, da altri, infine, come un diritto reale. E se questi ultimi erano la maggioranza, le loro conclusioni non erano, tuttavia, univoche, poichè per alcuni si tattava di una «proprietà incipiente», per altri di un diritto reale «precario», diverso dalla proprietà e dagli *iura in re aliena* che presentavano un carattere definitivo, per altri, infine, un diritto difficilmente coordinabile con i diritti reali veri e propri, in particolare con la proprietà[6].

Nè la disciplina del codice civile del 1865 aveva risolto tutti i problemi. Il codice regolava il possesso non soltanto nel quadro dei modi di acquisto della proprietà, ma anche come istituto giuridico a sè che inseriva nel libro II «Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni», in un titolo a lui esclusivamente dedicato (il quinto). Sotto questo profilo, dunque, il codice italiano aveva seguito l'impostazione adottata dal codice austriaco del 1811 (parr. 308, 309, 352) che aveva visto nel possesso uno dei diritti sulle cose e lo aveva disciplinato come istituto a sè, distinguendolo non solo, in base all'*animus*, dalla mera detenzione, ma anche dagli altri diritti reali[7]. Ma la definizione del possesso adottata dall'art. 685 del codice italiano («Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per sè stesso, o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui») era la mera traduzione dell'art. 2228 del codice napoleonico che non considerava il possesso come istituto a sè, ma solo nel quadro della prescrizione e, di conseguenza, lo disciplinava nell'ambito del titolo XX «Della prescrizione» del libro III «Dei diversi modi coi quali si acquista la proprietà» e non distingueva tra possesso e detenzione[8]. E allo stesso tempo il codice italiano dava del possesso una defini-

diritto civile, 1, Torino 1912, 272 e *Elementi di diritto civile*, Torino 1914, 125. Tra i fautori della seconda A. TARTUFARI, *Della acquisizione e della perdita del possesso*, 1, Milano 1887, 1 e B. SCILLAMÈ, *Sistema generale del possesso nel diritto civile moderno in rapporto alla dottrina, alla storia, alla legislazione patria e comparata, ed alla giurisprudenza*, Genova 1895, 370-376.

[5] Così in Italia, ad esempio, F. BUONAMICI, *Sul libro La protezione del possesso del dottore Jhering professore di diritto romano a Vienna. Versione italiana del dott. F. Forlani, Milano 1872*, in *Archivio giuridico diretto da F. Serafini* 9 (1872) 400-426.

[6] Per queste interpretazioni rinvio a L. ROSSI, *Possesso* cit. 1406 s. e ad A. BUTERA, *Possesso*, in *Dizionario pratico del diritto privato* 5 (1940) 128-133.

[7] Sulla disciplina del possesso nel codice civile austriaco si veda G. WINIWATER, *Del possesso secondo il diritto civile austriaco*, versione dal tedesco a cura dell'editore Giuseppe Rossi, Verona 1828.

[8] G. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, Torino 1906, 436 s.; L. ROSSI, *Possesso* cit. 1404-1406.

zione molto ampia e generica, così da comprendervi sia il possesso di cose corporali, sia quello di diritti[9].

Divisi sulla definizione della natura del possesso, i giuristi su un punto erano d'accordo: tale natura – qualunque essa fosse – non era mutata rispetto all'età romana, di modo che la *possessio* romana coincideva nella sostanza con il possesso del secolo XIX, nonostante le incongruenze della disciplina contemporanea. La discussione sulla natura del possesso riguardava, di conseguenza, non soltanto gli ordinamenti vigenti, ma anche quello romano. Ne risultarono coinvolti, naturalmente, in primo luogo gli studiosi di quest'ultimo diritto e, in misura minore, anche gli storici del diritto dell'età intermedia che negli anni dopo l'Unità iniziavano le loro prime esperienze di ricerca. Costoro, comunque, appaiono interessati soprattuto a tre temi, quello della ricostruzione della disciplina possessoria nella società del primo Medioevo, fortemente influenzata dal diritto germanico, quello del contributo di originalità recato dal diritto canonico e, infine, l'altro della elaborazione dottrinaria proposta dalla scienza giuridica, in particolare dai glossatori e dai commentatori. I loro interventi in tema di possesso nel periodo considerato non sono numerosissimi, ma appaiono sufficienti a testimoniare l'interesse delle prime generazioni di storici del diritto per lo studio dell'evoluzione di istituti giuridici, interesse che, invece, in quelle successive si è andato vieppiù affievolendo. Un interesse che, comunque, si limitava sostanzialmente alla ricostruzione della vicenda dell'istituto nel Medioevo e poco si estendeva al periodo successivo.

2. – Gli storici italiani che affrontarono il complesso tema del possesso e cercarono di ricostruirne la disciplina negli ordinamenti di età medievale richiamarono costantemente gli studi di romanisti e di giuristi positivi che erano intervenuti sul problema della natura del possesso stesso. E non si riferirono soltanto ai maggiori esponenti della dottrina germanica, ma presero anche in considerazione tesi esposte da studiosi italiani.

Alla vigilia dell'unificazione d'Italia Enrico Precerutti, professore di diritto civile nell'Università di Torino, sosteneva l'identità sostanziale tra *possessio* romana e possesso disciplinato dal codice albertino, indicando la differenza tra la disciplina antica e quella contemporanea nel fatto che la prima limitava la *possessio* alle sole cose corporali, escludendola per i diritti – per i quali aveva inventato la categoria della *quasi possessio* –, mentre la seconda individuava il possesso nell'«esercizio di un diritto reale». Il possesso consisteva ora, a suo giudizio, nel «fatto di colui che praticando atti propri di un determinato diritto reale manifesta l'intenzione che una cosa

[9] L. Rossi, *Possesso* cit. 1406.

sia sottoposta in suo favore ad un diritto di proprietà o di servitù»[10]. Il Precerutti non faceva cenno alcuno alla dottrina medievale e si limitava a ricordare tra gli autori del passato il solo Pothier; nè richiamava la tesi del Savigny, studioso che citava insieme con altri senza segnalarne in maniera particolare il contributo interpretativo.

Al Savigny, invece, si collegava strettamente Ilario Alibrandi, professore di diritto romano nell'Università di Roma, in uno studio pubblicato all'indomani dell'annessione di Roma al Regno d'Italia. Anche l'Alibrandi dava per scontato che *possessio* romana e possesso contemporaneo concidevano e rilevava che i giuristi romani non erano mai pervenuti ad una teoria generale del possesso, interessati, come erano, più alla soluzione di problemi pratici che alla definizione di costruzioni astratte. L'analisi della disciplina romana, comunque, lo induceva a concordare con il Savigny «essere il possesso un fatto e non un dritto» ed a precisare che «sebbene il possesso consista in un fatto, non è men vero che esso ha molte attinenze col dritto»: esso è «fonte di dritto..., ma non perciò è un dritto esso stesso»[11]. Al Savigny, però, l'Alibrandi contestava il mutamento di interpretazione che dalla chiara idea iniziale, esposta nelle prime edizioni del volume – per la quale il possesso era da considerare, appunto, un mero fatto produttore di diritto –, era passato nelle ultime edizioni dell'opera medesima a giudicarlo «ad un tempo fatto e dritto»: l'Alibrandi, al contrario, rimaneva fermo sulle posizioni originarie e respingeva la nuova visione del Savigny, convinto che se «da un fatto nascono conseguenze giuridiche», questo non «sarà ad un tempo fatto e dritto»[12].

Contro il Savigny si esprimeva, poi, qualche anno dopo, Pasquale Del Giudice, il quale, peraltro, non accettava nemmeno la lettura dello Jhering e alle due tesi prevalenti preferiva quella di Carl Georg Bruns, autore, come vedremo in seguito, del più completo studio sulla storia del possesso nella dottrina giuridica medievale. Il Bruns aveva affrontato il tema della natura del possesso in un'altra opera[13]: e il Del Giudice condivideva la sua interpretazione per la quale «l'uomo per il solo fatto della sua libertà (personalità) è autorizzato a dominare le cose, e...la sua volontà di dominio (*animus domini*) quando sia giunta colla presa di possesso alla effettiva signoria, gli dà di per sè un diritto assoluto (proprietà) sopra le cose provate senza padrone, e altrimenti un diritto relativo che cede soltanto alla prova di una proprietà o di altro diritto; ma fino allora la sua signoria non

[10] E. PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, Torino 1959 (la citazione è tratta dalla seconda edizione, *ibid.* 1861, p. 274).

[11] I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma 1971, 27, 30 s. Sul giurista si veda la biografia curata da E. VOLTERRA per il *Dizionario Biografico degli Italiani* 2 (1961) 370 s.

[12] *Ibid.* 32.

[13] *Die Besitzklagen*, Weimar 1874. Su di essa si veda la recensione di G. PADELLETTI, in *Archivio giuridico diretto da F. Serafini* 15 (1875) 3-54.

può essere nè turbata nè sottratta contro la sua volontà, e quindi *hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet*»[14].

Identitità sostanziale tra *possessio* e possesso, dunque, anche per il Del Giudice, al pari di quanto riteneva Giuseppe Brini, il quale qualche anno più tardi discusse la tesi dell'Alibrandi sulla mancata formulazione di una teoria generale del possesso da parte dei giuristi romani, «intenti sempre più alla pratica che alle astrazioni», tesi che era stata accolta da parte della dottrina tedesca e contraddetta da altri studiosi[15]. Il Brini rilevava che le difficoltà di interpretazione del possesso derivavano dal fatto che il termine possesso presenta un duplice significato, poichè designa da un canto il rapporto materiale e diretto tra il soggetto e la cosa, dall'altro un istituto giuridico. Solo il primo profilo poteva esprimersi in un mero fatto: e tale fatto si designava con l'espressione «possesso della cosa». Il secondo, invece, si aveva quando «una persona sia e si trovi investita di fatto soltanto... di un diritto, che non le spetta; che... ne abbia il godimento, senza che il diritto sia suo». Una posizione, questa, che, a suo giudizio, poteva essere indicata solo come «possesso di un diritto»: «non si ritrova qui se non questo: che in sostanza si è trasportato, per realtà e per concetto, ai diritti o alle cose incorporali, quella condizione medesima di fatto, che si aveva già... verso le cose corporali». E il Brini concludeva definendo il possesso dei diritti «una figura giuridica generale»: e contro l'idea dell'Alibrandi sosteneva che i giuristi romani erano pervenuti, anche se attraverso non poche difficoltà ed incertezze, ad individuare detta figura generale, estendendo il possesso a tutti i diritti, anche a quelli obbligatori, familiari e personali[16].

Anche negli anni successivi gli studiosi continuarono ad interrogarsi sulla natura del possesso, dando per certa l'identità tra *possessio* romana e possesso contemporaneo. Così Camillo Brezzo, nel recensire il volume dello Jhering *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena 1889, illustrava con precisione le diverse interpretazioni della differenza tra possesso e detenzione fornite dal Savigny e dallo Jhering. Secondo il primo si ha possesso quando il soggetto ha l'*animus possidendi*, vuole – cioè – tenere per sè la cosa (*animus sibi habendi*) o vuole comportasi come il proprietario della stessa (*animus domini*), mentre si ha detenzione quando il soggetto tiene la cosa per conto d'altri (teoria soggettiva). Le difficoltà di dimostrazione di un elemento soggettivo, quale è l'*animus*, aveva-

[14] P. Del Giudice, *Enciclopedia ad uso delle scuole*, Milano 1880, 89 s. Sul Del Giudice rinvio a quanto detto nella biografia curata per il *Dizionario Biografico degli Italiani* 36 (1988) 610-613.

[15] G. Brini, *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano*, in *Per l'VIII centenario della Università di Bologna. Studi giuridici e storici*, Roma 1888, 133 s. Il Brini cita, in particolare, L. Pininski, *Der Thatbestand des Sachbesitzwerbs nach gemeinen Recht*, Leipzig 1885 e ricorda come esponente dell'opposta interpretazione E. Meischeider, *Besitz und Besitzschutz*, Berlin 1876.

[16] G. Brini, *Possesso* cit. 137-161.

no spinto, invece, lo Jhering a fondare la distinzione sulla «natura oggettiva del rapporto»: una natura che in un primo tempo lo stesso studioso aveva ritenuto facilmente dimostrabile con la presentazione del titolo del possesso, ma che successivamente, prendendo atto della frequente difficoltà di presentazione di un tale titolo, aveva ritenuto doversi sempre presumere possessoria fino a prova contraria[17].

La discussione sulla natura del possesso proseguì vivace negli anni successivi: alla fine del secolo il Dusi ne tracciava il quadro complessivo rilevando la ricchezza e l'articolazione degli interventi[18]; e lo stesso facevano all'inizio del Novecento il Filomusi Guelfi[19] e Lanciotto Rossi[20], a conferma delle incertezze che continuavano a dominare nella scienza romanistica e nella dottrina civilistica.

Il dibattito coinvolse anche la storiografia di diritto intermedio che proprio in questi decenni andava definendo le fondamenta del proprio campo di indagine. In Italia gli storici del diritto intermedio intervennero direttamente nella questione – come fece, ad esempio il Pais Passino, autore dell'unica monografia sulla storia del possesso medievale apparsa in Italia nel periodo in esame[21] –, o si limitarono a citare correntemente nei loro lavori le conclusioni cui erano pervenuti romanisti e civilisti e ne condivisero l'impostazione generale del problema. Anche per gli storici del diritto medievale la *possessio* romana aveva natura identica a quella del pos-

[17] C. Brezzo, *La nuova teorica* cit. 362 s.

[18] B. Dusi, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 17 (1894) 6-9. Sul Dusi si veda A. De Nitto, *Dusi, Bartolomeo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* 42 (1993) 226-231.

[19] F. Filomusi Guelfi, *Del possesso* cit. 6-8.

[20] L. Rossi, Possesso cit. 1301-1319.

[21] G. Pais Passino, *Contributo alla storia del possesso nel diritto italiano*, Sassari 1886. Il Pais Passino era libero docente e nell'a. a. 1885-86 superò il concorso di dottore aggregato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari. Nello stesso a. a. ricevette l'incarico di Introduzione alle scienze giuridiche ed Instituzioni di diritto civile e svolse il corso libero di Storia del diritto. Al riguardo G. Fois, *L'Università di Sassari nell'Italia liberale. Dalla legge Casati alla rinascita dell'età giolittiana nelle relazioni annuali dei Rettori*, Sassari 1991, 174 s. Il Pais Passino fu titolare dei medesimi incarichi anche per l'a. a. successivo; ma a partire dall'a. a. 1887-88 risulta elencato soltanto tra i dottori aggregati della Facoltà giuridica sassarese, mentre l'incarico della materia, ora denominata Enciclopedia ed Instituzioni di diritto civile, fu attribuito da allora al prof. Antonio Piras, ordinario di diritto civile. Queste notizie si ricavano dal *Calendario generale del Regno d'Italia* che fino al 1894 continua a ricordare il Pais Passino tra i dottori aggregati della Facoltà giuridica sassarese: a partire dal 1895, poi, il *Calendario* non registra più i nomi dei dottori aggregati. Si deve aggiungere che lo stesso *Calendario* a partire dal 1887 indica un Avv. Giuseppe Pais Passino tra i funzionari dell'amministrazione centrale del Ministero dei Lavori Pubblici: il nome continua ad essere riportato fino al 1894, quando risulta aver lasciato l'amministrazione centrale per passare all'VIII Compartimento del Genio Civile. Dopo questa data il nome scompare, dato che il Calendario non menziona più i funzionari dei compartimenti del Geno Civile. La difficoltà di consultazione dei documenti del Ministero dei Lavori Pubblici e la mancanza di un fascicolo personale intitolato al Pais Passino nei documenti del Ministero della Pubblica Istruzione conservati presso l'Archivio Centrale dello Stato impediscono di identificare, al di fuori di ogni dubbio, il funzionario dei Lavori Pubblici con il libero docente sassarese, come potrebbe suggerire la rarità del cognome.

sesso disciplinato del diritto contemporaneo. Esplicitamente lo riconosceva il Pais Passino il quale ricostruiva un quadro accurato della dottrina tedesca, francese ed italiana che si era espressa negli anni precedenti sul tema, per concludere che la maggior parte dei romanisti e dei civilisti, condividendo la tesi del Savigny, vedeva nel possesso «un semplice fatto» e che tale lettura risultava la più convincente[22]. Aggiungeva che il possesso si distingue dalla detenzione per il differente *animus* con cui il soggetto tiene la cosa: differenza su cui la dottrina continuava a dibattere, ma che per il Pais Passino consisteva nel dato che «elemento essenziale del possesso» era «la volontà di valersi della cosa posseduta come se fosse propria»[23]. L'interpretazione della storiografia romanistica e della scienza civilistica, allora, riguardava, secondo il Pais Passino, la medesima realtà giuridica: la lettura da quelle proposta valeva sia per la *possessio* romana, sia per il possesso disciplinato dai codici del secolo XIX.

La medesima impostazione troviamo nei primi manuali italiani di storia del diritto intermedio, i quali concordano nel presentare il possesso come caratterizzato da una disciplina cangiante nel tempo e da una sostanza immutata nel passaggio da epoca a epoca. Non solo. I manuali in questione presentano un ulteriore elemento che ci consente di comprendere meglio l'impostazione metodologica seguita correntemente dalla storiografia nello studio del possesso medievale. Essi, pur dando conto della discussione sulla natura del possesso ed evidenziando le incertezze definitorie nell'ordinamento romano, in quelli medievali e moderni, nonchè nella disciplina dei codici ottocenteschi, un punto presentano fermo: nel quadro dell'ordine sistematico, indispensabile in un lavoro indirizzato innanzi tutto agli studenti, collocavano il possesso tra i diritti sulle cose, dopo l'analisi del diritto di proprietà e degli *iura in re aliena*, in piena conformità ai criteri adottati dal codice civile del 1865. Questa sistemazione risulta inaugurata dal manuale di Antonio Pertile, la cui prima edizione uscì a Torino tra il 1873 e il 1887[24], ed accolta successivamente da quelli di Giuseppe Salvioli del 1890[25], di Carlo Calisse[26] e di Federico Ciccaglione – quest'ultimo già autore, nel 1884 di una *Storia del diritto italiano* – dell'anno successivo[27], di

[22] G. PAIS PASSINO, *Contributo* cit. 41.

[23] *Ibid.* 29.

[24] *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 4: in questa sede si userà la seconda edizione, nella quale il vol. IV fu pubblicato, sempre a Torino nel 1894. Sul *Manuale* del Pertile rinviamo a B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, 109-114.

[25] *Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, Torino 1890 (in questa sede sarà usata la 2 ristampa della 4 ed., *ibid.* 1906). In proposito B. PARADISI, *Apologia* cit. 116 s.

[26] *Storia del diritto italiano*, 3, *Diritto privato*, Firenze 1891: al riguardo B. PARADISI, *Apologia* cit. 116 s. Sul Calisse si veda G. REBUFFA, *Calisse, Carlo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* 16 (1973) 730-732.

[27] *Manuale di storia del diritto italiano*, Milano 1901: sulle opere del Ciccaglione si veda B. PARA-

Cesare Nani, pubblicato postumo, a cura di Francesco Ruffini, nel 1902[28] e di Arrigo Solmi apparso nel 1908[29]. In altre parole, i manuali in questione prendevano come punto di partenza il codice civile, in virtù di questo leggevano il possesso sia come elemento dell'usucapione sia come diritto sulle cose – corporali ed incorporali – e dal codice risalivano al passato, per ricercare l'origine e l'evoluzione delle norme che quello aveva definito. In questa ottica il possesso in età medievale e moderna era trattato come un diritto reale in rapporto dialettico con gli altri diritti reali, la proprietà innanzi tutto. Il dibattito sulla natura del possesso finiva, allora, in secondo piano: se ne parlava per completezza di illustrazione dei problemi discussi dai teorici del diritto in merito all'istituto, ma se ne prescindeva nel momento in cui dai temi astratti della riflessione si doveva passare alla realtà concreta della disciplina.

La lettura del possesso in età medievale e moderna offerta dalla storiografia giuridica appare, allora, pienamente rispettosa dell'indirizzo pandettistico prevalente, nella scienza romanistica come in quella civilistica, che vedeva gli istituti giuridici identici, nella sostanza, nell'ordinamento vigente e in quelli del passato. L'adozione di tale metodo aveva decisive conseguenze nello studio del diritto medievale e moderno: il *dominium* dell'età intermedia finiva per essere presentato come del tutto sterilizzato dall'articolata complessità che lo aveva caratterizzato e lo aveva legato inscindibilmente alla *iurisdictio* facendone un potere in cui aspetti privatistici e profili pubblicistici si fondevano senza demarcazione alcuna. Era presentato, in altre parole, come il precedente dell'istituto privatistico della proprietà, centro del sistema codicistico dello Stato liberale[30]. E di conseguenza anche il possesso, che innanzi tutto col *dominium* si era relazionato in età intermedia, era visto come un diritto privato – o, per alcuni, come fatto produttore di diritti privati –, senza alcun apprezzamento per i contenuti giurisdizionali che la sua titolarità necessariamente aveva comportato. Nell'ampio dibattito, che abbiamo visto dipanarsi sulla natura del possesso, non si registra alcuna voce che ricordi detti contenuti giurisdi-

DISI, *Apologia* cit. 116. Sul Ciccaglione rinvio alla biografia da me curata per il *Dizionario Biografico degli Italiani* 25 (1981) 350-352, nonchè al saggio di S. STORTO, *Federico Ciccaglione (1857-1943)*, in *Studi di storia del diritto* 1 (1996) 567-621.

[28] *Storia del diritto privato italiano*, Torino 1902.

[29] *Storia del diritto italiano*, Milano 1908. A questa edizione ne seguiranno altre due, sempre a Milano, nel 1918 e nel 1930: in questa sede sarà utilizzata la terza edizione. Sul Solmi e sulla sua opera B. PARADISI, *Apologia* cit. 153-159.

[30] Su questa lettura del *dominium* romano quale istituto corrispondente a quello attuale della proprietà e sulla lunga prevalenza in dottrina della lettura medesima rinviamo a R. FEENSTRA, *Duplex dominium*, in *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, a cura di J. A. Ankum, R. Feenstra, W. F. Leemans, 1, Leiden 1968, 55.

zionali: e la giovane storiografia di diritto intermedio, che a quel dibattito si riportava e che appare ancora timida ed incerta di fronte alla più autorevole storiografia romanistica ed alla ben consolidata scienza giuridica del periodo, non poteva non seguirne la prevalente impostazione metodologica.

3. – La medesima impostazione fu seguita dagli storici del diritto intermedio anche nell'analisi del principale problema che sul tema in questione poneva l'incontro tra diritto romano e diritto germanico nel primo Medioevo, quello del rapporto tra *possessio* romana e *Gewere* germanica.

Sulla natura di quest'ultimo diritto – che era designato anche con il termine latino *vestitura*, o *investitura*, e con il francese *saisine* – la storiografia tedesca andava discutendo sin dai primi anni del secolo. Così l'Albrecht aveva sostenuto che l'antica *Gewere* germanica non coincideva nè con la *possessio* romana, nè con il *dominium*, dato che si sostanziava nel diritto di difendere in giudizio la cosa contro ogni altro soggetto, un diritto all'azione (*Klagerecht*) – quindi – spettante non solo a chi di fatto aveva un rapporto diretto con la cosa, ma anche a chi era unanimamente riconosciuto come titolare di tale rapporto[31]. La tesi, che proponeva una distinzione tra il diritto sostanziale e la sua tutela processuale difficilmente accettabile per il mondo germanico, fu seguita da una buona parte della storiografia[32]. Per altri studiosi, invece, il termine *Gewere* avrebbe indicato in maniera indistinta tutte le forme di rapporto dell'uomo con le cose e di conseguenza avrebbe riguardato tutti i diritti reali disciplinati dall'ordinamento romano senza distinzione tra i diversi istituti[33]. Una terza interpretazione, infine, non avvicinava la *Gewere* indistintamente a tutti i diritti sulle cose, perché la considerava corrispondente alla sola *possessio* romana e di conseguenza giudicava naturale un incontro tra i due istituti nella prassi altomedievale[34].

Sulla questione gli storici italiani presero posizione sin dai primi studi. In verità nel saggio dedicato all'allodio Francesco Schupfer non sembra

[31] W. E. ALBRECHT, *Die Gewere als Grundlagen des ältern deutschen Sachenrechts*, Königsberg 1828, 1-3, 9 s., 25-27.

[32] Sull'importanza storiografica di tale tesi si vedano L. ROSSI, *Possesso* cit. 1359 e F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, 3, *Possesso e domini*, Città di Castello-Roma 1915, 9 s.

[33] Così, ad esempio, C. F. VON GERBER, *System des deutschen Privatrechts*, Jena 1867, 170-174; J. F. SCHULTE, *Lehrbuch der deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte*, Stutgart 1882, 473.

[34] Così P. LABAND, *Die vermögens rechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters*, Königsberg 1869; A. HEUSLER, *Die Gewere*, Weimar 1872 e *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 2, Weimar 1886; O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 2, Berlin 1883, 15-17. Un quadro della storiografia tedesca venne tracciato da G. PAIS PASSINO, *Contributo* cit. 166-178 e da F. RUFFINI, *L'actio spolii. Studio storico-giuridico*, Torino 1889, 114-121.

ancora pienamente consapevole del problema, dato che applicava senza tante remore al diritto germanico gli istituti della proprietà e del possesso: l'allodio era, a suo giudizio, «la proprietà vera e piena»[35] e uno dei modi di acquisto era la prescrizione per la quale era, comunque, necessario che «il possessore fosse in buona fede»[36]. Proprietà e possesso sembrano, dunque, presentare nell'ordinamento germanico natura identica a quella loro riconosciuta dal diritto romano. Della *Gewere* e delle sue peculiarità non sembra esserci traccia.

Pienamente consapevole della specificità dell'ordinamento germanico e della necessità di proporre una loro soluzione risulta, invece, il Pais Passino il quale si schierò contro la corrente interpretativa che avvicinava *Gewere* a *possessio*, accentuandone, peraltro, le conclusioni e quindi attribuendole una completa identificazione tra i due istituti. A suo parere si poteva cogliere un'analogia tra i due termini perché il primo, al pari del secondo, «indica principalmente... un rapporto di fatto» e non un diritto. Ma le affinità si fermavano qui: lo stato di fatto in cui la *possessio* romana si sostanziava non era sufficiente alla *Gewere* per la quale «occorre che il rapporto di fatto sia conseguenza e manifestazione di un rapporto giuridico», «si richiede» – in altre parole – «che il fatto sia l'esercizio di un diritto». Di conseguenza la *Gewere*, essendo riconosciuta «solo quando aveva per fondamento un titolo giuridico», non corrispondeva alla romana *possessio*[37].

Una tesi, questa, che il Pais Passino approfondì, poi, attraverso l'esame delle conclusioni cui erano pervenuti i sostenitori della sostanziale corrispondenza tra *possessio* romana e *Gewere* germanica. Tre erano a suo giudizio le principali argomentazioni sulle quali costoro si fondavano: la *Gewere* nasceva per i mobili con la detenzione, per gli immobili dall'atto formale dell'investitura; nel giudizio di rivendica il titolare della *Gewere* – «che necessariamente era convenuto» – aveva il privilegio della prova, nel senso che poteva limitarsi a dichiarare con il giuramento il proprio diritto, a meno che non fosse costretto a produrre prove per contestare le affermazioni della controparte; in caso di deiezione, il titolare della *Gewere* non perdeva il suo diritto e poteva ricorrere in giudizio contro il deiecente entro il termine di un anno e un giorno. Le tre argomentazioni non avevano, per il Pais Passino, fondamento valido. La prima perché se la *Gewere* fosse stata uguale alla *possessio* non avrebbe avuto senso la distinzione tra i modi di acquisto del diritto per i mobili e per gli immobili, dato che «il rapporto di fatto del possesso sarebbe stato presente in entrambi i casi»: la

[35] F. SCHUPFER, *L'allodio. Studi sulla proprietà dei secoli barbarici*, Torino 1886, 13 (lo studio fu pubblicato anche nel *Digesto Italiano* 1).

[36] *Ibid.* 123.

[37] G. PAIS PASSINO, *Contributo* cit. 177-181.

differenza, in realtà, a suo giudizio, dipendeva esclusivamente dai modi di tutela del diritto, per i quali in caso di beni mobili il possesso valeva titolo, mentre per gli immobili doveva essere giustificato da un titolo legittimo. La seconda perché il favore processuale riconosciuto al titolare della *Gewere* derivava non già dalla particolare importanza attribuita dal diritto germanico «al semplice rapporto di fatto», bensì dalla presunzione, riconosciuta «in qualunque società politica, a favore dello stato esistente nei rapporti giuridici». La terza perché non dimostrava altro che si distingueva il fatto dal diritto[38].

Infine il Pais Passino prendeva in esame il modo di acquisto della *Gewere*. In proposito contestava l'opinione di coloro i quali affermavano che «con la *traditio* era perfetto il passaggio del diritto, e che l'*investitura* valeva solo per conferire il possesso». A suo parere, invece, *traditio* e *investitura* coincidevano, come si poteva evincere sia dall'antica consuetudine germanica per la quale gli eredi del soggetto che aveva compiuto la *traditio* di un fondo a favore di un altro non erano tenuti a «farne a quest'ultimo l'*investitura*, sia da numerosi documenti che attestano una *traditio* fatta per mezzo di documenti, dato che «una forma di *investitura* consisteva nella consegna di un documento». L'*investitura* era stata introdotta in Italia dai Franchi: secondo il Pais Passino si trattava, infatti, di un modo di acquisto della *Gewere* ignoto ai Longobardi, i quali conoscevano soltanto «la trasmissione *per cartam*»[39].

La conclusione del Pais Passino era, allora, nel senso che la *Gewere* designava un rapporto complesso tra l'uomo e la cosa, un rapporto che conteneva in sè in maniera indistinta tutte le situazioni reali che i Romani avevano articolato negli istituti del dominio e dei diritti su cosa altrui. L'analisi del Pais Passino trovò in Federico Schupfer un lettore attento e acutamente critico. Schupfer, infatti, riempì di interessanti annotazioni le pagine del volume del Pais Passino da lui posseduto. Tale volume fa parte della biblioteca Schupfer, ora custodita presso la Biblioteca Alessandrina dell'Università «La Sapienza» di Roma[40] e consente di conoscere l'opinione del grande storico del diritto in anni di gran lunga precedenti la sua opera sul diritto privato dei popoli germanici.

Lo Schupfer condivideva la tesi di fondo del Pais Passino, quello della non coincidenza tra *possessio* romana e *Gewere* germanica; riteneva, però, che lo studioso sardo avesse frainteso l'opinione dell'Heusler, enfatizzan-

[38] *Ibid.* 181-193.

[39] *Ibid.* 194-201.

[40] Sulle vicende di detta biblioteca si veda il recente saggio di G. COLLI, "*Per salir degnamente la cattedra*". *Biblioteche, bibliotecari e professori alla Sapienza romana (1870-1957). La biblioteca dell'Istituto di Storia del Diritto italiano*, in *Il Bibliotecario* (1998) 122, 128-130.

done le conclusioni al punto da attribuirgli la tesi dell'identità tra i due istituti alla quale in realtà quello non aveva pensato. Così, pertanto, commentava la critica del Pais Passino all'Heusler: «Nè anche l'Heusler confonde la Gewere con la Possessio: dice solo che il diritto romano e il germanico avevan preso le mosse dallo stesso punto, e riconosce che il diritto germanico si è fermato a metà strada»[41]. Ma se concordava con le conclusioni finali del Pais Passino, non ne condivideva, per questo, tutte le osservazioni. Così contestava l'idea per cui la differenza tra diritto romano e diritto germanico consisteva nel fatto che il secondo tutelava soltanto il rapporto uomo-cosa derivante da titolo giuridico: nemmeno il diritto romano – a suo giudizio – prescindeva dal titolo che tale rapporto legittimava. «La parola vestitura si adoperava anche per il possesso ingiusto. Non di meno si è manifestata una certa reazione, ma del resto anche a Roma. Questo però è vero, che il possesso non giusto cedeva davanti al diritto migliore» affermava[42]; e subito dopo aggiungeva: «Neppure il diritto romano prescinde sempre dalla causa. Si vedano alcune applicazioni del termine *civilis possessio* per indicare un possesso approvato dal diritto che autorizzava alla usucapione»[43].

Ma era soprattutto l'interpretazione del Pais Passino sull'identità tra *investitura* e *traditio* ad attirare le critiche dello Schupfer. «L'essenza della tradizione» – egli scriveva – «sta nella rassegnazione e abbandono del diritto da parte dell'alienante: è un atto formale, con cui si documenta il passaggio del diritto. L'investitura è un atto parimenti solenne, con cui veniva trasmesso o preso il possesso. La tradizione è un elemento assolutamente necessario per la trasmissione concettuale della proprietà. La *vestitura* era importante specialmente di fronte agli eredi»[44]. Nè a sostegno dell'identità poteva essere invocata la consuetudine germanica – ricordata dal Pais Passino – per la quale gli eredi del soggetto che aveva proceduto alla *traditio* non erano tenuti all'investitura: secondo lo Schupfer tale regola «dipende da un antico principio che dispensava gli eredi dal riconoscere l'alienazione e gli attribuivano (sic) il diritto d'impugnarla, se l'acquirente non avesse dimostrato col fatto di essere proprietario della cosa. Gli eredi non cedevano che davanti al fatto»[45]. *Traditio* ed *investitura*, dunque, erano per lo Schupfer due atti formali distinti. Perciò correggeva il Pais Passino quando affermava che una forma di investitura consisteva «nella consegna di un documento»; secondo lo Schupfer «non era la vestitura, ma la traditio che si faceva colla carta»[46].

[41] G. Pais Passino, *Contributo* cit. 181.
[42] *Ibid.* 179.
[43] *Ibid.* 180.
[44] *Ibid.* 194.
[45] *Ibid.* 198.
[46] *Ibid.* 200.

Ed, infine, lo Schupfer non condivideva l'opinione del Pais Passino secondo la quale l'investitura era sconosciuta ai Longobardi ed era stata introdotta in Italia dai Franchi. Nel periodo longobardo, a detta dello Schupfer, «c'era questo, che la tradizione della carta implicava già la tradizione dei beni, per lo che l'acquirente poteva prendere possesso da sè, come risulta dal Reg. Farfa 154 a. 791. Il documento non accenna neppure da lungi a influenze franche. Manca veramente il nome di investitura; ma la cosa c'è. Il tradente faceva la dichiarazione di abbandonare il fondo (Troya, III, 415; V, 497 ecc.), e insieme permetteva all'acquirente di entrarvi e fare ciò che voleva. L'acquirente ne prendeva poi possesso da sè; e questa era una vestitura. Si vestiva da sè»[47].

Un'analisi altrettanto approfondita di quella condotta dal Pais Passino sulla questione dell'identità tra *possessio* e *Gewere* manca negli storici successivi i quali, nella stragrande maggioranza, accolsero l'idea della maggior complessità dell'istituto della tradizione germanica e dell'impossibilità di ridurlo alla mera *possessio*, designando quello ogni forma di rapporto di utilizzazione delle cose. Ma non sempre questa idea, proclamata per lo più dagli storici come premessa alla loro analisi del problema, risulta rispettata in maniera coerente nel corso dell'indagine stessa, nella quale non sono rari i passi in cui l'autore – vuoi per usare un linguaggio immediatamente comprensibile al lettore, vuoi per abitudine – finisce per confondere *Gewere, possessio* romana e possesso contemporaneo. Sembra allora che si ripeta anche sotto questo aspetto l'impostazione rilevata a proposito della questione della natura del possesso: ad un'iniziale corretta presentazione del problema segue una ricostruzione storica condotta in ossequio ai criteri pandetistici, di modo che anche nell'alto Medioevo, anche a proposito della complessa situazione espressa dalla *Gewere* germanica finiscono per trovare applicazione i concetti di proprietà, di diritto reale e di possesso che, secondo la maggior dottrina di quel periodo, i Romani avevano elaborato e i contemporanei fedelmente recepito.

Così il Pertile dichiarava che la distinzione del possesso dalla proprietà e dagli altri diritti reali «fu opera del graduale incivilimento e dell'influenza del diritto romano e del diritto canonico». In origine il diritto germanico non aveva alcun riguardo al possesso, ma «in breve, come si sentì il bisogno di porre un limite all'uso della forza privata affine di tutelare l'ordine sociale, s'incominciò a sostenerlo, difendendolo da turbazioni, almeno allora quando si accompagnava al diritto». Sotto i Carolingi, poi, si sarebbe fatto un ulteriore passo in avanti, perché si sarebbe accordata protezione al possesso in sè, indipendentemente dal diritto e anche contro il dirit-

[47] *Ibid.* 200.

to: si previde, infatti, una pesante pena pecuniaria per chi si fosse impadronito di un bene in mano altrui, pena alla quale l'imperatore Guido aggiunse anche la perdita della cosa. A questa tutela penale del possesso si sarebbe aggiunta in seguito anche quella civile, con una modifica graduale della situazione che non distingueva tra petitorio e possessorio. Sin dal secolo IX si sarebbe, infatti, concesso al possessore il privilegio di difendersi in giudizio con il solo giuramento: un privilegio di cui, peraltro, si poteva valere solo chi vantava un possesso di almeno un anno e un giorno[48].

Nella ricostruzione del Pertile, allora, si possono cogliere non poca confusione e non rare contraddizioni. Il possesso medievale sembra avere natura identica a quella della *possessio* romana e a quella del possesso disciplinato dal codice. Si tratta, con ogni evidenza, di un diritto reale – non già di mero fatto produttore di diritti – distinto dalla proprietà e dai diritti reali che sarebbe riuscito ad affermarsi gradualmente contro l'orginario diritto germanico. Ma se analiziamo più da vicino la lettura pertiliana di quest'ultimo diritto, ci accorgiamo che in essa la *Gewere* finisce per coincidere con il possesso. Lo attesta il fatto che lo studioso designa come tutela del possesso il privilegio giudiziario riconosciuto ai titolari di *Gewere*; lo conferma il fatto che lo stesso studioso per indicare il rapporto uomo-cosa prolungatosi per un anno e un giorno e tutelato dal suddetto privilegio dichiara che «questo possesso annuale costituì la saisina annuale che ebbe grande rilievo nel diritto francese»[49], usando come sinonimi «possesso» e «saisine».

Le difficoltà incontrate dalla storiografia giuridica italiana nel leggere la complessità della germanica *Gewere* alla luce delle categorie giuridiche romane si coglie con ogni evidenza anche nelle parole di Francesco Ruffini. Dopo aver ricordato le tre principali interpretazioni proposte dagli studiosi in merito alla natura della *Gewere* – istituto meramente processuale, indistinto rapporto di signoria sulla cosa, istituto sostanzialmente corrispondente alla romana *possessio* – il Ruffini concludeva scartando decisamente la prima. Ma la chiarezza mostrata nella fase della critica, non si ritrova al momento della costruzione dell'idea interpretativa: il Ruffini, infatti, iniziava col dire che la *Gewere* presentava «molti punti di sostanziale differenza con il possesso romano», ma subito dopo aggiungeva che la medesima teneva «nel sistema del diritto germanico lo stesso posto che il possesso in quello del diritto romano»[50].

[48] A. PERTILE, *Storia* cit. 4, *Storia del diritto privato*: l'edizione qui usata è la seconda, Torino 1894, 177-181.

[49] *Ibid.* 182.

[50] F. RUFFINI, *L'actio spolii* cit. 121.

Analoghe contraddizioni si riscontrano nel Salvioli, al quale, comunque, si deve un'analisi particolarmente approfondita del tema. L'inizio del suo discorso è chiaro: i Germani non potevano comprendere «le delicate ed elevate costruzioni giuridiche dei Romani in materia di possesso», nè adattarvi il loro diritto che, «corrispondendo ad un grado ancora inferiore di sviluppo economico», non aveva «una precisa distinzione fra possesso e proprietà, fra diritto a una cosa (*ius possidendi*) e possesso della medesima (*ius possessionis*)». I termini del problema appaiono qui espressi con grande lucidità: la definizione dei diritti reali fu opera della raffinata civiltà giuridica romana, che distinse e precisò le varie forme di rapporto tra l'uomo e la cosa, e non può essere rinvenuta nella più elementare società germanica, dove detto rapporto rimase indistinto. Sensibile studioso della matrice socio-economica del diritto, il Salvioli così spiegava la disciplina germanica del rapporto in questione: «In genere nei diritti primitivi si ritiene che il possessore di una cosa ne sia di regola il proprietario; ciò dipende dalle forme di comunismo che ancora prevalgono, dalla idea di proprietà che è molto incerta, oscura e manchevole, dal fatto che il primo occupante se può colla forza sostenersi, è riguardato come legittimo detentore e proprietario, infine dallo stato di mentalità che deriva da tutte queste circostanze». E proseguiva: «Quanto più la civiltà è rudimentale, tanto maggiore importanza si dà alle forme esterne, alle manifestazioni materiali del diritto stesso; e perciò il fatto a tutti visibile del possesso è considerato più del suo fondamento giuridico»[51].

Ma quando, poi, cercò di ricostruire la disciplina germanica della relazione uomo-cosa, anche il Salvioli finì per ricorrere al lessico giuridico corrente e, di conseguenza, per appannare la chiarezza che aveva segnato l'avvio della sua analisi. Lo studioso dichiarava, infatti, che il rilievo riservato nella elementare cultura germanica alle forme esterne del diritto aveva avuto la conseguenza di assegnare al possesso una particolare importanza «tanto che» – sono le sue parole – «il diritto delle cose fu trattato esclusivamente dal punto di vista del possesso». Tale situazione non si sarebbe avuta solo in origine, quando il controllo della terra spettava collettivamente alla famiglia e progressivamente acquistò «consistenza e stabilità, tanto da accostarsi a quello stato che i Romani chiamavano proprietà»; sarebbe continuata anche quando i Germani pervennero a precisare la «proprietà individuale», dato che questa «non cessava di essere soltanto un possesso»[52]. E la contraddizione proseguiva anche nelle pagine successive, là dove il Salvioli dichiarava che «la dottrina possessoria romana non ebbe alcun corso nel medio evo nella pratica» – e quindi, implicitamente ammetteva l'improponibilità per il periodo germanico di concetti e distin-

[51] G. Salvioli, *Manuale* cit. 433.
[52] *Ibid.* 433 s.

zioni operati dalla cultura giuridica romana –, ma subito dopo aggiungeva che «nelle fonti romano-barbariche possesso è indicato con i termini di *vestitura, Gewere, saisina*»[53], proponendo l'identificazione tra *possessio* romana – o possesso del codice? – e la complessa, onnicomprensiva situazione giuridica della *Gewere* germanica.

La medesima incertezza terminologica si ritrova nel manuale di Carlo Calisse, il quale si rifaceva esplicitamente al Pertile e al Salvioli. Anche il Calisse iniziava la sua analisi dichiarando che i Germani ignoravano «la precisa distinzione che si faceva nel diritto romano, e si fa nel nostro di oggi» tra proprietà e possesso[54]. Lo studioso, allora, riconosceva al *dominium* e alla *possessio* – considerati come istituti che si erano conservati immutati nel corso delle varie età attraverso le quali l'ordinamento romano era passato – la medesima natura rispettivamente della proprietà e del possesso disciplinati dal codice civile del 1865: la medesima situazione – a suo giudizio – non poteva, invece, riscontrarsi nell'ordinamento dei popoli germanici, la cui cultura giuridica rozza ed elementare dava grande risalto «alle forme esterne, alle manifestazioni materiali di qualsiasi diritto... ed anche di qualsiasi concetto». Ma, poi, quando volle definire il rapporto uomo-cosa tutelato dal diritto germanico fece ricorso al termine «possesso»: dichiarava, infatti, che detto ordinamento prendeva in considerazione soltanto «il fatto a tutti visibile del possesso» e ribadiva subito dopo la stessa idea ripetendo che «nelle leggi barbariche il diritto sulle cose è trattato, per le regole, sulla base della considerazione del possesso»[55].

Appare interessante rilevare che l'utilizzazione del termine «possesso» da parte del Calisse per indicare la situazione reale disciplinata dal diritto germanico non sembra dipendere soltanto dalla difficoltà di ricorrere ad altre parole di uguale valore semantico, bensì soprattutto dalla convinzione che quella situazione fosse nella sostanza assai vicina alla *possessio* romana e – di conseguenza – al possesso contemporaneo. Esplicitamente egli lo dichiarava quando precisava che l'ordinamento germanico aveva disciplinato la proprietà individuale, emersa dall'indistinta proprietà collettiva delle origini, «in strettissima unione col possesso medesimo», differenziandosi in tal modo dall'ordinamento romano che riconosceva il possesso come «istituto giuridico a sè stante senza necessità di collegamento col diritto di possedere e indipendentemente da questo lo regolava e lo difendeva»[56]. E lo ribadiva quando precisava che «questo possesso germanico si chiamava tecnicamente *gewere*, nella qual parola è compreso tanto il concetto della presa del possesso e del diritto ad averlo, quanto della sua

[53] *Ibid.* 435.
[54] C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, 3, *Diritto privato*, Firenze 1891, 286.
[55] *Ibid.* 286 s.
[56] *Ibid.* 287.

garanzia e difesa»[57] e quando rilevava che nel cap. 148 di Liutprando era possibile scorgere la prima forma di tutela di un possesso distinto dalla proprietà, una tutela esclusivamente penale che conobbe un maggior rilievo nel periodo carolingio grazie ad una legge di Guido[58].

I concetti di proprietà e di possesso elaborati dalla scienza giuridica italiana di fine Ottocento appaiono, dunque, talmente familiari agli storici del diritto intermedio da risultare vincolanti nella loro analisi dell'ordinamento germanico e da appannare la consapevolezza della differenza tra questo e il diritto romano. Emblematiche al riguardo appaiono le parole dello Scillamà, il quale affermava che il diritto germanico «riconobbe esplicitamente un diritto di possesso in confronto al diritto di proprietà. *Gewere* fu parola generica, denominante qualunque specie di diritto sulla cosa, ma più particolarmente quello di possesso. Anzi gli antichi germani non solo consideravano il possesso un diritto, ma pel loro speciale reggimento giuridico, diversamente da ciò che seguì nel mondo romano e che avviene nel moderno lo ritennero il principale e il più importante diritto sulle cose, prevalente all'istessa proprietà»[59]. Una considerazione, questa, che risulta piena di contraddizioni, dato che attribuisce al diritto germanico la presenza degli istituti romani del dominio e della *possessio* accanto alla *Gewere* che tutte le situazioni reali starebbe a designare.

La consapevolezza della peculiarità della *Gewere* germanica rispetto ai diritti reali romani risulta, poi, ancora meno sensibile in Pasquale Del Giudice il quale si distingue dagli autori fin qui ricordati per una più decisa utilizzazione delle categorie romane nella lettura del diritto longobardo. In un saggio diretto a dimostrare l'influenza della tradizione romanistica sulle norme consuetudinarie longobarde lo studioso, infatti, dichiarava di rinvenire in queste ultime la presenza di proprietà e di possesso. «L'efficacia del possesso quinquennale per la prova di proprietà» – sosteneva il Del Giudice– «di cui è parola nei capitoli 226 e 228 dell'Editto di Rotari, ricorda l'istituto romano della prescrizione». In particolare, il «possesso» disciplinato dal cap. 228, pur non essendo sufficiene all'usucapione, «opera sulla prova come mezzo atto a facilitarla e corroborarla». Di modo che il «possesso» era un modo di acquisto della «proprietà» non previsto esplicitamente dal primo diritto scritto, ma di fatto operante nella prassi: lo dimostrava, a suo giudizio, il racconto di Paolo Diacono del suo avo, tornato in patria al termine di una lunga prigionia presso gli Avari, il quale non aveva potuto recuperare i suoi beni, perché tenuti «per lungo tempo in possesso» di altri[60]. Con gli editti successivi, poi, il possesso sa-

[57] *Ibid.* 287 s.
[58] *Ibid.* 288 s.
[59] B. Scillamà, *Sistema generale* cit. 371 s.
[60] P. Del Giudice, *Le tracce di diritto romano nelle leggi longobarde*, in *Studi di storia e diritto*, Milano

rebbe stato riconosciuto anche formalmente quale strumento di acquisto della proprietà attraverso l'usucapione: tale riconoscimento sarebbe iniziato con i capitoli di Grimoaldo che avevano introdotto la «triginta annorum usucapio» e si sarebbe concluso con i capitoli di Liutprando che avevano esaltato il possesso di buona fede e derivante da giusto titolo come unica prova richiesta per l'usucapione e alla trentennale ne avevano aggiunto altre, più brevi o più lunghe, per casi particolari[61].

Proprietà e possesso, allora, secondo il Del Giudice avevano conservato presso i Longobardi la natura loro riconosciuta dai Romani, una natura che anche il diritto contemporaneo continuava a riconoscere. Quella del Del Giudice, comunque, appare una posizione estrema. Anche nei primi anni del nuovo secolo prevalse tra gli storici del diritto intermedio l'uso di coniugare la consapevolezza dell'originalità della disciplina germanica del rapporto uomo-cosa rispetto a quella romana con il ricorso a termini ed istituti di quest'ultima per spiegare i contenuti della prima. Un uso che troviamo, ad esempio, nel manuale di Federico Ciccaglione, dove si legge che per i Germani, a motivo del «concetto materialistico della proprietà» prevalente presso di loro, «il possesso era il fatto materiale» e quindi non aveva valore alcuno la distinzione tra *ius possidendi* e *ius possessionis*[62]. Ma subito dopo lo studioso ricorreva ai concetti moderni – e romani – di proprietà e possesso per leggere la realtà germanica. Affermava, infatti, che chiunque avesse posseduto per cinque anni una cosa, anche immobile, era «presunto proprietario» della stessa, che «il possessore» di cosa mobile ne era considerato il «proprietario», che il possesso era indicato con il termine germanico *Gewere*, con quello latino di *vestitura*, con quello francese di *saisine*, che la «tutela del possesso» era affidata in origine soltanto alle azioni che proteggevano «la proprietà» e solo in età carolingia – non già nella longobarda, come avevano sostenuto il Calisse e il Del Giudice – si era cominciato a distinguere – con le leggi di Pipino, di Ludovico il Pio, di Lotario e di Guido – tra proprietà e possesso e a tutelare giudizialmente il mero possesso[63].

Se, allora, consideriamo nel loro complesso il discorso svolto dagli storici fin qui esaminati, possiamo legittimamente affermare che l'impostazione pandettistica della loro analisi risulta preponderante rispetto alla precisazione della particolare complessità della *Gewere* germanica. In altre parole, il messaggio che si ricava dalle loro parole è quello della continuità degli istituti romani della proprietà e del possesso nella loro sostanza –

1889, 397-399. Il racconto del cronista è nel libro IV, cap. 37: in proposito P. DIACONO, *Storia dei Longobardi*, a cura di Tommaso Albarani, Milano 1994, 139-141.

[61] P. DEL GIUDICE, *Le tracce* cit. 413-447.

[62] F. CICCAGLIONE, *Manuale* cit. 1, 412.

[63] F. CICCAGLIONE, *Manuale* cit. 1, 412 s.

una sostanza, peraltro, uguale a quella definita dal diritto vigente e, quindi, a quella degli istituti del codice civile – anche nel difficile mondo germanico e nella complicata realtà dell'alto Medioevo. La differenza sembra limitarsi alla disciplina di tali istituti; la loro natura, invece, era individuabile anche nell'indeterminatezza della *Gewere*, pronta ad emergere con maggiore evidenza non appena l'influenza germanica si fosse attenuata e fosse rinato lo studio del diritto romano.

Questa, invece, non sembra esser la posizione del Nani, nella cui analisi la limpida consapevolezza della differenza tra diritto romano e diritto germanico e delle sue profonde motivazioni si accompagna costantemente con una precisione terminologica fino ad allora difficilmente riscontrabile. «Ma in che consiste propriamente la *gewere*?» si chiedeva lo studioso. E rispondeva: «È un concetto che non ha nulla di astratto... La *gewere* non rappresenta come la *proprietas* romana un complesso ideale di facoltà sopra una cosa. Di questa facoltà il diritto germanico non ne ha scorta che una, la più saliente... il *jus fruendi*; ed in base a questo ha costruito la sua teoria». Per la prima volta, allora, la differenza tra la disciplina romana e quella germanica veniva riportata all'oggetto del diritto: la prima era diretta innanzi tutto a definire e tutelare la posizione soggettiva del titolare della terra, la seconda l'utilizzazione del bene, le forme del suo godimento. «Poichè la *gewere* si concretava nel godimento, così poteva procedere per varie cause. Perocchè e gode del fondo il proprietario, e ne gode chi ne ha l'usufrutto, e chi lo tiene come feudo, ed il creditore a cui fu dato in pegno, ed il tutore che sopra i beni del pupillo esercita la tutela fructuaria»[64]. Nel diritto germanico, allora, non era dato riscontrare la presenza di diritti reali distinti tra loro, dato che tutti concretavano forme di utilizzazione – totale o parziale – della cosa. Per lo stesso motivo «il diritto germanico non è riuscito come il romano, quanto al possesso, ad isolare il fatto dal diritto, a proteggere oltrechè la proprietà, anche la mera apparenza esteriore della proprietà». E «la *gewere* del diritto germanico non corrispondendo al possesso romano, naturale era che il diritto germanico non conoscesse neppure le azioni possessorie nel vero senso della parola»[65].

Tale interpretazione del diritto germanico, che si avvaleva di una corretta lettura dei contributi offerti dalle riflessioni della storiografia giuridica tedesca, in particolare dall'Heusler[66], dal Brunner[67] e dallo Schroeder[68], trovò poi nello Schupfer un'analisi particolarmente approfondita.

[64] C. NANI, *Storia* cit. 269 s.
[65] *Ibid.* 271.
[66] A. HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 2, Leipzig 1886, 15-18.
[67] H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1, Leipzig 1887, 248.
[68] R. SCHROEDER, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Leipzig 1894, 268.

Lo studioso prendeva le mosse dall'esame lessicale dei termini usati dai Romani e dai Germani per indicare il possesso. La *possessio* romana aveva la sua radice nel verbo *sedere* che indicava l'atto di fermarsi e assidersi su una terra; la *Gewere* germanica, dal canto suo, derivava dal verbo *wern* = vestire e, di conseguenza, era tradotta in lingua latina con la parola *vestitura*, o *investitura*, sostituita a volte da *manus* o *manus vestita* con cui si indicava anche sia il mundio su persone o cose, sia la mano coperta da guanto. «E il vocabolo *vestitura*» – proseguiva lo Schupfer – «ha pure il medesimo significato, ossia indica l'atto del vestire la mano col guanto e quindi la trasmissione di una signoria sulla cosa, o anche la signoria stessa che derivava da quell'atto», trasmissione che faceva passare dall'*investitum esse* all'*in vestitura esse*, dall'essere *gewert* all'essere *in geweren*. Comunque, concludeva lo studioso, sia per la *possessio* romana, sia per la *Gewere* germanica «si trattava... di *una signoria* e del *diritto che vi era compreso*: una podestà di fatto, che era insieme l'*imagine* (!) *del diritto*»[69].

L'individuazione del significato etimologico di *possessio* e di *Gewere* e del contenuto di signoria che tale diritto caratterizzava – un aspetto, questo, che prima dello Schupfer non risulta evidenziato con altrettanta insistenza dagli storici del diritto intermedio, forse eccessivamente preoccupati di mettere in evidenza la natura esclusivamente privatistica del *dominum* e della *possessio* e desiderosi di sottolinearne l'identità con gli istituti codicistici della proprietà e del possesso – consentiva allo studioso di delineare l'origine storica dei due istituti. A suo parere, tale origine era identica ed era da collocare nella fase più risalente delle due società, quando la terra era tenuta collettivamente e la comunità si limitava a riconoscere agli individui la signoria su singoli lotti di terreno rientranti nel patrimonio comune. In particolare l'originario ordinamento germanico si caratterizzava per un sistema di proprietà collettiva e la *vestitura* era «una specie di proprietà inferiore sul lotto attribuito temporaneamente alla famiglia»; quando poi emerse «la proprietà vera, restò tuttavia il possesso come stato di fatto della nuova signoria sulla cosa, corrispondente a codesta signoria»[70].

Lo Schupfer, dunque, individuava nella signoria sulla cosa l'essenza della *Gewere* germanica, una signoria che racchiudeva in sè, senza distinzioni, tutte le forme giuridiche che la civiltà romana aveva definito con la costruzione del *dominium*, degli *iura in re aliena* e della *possessio*. Lo studioso, dunque, faceva propria l'impostazione seguita dal Nani. Tuttavia, a differenza di questo, non riusciva a conservare intatta, nel corso dell'analisi della *Gewere*, la chiarezza concettuale e terminologica mostrata nelle premesse. In una ricostruzione del problema ben più articolata e completa di quella proposta dal Nani egli, infatti, finiva per fare ricorso a categorie ed

[69] F. SCHUPFER, *Il diritto privato* cit. 3, 10 s.
[70] *Ibid.* 11 s.

istituti romanistici e civilistici per spiegare la peculiarità della *Gewere* germanica, di modo che ancora una volta venivano prepotentemente in primo piano i concetti pandettistici di proprietà e di possesso con tutte le loro differenze e la complessità del loro rapporto dialettico.

E agli stessi concetti lo Schupfer continuò a ricorrere nell'interessante analisi della diversa evoluzione conosciuta dall'ordinamento romano e da quello germanico. A Roma lo sviluppo economico e sociale vissuto dalla società produsse – a suo parere – «un sistema giuridico tutto d'un pezzo» nel quale si affermò «un'idea unitaria del dominio» e, sul modello di questo, un concetto unitario di possesso che continuò ad essere «una signoria di fatto sulla cosa», riguardante esclusivamente le cose che oggetto di dominio, cioè le «cose corporali in commercio», non già quelle incorporali, come i diritti. Nel mondo germanico, invece, ad una prima fase in cui esisteva «una sola proprietà e un solo possesso» e quindi per l'esistenza di quest'ultimo era necessario l'*animus domini*, ne sarebbe subentrata una seconda caratterizzata dalla decisa tendenza «a *frazionare* le attribuzioni della proprietà. Il livellario, il beneficiario, il vassallo ecc. hanno conservato ed ottenuto tali e tanti diritti sul fondo da eclissare, quasi, quelli del proprietario». L'esito di tale tendenza fu la formazione di «altrettante specie di vestiture»: la *vestitura* non fu più riconosciuta soltanto a chi aveva l'*animus domini*, ma «a tutti coloro che godevano dell'utilità, cioè a chi aveva l'*animus rem sibi habendi*». La *vestitura* germanica, allora, ebbe un raggio di applicazione molto più vasto della *possessio* romana, essendo riconosciuta non solo al proprietario, ma anche «ai titolari di un beneficio, di un'enfiteusi, di un usufrutto, di una rendita, di un livello, ecc.». La *vestitura* del secondo periodo germanico – concludeva lo Schupfer – corrisponde al *dominium utile* che sarà teorizzato secoli dopo dai glossatori[71].

È, questo, il contributo più originale dell'analisi dello Schupfer. La *vestitura* spettante a tutti coloro che traevano utilità dalla terra era riconosciuta non solo a coloro che erano legati al fondo da rapporti definiti dal diritto romano come *iura in re aliena*, ma anche a quanti il fondo lavorano in virtù dei numerosi e variegati contratti agrari dell'alto Medioevo. Tali contratti – in particolare la precaria, l'enfiteusi, il livello – costituivano altrettanti esempi di «possessi plebei»[72]. La *Gewere* germanica, allora, risulta diversa dal *dominium* romano perché in essa in primo piano è non già la posizione giuridica del titolare, bensì le forme concrete dell'utilizzazione del fondo[73]. Un cambiamento radicale, dunque, del quale la scienza giuri-

[71] *Ibid.* 12-16.

[72] Sui «possessi plebei» *ibid.* 417-474.

[73] Il tema della centralità dell'utilizzazione della cosa nel diritto germanico e nella realtà consuetudinaria dell'alto Medioevo è stato approfondito in anni recenti da P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di Storia del diritto*, Padova 1968 e *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995.

dica, dopo la rinascita bolognese, prenderà chiara consapevolezza, al punto da teorizzare quella divisione del dominio che per i giuristi romani sarebbe stata improponibile.

In una terza fase, infine, la *Gewere* germanica avrebbe vissuto un'ulteriore evoluzione: fu ammessa «l'esistenza del possesso» anche quando mancava il potere fisico sulla cosa, di modo che la *Gewere* divenne «un vero e proprio concetto giuridico». Un «possesso incorporale» che veniva riconosciuto, peraltro, solo in casi eccezionali, in particolare a favore dell'erede che subentrava nella signoria sulla cosa (si affermò la regola «le mort saisit le vif») e a favore del possessore estromesso senza valido motivo dal fondo. E, ancora, si arrivò a «distinguere la *vestitura giusta*, quella munita di un titolo giuridico, dalla semplice *detentio*», *vestitura* spettante a chiunque godesse di un possesso basato su un titolo «valido in astratto a trasferire il diritto» e che fu riconosciuta fattore di usucapione[74].

Dunque, nemmeno la raffinata ed originale analisi dello Schupfer riusciva a superare completamente l'ambiguità terminologica e concettuale tanto diffusa nelle ricerche del periodo in esame. Al punto che nel recensire il volume dello Schupfer Biagio Brugi, omettendo le sfumature e la cautela da quello usate, finiva per definire la *Gewere* «il possesso germanico». A giudizio del Brugi lo Schupfer aveva offerto «una precisa e facile esposizione della *Gewere* che mi sembra un modello di trattato dello scabroso argomento», e aveva dimostrato «fatua la *vexata quaestio* romanistica se il possesso sia un fatto o un diritto», dato che «i Romani e anche più i Germani hanno finito senza dubbio (ed era socialmente necessario) col dare un significato e un aspetto giuridico al possesso». Infine il Brugi rilevava come la ricerca dello Schupfer consentisse di spiegare con la *Gewere* «il possesso di diritto» e «i caratteri della tutela del possesso»[75].

Ma non tutti gli studiosi che allo Schupfer si rifacevano si posero su queste posizioni. Lo sta a dimostrare Arrigo Solmi il quale ripeteva dallo Schupfer l'idea secondo cui nel diritto altomedievale l'utilizzazione economica del fondo era preminente rispetto alla condizione personale del titolare. Nel primo Medioevo – sosteneva il Solmi – «si trasforma... l'idea della proprietà come dominio pieno, che investe e signoreggia la cosa sotto tutti i suoi aspetti, e che sta sopra ad ogni altro diritto, e perciò da un lato distinta dalla nozione del possesso, che riguarda soltanto la relazione esteriore con la cosa e dall'altro contornata dai numerosi diritti reali, che

[74] *Ibid.* 18-26.

[75] B. Brugi, *Possessi e dominii nella storia del diritto italiano. Leggendo un libro di F. Schupfer*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 45 (1908) 263. Sul giurista si vedano la biografia curata da A. Coletti per il *Dizionario Biografico degli Italiani* 14 (1972) 491-493 e P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, *ad Judicam*.

sono tutti concepiti come *iura in re aliena*, necessariamente si offusca, tra le nuove circostanze economiche e per la decadenza delle nozioni giuridiche, e si confonde tra le altre forme dei diritti reali». E poichè «non più il dominio si cerca», ma si vuole che «sia garantito senza incertezze il rapporto della persona con la cosa, e ne sia reso proficuo il godimento», si impoverisce di fatto il concetto della proprietà, si rafforza invece quello degli altri diritti reali che la giurisprudenza romana aveva concepito come *iura in re aliena*», i quali «non son più riguardati... come semplice limitazione di un diritto di proprietà altrui, ma...come potestà di godimento totale o parziale sulla cosa»[76].

L'analisi del Solmi appare, allora, di una limpida chiarezza: il suo ricorso ai concetti romani – o meglio contemporanei – di proprietà, di diritti reali, di possesso deriva esclusivamente dalla necessità di spiegare un rapporto giuridico particolarmente complesso ed estraneo alla cultura giuridica corrente con termini e categorie giuridiche familiari e da tutti comprensibili immediatamente. Con la medesima impostazione il Solmi passò ad esaminare il diritto germanico, alla cui influenza egli attribuiva la radicale trasformazione della disciplina. «È noto» – egli dichiarava – «che il diritto germanico non aveva un concetto della proprietà nettamente distinto da quello del possesso e degli altri diritti reali, ma guardava direttamente e materialmente al rapporto concreto della persona coll'oggetto del diritto... Tale rapporto materiale prendeva nome di *gewere*... in latino... *vestitura*, e più tardi... *possessio, saisina, tenimentum, tenuta*». Così che «è *gewere*, non soltanto quella del proprietario, ma anche dell'usufruttuario, dell'enfiteuta, del livellario, del ceditore pignoratizio, del tutore, dell'esecutore testamentario»[77]. E concludeva: «sono oggetto di *gewere* tutti quei diritti reali, che possono dare un godimento effettivo e pieno della cosa; perciò il diritto germanico non conosce un istituto del possesso distinto da quello della proprietà, ma, nell'uno e nell'altro caso, guardando al rapporto materiale con l'oggetto del diritto, concede al possessore o al proprietario una stessa difesa giuridica... La proprietà e il possesso sono confusi in una stessa concezione giuridica»[78]. La chiarezza concettuale e terminologica che avevamo colto nelle pagine del Nani si ritrova qui con altrettanta evidenza.

4. – Le incertezze e le contraddizioni or ora riscontrate nell'analisi della natura e dell'evoluzione della *Gewere* germanica condotta dalla maggior parte della storiografia giuridica italiana tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del nuovo secolo risultano, poi, ancora più evidenti se passiamo ad

[76] A. Solmi, *Storia* cit. 355 s.
[77] *Ibid.* 356 s.
[78] *Ibid.* 357 s.

esaminare l'altro punto sul quale l'attenzione della medesima storiografia particolarmente si appuntò, l'influenza esercitata nell'alto Medioevo dal diritto canonico sulla disciplina germanica e sulla tradizione romanistica.

Il Bruns aveva sostenuto che detta influenza era stata duplice, riguardando da un lato il diritto sostanziale, dall'altro quello processuale. Sotto il primo profilo il Bruns rilevava che sin dai primi secoli dell'era cristiana la Chiesa si era trovata ad affrontare il problema di un vescovo che di fatto assumeva le funzioni episcopali in una diocesi diversa da quella per la quale era stato consacrato. A tale questione, dopo un periodo di incertezza, era stata data una soluzione chiara già nel V secolo, quando nel Concilio di Cartagine era stato stabilito «ut si quam diocesim episcopus ab haeresi liberam triennio possiderit, nullus eam repetat». In tal modo era stato introdotto nell'ordinamento ecclesiastico il principio del possesso di diritti episcopali, «una sorta di juris possessio». Una *possessio* sconosciuta ai Romani, i quali avevano riservato la *possessio* alle cose corporali e avevano accettato per alcuni diritti, tassativamente indicati, una situazione analoga che però non avevano compreso nella *possessio* e per la quale avevano coniato la categoria della *quasi-possessio*[79]. Il contributo di originalità portato dal diritto canonico si sarebbe poi espresso nell'introduzione dell'*exceptio spolii* nell'ordinamento processuale: già le *Decretali Pseudo-Isidoriane* registravano questa forma di tutela, in virtù della quale il possessore di un immobile – in origine solo il possessore di un beneficio ecclesiastico – spogliato del suo bene e contestato nel possesso da chi vantava una titolarità piena sul bene stesso, poteva chiedere ed ottenere la restituzione del bene stesso nelle more della vertenza. «Nec saeculi leges haec saecularibus fieri permittunt; sed prius expoliatus restitui jubent» scriveva Damaso – come ricordava il Bruns – ad Afro nel IV secolo. E l'*exceptio spolii* aveva trovato adeguato risalto in raccolte canonistiche successive, come i *Capitolari di Benedetto Levita* del IX secolo, mentre la disposizione dello Pseudo-Isidoro che la regolava era stata recepita dal Decreto di Graziano nel canone *Redintegranda* che così dispone: «Redintegranda sunt omnia expoliatis, vel eiectis episcopis praesetialiter ordinatione pontificum, et in eo loco unde abscesserant funditus revocanda, quacumque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per quascumque iniustas causas, res ecclesiae, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regolarem ad synodum vocationem eorum»[80].

A detta del Bruns, allora, nell'alto Medioevo, in una realtà sociale e giuridica nella quale la disciplina del rapporto tra i soggetti e i beni immobili erano disciplinati soprattuto dal complesso diritto germanico della *Ge-*

[79] C. G. BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tûbingen 1848, 129-131.

[80] *Ibid.* 131-163. Il canone *Redintegranda* è nel *Decretum*, c. 3, C. III, q. I.

were, la Chiesa avrebbe tenuto alta la tradizione giuridica romana, disciplinando un diritto di possesso che trovava le proprie radici, con ogni evidenza, nell'ordinamento imperiale e arrivando a conferire al diritto in questione un'ampiezza che a Roma non gli era stata mai riconosciuta e una tutela precipua ed efficace fino ad allora inedita.

Esplicitamente lo ripeteva il Pais Passino quando dichiarava: «Nella teoria possessoria... il diritto canonico svolse ed applicò alle mutate condizioni dei tempi i principii di diritto romano», contribuendo «ad estendere la protezione del possesso»[81]. Un'estensione che per lo storico sardo riguardava gli stessi aspetti che il Bruns aveva indicato, il possesso di diritti e la tutela dell'*exceptio spolii*. Per quanto riguarda il primo punto, egli rilevava che sin dal concilio di Nicea del 325 erano state condannate le usurpazioni da parte di vescovi di diritti episcopali di altre diocesi in quanto giudicate «quali vere turbative di possesso»: di qui aveva preso le mosse il processo che aveva portato il diritto canonico a proteggere in generale il possesso di diritti «che importano una certa continuazione di esercizio». Ne risultò tutelato il possesso di «tutti i diritti di signoria sopra una determinata comunità, laici ed ecclesiastici» con le «immunità da tali diritti», delle dignità ecclesiastiche e dei benefici alle stesse legate, dei diritti di rendita e di decima, dei diritti di famiglia, in particolare di quelli matrimoniali. Elementi essenziali di tale forma di possesso continuarono ad essere – secondo il Pais Passino – «sia l'*animus*, sia il *corpus*, anche se per quest'ultimo fu considerato sufficiente l'installamento nel possesso senza necessità di un vero esercizio». Per quanto, poi, riguarda l'*exceptio spolii* il Pais Passino si limitava a ricordarne la prima disciplina nelle *Decretali Pseudo-Isidoriane*, ad indicare la recezione della regola da parte del canone *Redintegranda* inserito da Graziano nel *Decretum* e a segnalare che l'eccezione era riconosciuta non solo ai vescovi, ma a tutti coloro «che *di fatto* esercitavano i diritti di vescovo, e su tutte le cose che *di fatto* avevano posseduto»[82].

Il Pais Passino, dunque, condivideva completamente l'idea del Bruns secondo la quale le norme canoniche avevano mantenuto in vita l'istituto romano della *possessio* e ne avevano, addirittura, ampliato e migliorato la disciplina. Una tesi, questa, che risulta quanto mai singolare se si mette in collegamento con la valutazione della *Gewere*, come diversa nella sostanza dalla *possessio* romana, che abbiamo visto formulata dallo stesso studioso sardo. Il confronto tra i due momenti dell'analisi del Pais Passino potrebbe portare all'assurda conclusione che a giudizio di questo autore durante l'alto Medioevo nel mondo laico le differenti situazioni reali erano indistintamente comprese nella *Gewere*, mentre nel mondo ecclesiastico conti-

[81] G. Pais Passino, *Contributo* cit. 211.
[82] *Ibid.* 214-236.

nuavano ad esprimersi negli istituti romani del dominio, dei diritti su cosa altrui e della *possessio*. Ma forse si è più vicini alla verità se si pensa che anche il Pais Passino, come tanti storici del diritto a lui contemporanei, pur dichiarando l'impossibilità di ricondurre la *Gewere* germanica negli schemi e nelle categorie del diritto romano, fosse convinto dell'eternità degli istituti da questo definiti e, di conseguenza, della possibilità di coglierne la presenza anche in una realtà tanto profondamente diversa.

Le contraddizioni presenti nell'analisi del Pais Passino non risultano rilevate dallo Schupfer che nelle osservazioni poste ai margini delle pagine del volume dello storico sardo mostra, al contrario, di essere convinto della legittimità di parlare di *possessio* per l'alto Medioevo. Le note dello Schupfer, infatti, si limitano a sottolineare analogie tra il possesso canonico, romano e germanico. Così a proposito del richiamo al concilio di Nicea fatto dal Pais Passino per indicare le prime forme di tutela del possesso di diritti episcopali, lo Schupfer commentava: «L'avea fatto già il diritto germanico, ed era naturale dacchè l'investitura si estrinsecava nell'uso. Nondimeno è vero: il diritto canonico ne applica il concetto a un maggior numero di diritti»[83]. E in merito ai diritti matrimoniali, che il Pais Passino aveva inserito tra quelli il cui possesso era stato tutelato dai canoni, scriveva: «Si trattava forse del possesso del coniuge, anzicchè del diritto matrimoniale. Qualcosa di simile c'era già nel diritto romano»[84].

I rilievi che abbiamo fatto in merito all'analisi del Pais Passino possono essere estesi agli altri storici del periodo in esame: anche loro si contraddicono nel momento in cui riconoscono al diritto canonico del primo Medioevo la tutela dello specifico istituto del possesso che non avrebbe dovuto conoscere individualità alcuna all'interno di quel particolare diritto che era la *Gewere* della quale avevano sottolineato l'onnicomprensività delle situazioni reali. Così il Ruffini offrì la trattazione più completa ed approfondita dell'*exceptio spolii* nella disciplina delle *Decretali Pseudo-isidoriane*, nella prassi e nella normativa del canone *Redintegranda* del Decreto di Graziano, implicitamente ammettendo la possibilità di distinguere anche per l'alto Medioevo tra dominio e possesso, nonostante l'ammessa – ma al contempo contestata – onnicomprensività della *Gewere*[85]. Ed il Salvioli, dopo aver rilevato come il diritto germanico, non distinguendo tra proprietà e possesso, non conosceva la distinzione tra azioni petitorie e azioni possessorie, dichiarava che la lacuna della tutela del possesso era stata colmata dal diritto canonico. L'*exceptio spolii*, disciplinata dallo Pseudo-Isidoro e poi accolta dal Decreto grazianeo nel canone *Redintegranda* – egli sosteneva – fu riservata in un primo momento ai vescovi e a chi di fatto esercitava

[83] *Ibid.* 214.
[84] *Ibid.* 217.
[85] F. RUFFINI, *L'actio spolii* cit. 183-252.

diritti episcopali, ma entro la prima metà del secolo XII fu estesa di fatto a tutti i tipi di possessori e alle vertenze civili[86]. Ne consegue che, a parere del Salvioli, già nel corso dell'alto Medioevo la *possessio* romana sembra essere riuscita a riemergere con la propria individualità dall'indeterminatezza della disciplina germanica e ad imporre una propria specifica tutela. Una conclusione, questa, che contraddice l'insistenza usata dallo stesso Salvioli nel sottolineare l'impossibilità di inquadrare la complessità della *Gewere* germanica negli schemi del diritto romano.

In realtà gli storici del diritto intermedio sembrano preoccuparsi soprattutto di cogliere nel difficile e compesso mondo altomedievale segnali di continuità degli istituti giuridici romani e di individuare i contributi che in quel periodo diritti diversi – quali il germanico e il canonico – avevano apportato alla loro disciplina. È il caso, ad esempio, del Calisse il quale non dedicò una specifica parte della sua ricerca alla tutela canonica altomedievale del possesso, ma sottolineò l'origine canonica di numerosi aspetti della disciplina del possesso formulata dalla scienza giuridica dopo la rinascita bolognese. In particolare il contributo del diritto della Chiesa si era espresso, a suo giudizio, nella definizione del possesso di diritti – un possesso che, peraltro, a suo parere, era previsto anche nel diritto germanico – e della tutela attraverso l'*exceptio spolii* regolata dal canone *Redintegranda*[87]. La medesima impostazione troviamo nel Ciccaglione il quale rilevava che con la rinascita bolognese l'istituto romano del possesso aveva definitivamente riassunto la pienezza della propria individualità, ma allo stesso tempo aveva conosciuto una disciplina «imprecisa e confusa» anche perché i giuristi medievali erano influenzati dal diritto canonico che aveva esteso il possesso ai diritti[88].

Colpisce ritrovare lo stesso schema interpretativo anche nel Nani che pure avevamo visto come uno dei più coerenti sostenitori della peculiarità della disciplina germanica delle situazioni reali. Anche il Nani, infatti, rilevava che il diritto canonico aveva «munito il possesso di nuove e più efficaci difese», grazie alla definizione dell'*exceptio spolii*, e aveva «dato al possesso una estensione molto maggiore che non avesse nel diritto romano», dato che era riuscito ad «estendere il concetto di possesso a tutti quei diritti che si esercitano in modo continuo e ripetuto, ed il cui esercizio può da altri venire turbato»[89]. Anche in lui appare, allora, decisiva l'ansia di scoprire nel Medioevo la continuità dell'istituto romano e, insieme, l'origine di quelle regole che ne avevano alterato la disciplina originaria.

[86] G. Salvioli, *Manuale* cit. 437-439.
[87] C. Calisse, *Storia* cit. 290, 291 s.
[88] F. Ciccaglione, *Manuale* cit. 360 s.
[89] C. Nani, *Storia* cit. 277.

Un'ansia che sollecitava il Milani a ricercare nel passato le prime forme della tutela del possesso di stato regolato dal codice civile del 1865 e ad individuarle nel diritto canonico dell'alto Medioevo. Anche il Milani, pur riconoscendo che il termine *Gewere* – o *vestitura, investitura, saisine* – «si usava non solo per il possesso e per la proprietà, ma anche per ogni altro rapporto o diritto riferentesi alle cose», sosteneva che nello stesso periodo il possesso aveva una propria specifica individualità e, anzi, conosceva un significativo arricchimento dell'antica disciplina romana grazie all'influenza del diritto canonico. Quest'ultimo, infatti, «spiritualizzando anche il concetto di possesso», aveva introdotto «il principio che non solo le cose materiali e sensibili, ma altresì i diritti possono formare oggetto di vero e proprio possesso». Di qui la tutela del possesso di stato: stato indicava «ogni condizione e qualità di persone» e il possesso di stato riguardò non soltanto la condizione di coniuge, di padre, di figlio, ma anche quella «di nobile, di ecclesiastico, ecc».[90].

L'idea dell'origine canonica dell'*exceptio spolii* si ritrova anche in Solmi il quale aggiungeva un'ulteriore notizia a conferma della continuità altomedievale del possesso. Rilevava, infatti, lo studioso che «la scuola di Pavia, fin dalla fine del secolo IX, escogita una difesa del possesso, con l'*investitura salva querela*, concessa dal tribunale regio, nel caso in cui taluno avanzi una pretesa legittima e il detentore si rifiuti di presentarsi in giudizio»[91]. Con buona pace dei dubbi sull'esistenza della scuola pavese, della peculiarità della procedura germanica e soprattuto della natura onnicomprensiva della *Gewere* sulla quale egli stesso aveva tanto insistito nelle pagine immediatamente precedenti.

Ed, infine, la tesi del contributo canonistico alla disciplina del possesso fu ripetuta dal Rossi il quale, al pari degli altri studiosi, individuava il merito della Chiesa nella definizione del possesso di diritti – che faceva risalire ai capp. 119 e 120 del VI Concilio di Cartagine del 419 – e nella introduzione dell'*exceptio spolii* operata dalle *Decretali Pseuo-Isidoriane* e completata dal *Decretum* di Graziano che aveva accolto il canone *Redintegranda*[92]. In conclusione, sembra essere di fronte ad una posizione unanime degli studiosi: l'istituto romano del possesso, offuscato dal complesso e uniforme istituto germanico della *Gewere*, ma mai veramente domato da questo, trovò nuovo ossigeno nel diritto della Chiesa che, pur innovando rispetto alle regole romane, lo tenne in vita anche se ne alterò la purezza originaria, modificandone la disciplina. Una posizione che sembra caratterizzarsi per

[90] G. Milani, *L'origine storica del «possesso di stato»*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 43 (1907) 339-348.

[91] A. Solmi, *Storia* cit. 360.

[92] L. Rossi, *Possesso* cit. 1363 s.

una forte contraddizione interna, dato che ammetteva la continuità di un istituto romanistico in un ordinamento improntato al diritto germanico il quale rifiutava, come profondamente estranei, istituti, categorie e principi del diritto romano.

5. – Se, allora, era possibile segnalare, pur con significative modifiche di disciplina, la continuità del possesso romano anche negli ordinamenti altomedievali, nessun dubbio poteva essere sollevato sulla piena vigenza dell'istituto in seguito alla rinascita bolognese. La storiografia giuridica ne era convinta: concordemente segnalava la riflessione dottrinaria sull'istituto e le novità introdotte nella sua disciplina dai glossatori, influenzati dalla prassi di matrice germanica e dall'elaborazione canonista.

Il Bruns, che attribuiva una prima elaborazione teorica della *possessio* romana alle *Exceptiones Petri* e al *Brachylogus iuris civilis*[93], mise in luce le difficoltà riscontrate dai glossatori nell'affrontare il tema del possesso e i punti sui quali più vivo si era manifestato il dissenso tra i giuristi. Profondo disagio nell'affrontare la materia – egli ricordava – era stato espresso da Rogerio che, sollecitato ad occuparsene, aveva dichiarato nella *Summa Codicis*: «Mihi meaeque scientiae negotium altissimum injunctum est, valdeque obscurum, tam naturali quam civili ratione permixtum»[94]. La pluralità e la complessità delle situazioni reali rendevano certamente ardua la soluzione dei tanti problemi posti dal possesso: e le interpretazioni furono, di conseguenza, numerose e tra loro contrastanti.

Innanzi tutto sul contenuto dell'*animus* che tutti i glossatori ritenevano, in accordo con il diritto romano, elemento costitutivo, insieme con il *corpus*, del possesso. Piacentino – ricordava il Bruns – aveva affermato che «non procedit possessio in omnibus, qui possident nomine alieno, ut in tutore, curatore, actore, procuratore conductore et precario possidente. Colonus quoque nullo modo possidet, quia nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet. Sed nec creditor dicatur possidere, nec enim possidet vel possessor censeri debet qui pro suo non possidet». Al contrario Azzone ammetteva il possesso in presenza non soltanto dell'«animus sibi possidendi», ma anche dell'«animus pro alieno sibi possidendi» e quindi sosteneva: «Nam et vassallus et fructuarius et similes ut alienum possident, et tamen possident sibi», mentre escludeva l'affittuario, il commodatario e simili perché possedevano «alieno nomine». Non era una questione da poco, dato che coinvolgeva l'ammissibilità di numerosi soggetti alle forme di tutela possessoria definite dalla dottrina: ma – precisava il Bruns – di poca rilevanza sul piano concreto, dato che lo stesso Piacenti-

[93] C. G. Bruns, *Das Recht* cit. 102.

[94] *Ibid.* 103 s. In proposito Rogerii *Summa Codicis*, 7. 23 *De acquirenda et retinenda possessione*, in *Bibliotheca iuridica Medii Aevi*, a cura di Augusto Gaudenzi, 1, Bononiae 1914, 181.

no conveniva che agli interdetti possessori fosse ammesso *utiliter* anche chi aveva «animus pro alieno possidendi»[95].

Altro punto in discussione fu la distinzione tra *possessio naturalis* e *possessio civilis*. Al riguardo – rilevava il Bruns – si erano affermate due interpretazioni principali, una formulata da Piacentino, perfezionata da Giovanni Bassiano e condivisa da altri giuristi come Alberico ed Ugolino, l'altra sostenuta da Azzone e accolta, tra gli altri, da Jacopo da Belviso. Entrambe le interpretazioni concordavano nel giudicare la *possessio civilis* una finzione giuridica, riconosciuta a quanti non avevano il rapporto materiale con la cosa. Ma la prima riteneva che in ogni possesso fossero individuabili due elementi, il rapporto materiale (*possessio naturalis*) e quello spirituale (*possessio civilis*): i due elementi potevano spettare allo stesso titolare, ma anche riguardare soggetti diversi, dato che il titolare unico poteva cedere ad altri uno dei due possessi. Azzone, invece, affermava che i due tipi di *possessio* non potevano coesistere: il primo indicava il rapporto immediato e materiale con la cosa; quando detto rapporto veniva meno, al titolare continuava ancora ad essere riconosciuto un diritto di possesso attraverso la finzione giuridica della *possessio civilis*[96].

Per quanto, poi, riguardava la tutela del possesso, il Bruns precisava innanzi tutto che i glossatori riconoscevano gli interdetti e le azioni possessorie soltanto ai titolari del possesso, non anche ai semplici detentori, ma poi ammettevano, con Ugolino, Roffredo e Accursio, che anche costoro potevano far ricorso agli stessi strumenti giudiziari ove il giudice lo avesse concesso[97]. Nel merito lo studioso tedesco sosteneva che l'antico interdetto romano *uti possidetis* era stato interpretato dai glossatori come una vera e propria azione, la quale fu riconosciuta contro ogni forma di turbativa del possesso e quindi sia contro chi pretendeva per sè il possesso stesso, sia contro chi si limitava a recare disturbo, essendo i due casi distinti in teoria, ma unificati nei mezzi difensivi[98]. Per quanto, poi, riguarda l'interdetto *unde vi*, il Bruns sottolineava l'arricchimento della disciplina romana operato dalla dottrina canonista alla luce dell'*exceptio spolii*. Ma soprattutto evidenziava la novità elaborata da quest'ultima dottrina che aveva forgiato sul fondamento di detta eccezione un'azione nuova, quella di reintegrazione, anch'essa ispirata al canone *Redintegranda* del Decreto grazianeo, l'azione nota come *actio spolii*[99].

Infine lo storico tedesco trattava il tema del possesso di diritti attri-

[95] *Ibid.* 105 s. I passi citati sono in PLACENTINI *Summa Codicis*, 7. 35 *De adquirenda et retinenda possessione*, Maguntiae 1586, ed. an. Bologna 1962, 329 e AZONIS *Summa Codicis*, *De acquirenda et retinenda possessione*, Papie 1484, ed. an. Augustae Taurinorum 1966, 277 s.

[96] *Ibid.* 107-113.

[97] *Ibid.* 114 s.

[98] *Ibid.* 115-119.

[99] *Ibid.* 204-224.

buendo scarsa sensibilità per il problema ai glossatori civilisti i quali, mantenendosi fedeli al diritto romano, continuavano a definirlo – ad esempio con Rogerio, uno dei pochi interessati al problema – *quasi possessio*, confermando che la *possessio* riguardava soltanto i beni corporali. Comunque – sottolineava il Bruns – Piacentino ed Azzone ammettevano per la difesa della *quasi possessio* di servitù prediali l'interdetto *uti possidetis* e il primo riteneva utilizzabile anche l'altro interdetto, quello *unde vi*[100]. A recare anche in questo campo un contributo originale era stata, comunque, ancora una volta la scienza canonista la quale, riallacciandosi all'esperienza maturata nell'alto Medioevo, aveva riconosciuto l'esistenza di un vero e proprio possesso riguardante i diritti e in questa fattispecie aveva inserito casi ben più numerosi di quelli che il diritto giustinianeo aveva assegnato alla *quasi-possessio*. Il possesso, infatti, era stato ammesso per i diritti di signoria spirituale e temporale su comunità, chiese, monasteri e loro benefici, per le dignità e gli uffici ecclesiastici, per i benefici e le prebende, per i diritti di patronato, per i diritti temporali legati alla dignità episcopale, per le regalie, per gli oneri reali, per il diritto dei coniugi: una gamma di diritti molto ampia che costituiva una significativa novità rispetto non solo al diritto romano, ma anche all'ordinamento altomedievale[101].

L'analisi del Bruns, dunque, concentrava la sua attenzione sull'interpretazione della romana *possessio* fornita dai glossatori e non si apriva all'indagine del complesso significato assunto dai termini *possideo* e *possidere* nella prassi e nella dottrina medievale, dove risultano indicare una molteplicità di situazioni reali, nè dell'articolato collegamento che quest'ultima dottrina aveva stabilito tra il mero rapporto possessorio e le diverse forme di dominio. L'indagine dello studioso tedesco, allora, finiva per presentare il possesso medievale come continuazione della *possessio* romana, uguale a questa nella sostanza e da essa diversa solo per la disciplina, dato che la scienza giuridica, pur intendendo inquadrare la prassi entro gli schemi precisi e limpidi del diritto romano, non aveva potuto evitare di subire l'influenza del diritto germanico e del diritto canonico ed aveva finito, di conseguenza, per innestare sull'istituto romano elementi della disciplina prevista da questi diritti.

Ora proprio questo studio del Bruns, con i suoi limiti di impostazione e le sue articolate conclusioni, costituì il punto di riferimento costante degli studi italiani sulla teoria del possesso elaborata dai glossatori. Così, ad esempio, il Pertile metteva in evidenza il contributo dei decretisti ai quali attribuiva il merito di aver costruito, sul fondamento sia dell'interdetto *unde vi* sia del canone *Redintegranda*, l'*actio spolii*, l'azione cui il possessore spogliato poteva ricorrere «per essere rimesso in possesso». Un'azione che

[100] *Ibid.* 119-126.
[101] *Ibid.* 185-191.

aveva conosciuto – rilevava il Pertile – una larghissima applicazione, nonostante il tentativo di Innocenzo III di limitarne l'utilizzazione contro i soli usurpatori violenti, ed era stata recepita anche da Federico II nel *Liber constitutionum Regni Siciliae*, alla cost. I, 26[102].

Ancora più evidente riulta, poi, la dipendenza dal Bruns del Pais Passino in merito all'analisi del pensiero dei glossatori civilisti e canonisti, una dipendenza rilevata con puntigliosità dallo Schupfer il quale, nelle annotazioni ai paragrafi dedicati a detta analisi, si limitò a richiamare i corrispondenti paragrafi dello studioso tedesco. Anche il Pais Passino apriva lo studio del pensiero dei glossatori ricordando la loro consapevolezza della difficoltà della materia – una consapevolezza denunciata in particolare da Rogerio –, anche se aggiungeva «nessuna parte del diritto romano fu trattata dai Glossatori così accuratamente, come la teoria possessoria, sulla quale, fin da principio, si ebbero animatissime controversie, specialmente a proposito dei concetti fondamentali»[103]. A suo parere «la difficoltà della materia, una certa influenza del diritto germanico e il desiderio di adattare al bisogno del tempo le disposizioni pratiche del diritto, ch'era oggetto speciale dei loro studi, generarono una inestricabile confusione nella loro dottrina». Confusione che aveva riguardato innanzi tutto la definizione stessa di possesso, indicato da alcuni (Rogerio e Piacentino) come «semplice detenzione», da altri (Giovanni Bassiano) come «diritto di possedere»[104].

Sulla scia del Bruns il Pais Passino individuava, poi, altri temi oggetto di discussione tra i glossatori. In primo luogo la definizione dell'*animus* del possessore. Da un canto Piacentino richiedeva l'*animus domini*, escludendo in tal modo dal possesso tutti coloro che possedevano in nome altrui, dall'altro Azzone si accontentava dell'*animus sibi possidendi* che riconosceva in chi possedeva «pro alieno seu ut alienum» e quindi anche al creditore, al precarista e al vassallo: ma anche Piacentino e i suoi seguaci – sottolineava il Pais Passino – riconoscevano a questi ultimi le azioni e gli interdetti possessori «utiliter»[105]. Poi il contenuto della *possessio civilis* e della *possessio naturalis*: e lo studioso sardo illustrava le diverse posizioni di Piacentino e di Giovanni Bassiano da un lato, di Azzone dall'altro, riprendendo e, sotto alcuni aspetti approfondendo, l'indagine già condotta dal Bruns[106]. E sempre sulla scorta di quest'ultimo evidenziava il contributo dei canonisti alla definizione del possesso di diritti, all'estensione ad esso della tutela

[102] A. PERTILE, *Storia* cit. 4, 185-187.
[103] G. PAIS PASSINO, *Contributo* cit. 255 e nota 1.
[104] *Ibid.* 256.
[105] *Ibid.* 257 s.
[106] *Ibid.* 258-261.

dell'interdetto *uti possidetis* ed alla formulazione dell'*actio spolii* sul fondamento dell'interdetto *unde vi* e del canone *Redintegranda*[107].

Condividendo in maniera acritica l'impostazione del Bruns, il Pais Passino rinunciava, pertanto, in via aprioristica, ad ogni originalità di indagine: in particolare, egli non presenta alcuna sensibilità per il problema del complesso, impreciso e multiforme significato dei termini *possessio* e *possidere* nei documenti e nella dottrina medievale, nè per quello dei punti di contatto tra la riflessione sul possesso e quella sul dominio diviso. La sua, peraltro, era la posizione generalmente condivisa dagli storici del diritto di quegli anni. Con la sola eccezione del Ruffini, al quale si deve il più significativo contributo alla conoscenza dell'*actio spolii* nella dotrina canonista[108], gli altri studiosi si limitarono, per lo più, a ripetere sinteticamente le conclusioni del Bruns e a mettere in risalto la confusione e l'imprecisione della dottrina dei glossatori, giudicati incapaci di tornare alla limpidezza della teoria romana del possesso, ma non si impegnavano a ricercare le ragioni profonde di quella imprecisione e di quella confusione, limitandosi ad attribuirle all'influenza della tradizione germanica, alla diffusione del pensiero canonistico, all'intricata complessità della prassi.

«I glossatori avevano davanti i testi romani e allo stesso tempo i rapporti del signore e del vassallo, del proprietario diretto e dell'enfiteuta, cioè possessi molteplici, che erano caratteristici del diritto germanico. Essi non seguirono quelli nè adottarono questi. Esposero dottrine non armoniche, nessuno fu padrone di un sistema, nessuno ne ebbe uno proprio. Dominati dalla pratica, amalgamarono questa colle dottrine della scuola, e incoscientemente passarono da equivoci in errori. La loro dottrina sul possesso è un vero labirinto». Così si esprimeva il Salvioli[109] e subito dopo metteva in risalto che i glossatori non erano riusciti a comprendere la distinzione romana tra *corpus* e *animus*, avevano confuso tra detenzione e diritto di possedere. Ma il Salvioli, oltre a ripetere i temi consueti, volse la sua attenzione su un tema di grande interesse. Egli osservava, infatti, che i glossatori avevano a lungo discusso sul significato della *possessio naturalis* e di quella *civilis*, finendo con l'attribuire quest'ultima al proprietario diretto e la prima al vassallo e all'enfiteuta. Si tratta di una affermazione di non poco interesse, la quale introduceva il tema della relazione tra possesso e dominio utile. Indicando come situazioni possessorie quelle del vassallo e dell'enfiteuta che i glossatori avevano compreso come forme di *dominium utile*, lo studioso implicitamente rilevava un loro collegamento nella dottri-

[107] *Ibid.* 219-239

[108] F. RUFFINI, *L'actio spolii* cit. 353-458.

[109] G. SALVIOLI, *Manuale* cit. 436. Alle pp. 439 s. il Salvioli ricorda, poi, il contributo dei decretisti in ordine alla definizione dell'*actio spolii*.

na medievale. Ma non riuscì ad andare oltre questo rapido accenno e non seppe arricchirlo di ulteriori approfondimenti.

Un analogo accenno, comunque, non si ritrova nel Calisse il quale si limitò a denunciare la «grave confusione» dei glossatori in tema di possesso, causata – a suo parere – dal fatto che gli stessi «si sforzarono ad entrare nelle nomenclature e partizioni romane istituti germanici, che non ne sarebbero stati capaci, e con principii romani si volle dare la spiegazione di ciò che era conseguenza di principii barbarici». Non fu più possibile, allora, restaurare «la pura teoria romana del possesso»[110]. Sul tema del rapporto tra possesso e dominio utile tornò, invece, il Ciccaglione. Anch'egli definiva «assolutamente imprecisa e confusa» la dottrina dei glossatori sul possesso, i quali – egli dichiarava – non erano stati capaci di distinguere tra *ius possidendi* e *ius possessionis*, nè di comprendere la distinzione romana tra *corpus* e *animus*, nè, addirittura, di formulare una precisa definizione del possesso[111]. Anch'egli condivideva l'idea della derivazione canonista del possesso di diritti e dell'*actio spolii*, azione, quest'ultima, letta come contributo portato dai decretisti sulla base dell'interdetto *unde vi* e del canone *Redintegranda*[112]. Ma oltre a ripetere idee già esposte da altri studiosi, il Ciccaglione dette qualche spazio al tema del rapporto tra vari gradi del dominio diviso e possesso. A suo parere l'incapacità dei glossatori di intendere correttamente la distinzione romana tra *animus* e *corpus* aveva avuto la conseguenza di indurli a collegare la *possessio civilis* con il *dominium directum* e la *possessio naturalis* con il *dominium utile*, attribuendo alla prima l'*animus*, alla seconda il *corpus*. Un'affermazione che non si trova con tanta chiarezza in studiosi precedenti, come il Pais Passino il quale si era limitato a leggere la differenza tra le due forme di possesso nel quadro esclusivo dell'istituto romano, senza tentare collegamenti con lo sforzo innovativo della dottrina medievale nell'interpretazione complessiva delle complicate situazioni reali offerte dalla realtà medievale. Un'affermazone, comunque, che non fu seguita da un'analisi accurata della dottrina, ma da una generica osservazione sull'incapacità degli stessi giuristi di pervenire ad una chiara definizione del possesso, confuso da alcuni con la detenzione, da altri con il dominio[113]. L'attenzione al problema del collegamento tra dominio utile e possesso si rinviene anche nel Nani il quale attribuiva all'influenza del diritto germanico, ed in particolare all'istituto onnicomprensivo della *Gewere*, la teoria del dominio diviso e quella della distinzione tra *possessio naturalis* e *possessio civilis*: entrambe, a suo parere, nascevano

[110] C. Calisse, *Storia* cit. 290.
[111] F. Ciccaglione, *Manuale* cit. 360.
[112] *Ibid.* 361 s.
[113] *Ibid.* 360.

dal tentativo dei glossatori di sforzare i principi e le categorie del diritto romano per inquadrarvi istituti del diritto germanico e la prassi da questo influenzata. Le due forme di dominio e le due forme di possesso erano state utilizzate per leggere la medesima realtà complessa e, proprio perché tutte inadeguate a disciplinarla in maniera limpida, finivano per essere viste come tra loro molto vicine[114].

Il tema trovò, infine, una più distesa esposizione nel Solmi. «L'esigenza dei due elementi della disponibilità della cosa, dagli interpreti definita come *corpus*, e dell'intenzione di tenerla come propria, rappresentata come *animus*, non poteva essere pienamente sentita e valutata da chi voleva attribuire le qualità di dominio a legittimi stati di fatto, a cui mancava ogni intenzione di proprietà». Così egli iniziava l'esposizione del problema. E proseguiva: «Anzi di qui si trasse il senso nuovo della distinzione tra *possessio naturalis* e *possessio civilis*, non più riposto nell'assenza o meno dell'*animus possidendi*, ma fondato sulla diversa natura del diritto esercitato sulla cosa; intendendosi *possessio civilis* quella del signore o del proprietario diretto, *qui ratione sui iuris possidet*, e dichiarandosi *possessio naturalis* quella dell'usufruttuario, del precarista, del commodatario e di ogni altro che abbia il diritto al godimento della cosa, senza intenzione di proprietà»[115]. Ma nemmeno il Solmi andava al di là di queste osservazioni: la successiva trattazione si limitava, infatti, a ripetere i soliti dati dell'origine canonista del possesso di diritti e dell'*actio spolii*[116].

Una delle poche voci discordanti sembra essere quella di Salvatore Riccobono il quale giudicava l'interpretazione delle norme sulla *possessio* offerta dai glossatori non già confusa, contraddittoria e contrastante con la limpidezza del diritto romano, ma al contrario in perfetta linea con il pensiero dei giuristi classici. A suo dire «i glossatori, fin da Irnerio, a questo problema, sicuramente uno dei più difficili delle Pandette, aveva dato una soluzione di grande valore, che rispondeva in modo meraviglioso al sistema vigente in proposito nel diritto classico». Tale coincidenza tra il pensiero dei glossatori e quello dei classici avrebbe riguardato, in particolare, la distinzione tra *possessio civilis* e *possessio naturalis*. «Con l'intendere la *possessio naturalis* come *p. iniusta* in opposizione alla *iusta*, o nel senso di *p. pro suo* non fondata su una causa civile, i glossatori riuscirono in primo luogo a negare l'*Unde vi* al semplice detentore, la quale dottrina, se pur contrastata, fu sempre dominante»[117]. Nessun accenno alla disputa nata tra i glossatori sul significato delle due forme di *possessio* e una loro inter-

[114] C. Nani, *Storia* cit. 273-276.

[115] A. Solmi, *Storia* cit. 755.

[116] *Ibid.* 756 s.

[117] S. Riccobono, *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampiero Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, 1, *Diritto privato*, Torino 1915, 405.

pretazione divergente da quella che, sulla scorta del Bruns, era condivisa dalla maggior storiografia giuridica. E il Riccobono proseguiva, precisando meglio la sua lettura del pensiero dei glossatori: «Irnerio costrinse i termini *civiliter* e *naturaliter* a significare *p. iusta* ed *iniusta*, conferendo agli stessi quel senso che il testo aveva nella forma originale, e sostituendo anzi, nell'interpretazioe, le parole genuine espulse dai compilatori»[118]. Una rivalutazione, quindi, dell'opera dei glossatori, ai quali il Riccobono attribuiva il merito di aver restaurato la limpidezza della disciplina classica, offuscata dalle interpolazioni dei compilatori giustinianei.

Ma il giudizio del Riccobono non fu condiviso dagli altri studiosi, i quali continuarono ad attribuire proprio ai glossatori la colpa di aver reso confusa e contraddittoria la disciplina della *possessio* che nelle fonti giustinianee era limpida e chiara. «Ad oscurarne la nozione (= la nozione del possesso) avevano contribuito i glossatori e i giusnaturalisti, i quali, costretti ad adattare la concezione romana del possesso ai bisogni nuovi, erano riusciti ad una concezione che dell'antica conservava solo la forma e la terminologia, non l'essenziale contenuto e significato». Così Gioele Solari, in un saggio che seguiva di poche pagine quello del Riccobono nella medesima raccolta in onore di Chironi, ribadiva la convinzione dominante nella storiografia[119].

6. – La ricostruzione della dottrina medievale sul possesso offerta dal Bruns non si era limitata alla scuola della glossa, ma aveva riguardato anche le scuole successive: e sulla loro dottrina lo storico tedesco tornò qualche anno dopo con una nuova indagine[120]. A suo parere il contributo di originalità portato dalla scienza successiva alla glossa era stato sostanzialmente limitato. I giuristi – a suo vedere – si erano limitati a ripetere le conclusioni dei glossatori e a condividerne le polemiche, recando qualche idea innovativa soltanto con Bartolo il quale in merito alla differenza tra *possessio civilis* e *possessio naturalis* aveva dichiarato: «possessio civilis est jus insistendi rei non prohibitae possideri, aptum producere civiles effectus respectu dominii... Possessio est naturalis et est ius insistendi rei non prohibitae possideri, aptum civiles producere effectus respectu alicuius iuris a domino separati et respectu naturalium accessionum». E lo studioso tedesco sosteneva che per «ius a dominio separatum» Bartolo aveva inteso un diritto reale, mentre aveva indicato i frutti come «naturales accessiones»[121]. Le novità, comunque, non erano del tutto mancate: il Bruns le in-

[118] *Ibid.* 405.

[119] G. SOLARI, *Sulla dottrina del possesso del Savigny*, *ibid.* 1, 555.

[120] *Das altere Besitz und das Possessorium ordinarium*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* 4 (1860).

[121] C. G. BRUNS, *Das Recht* cit. 249-255. Il passo di Bartolo è in *Commentaria in Primam Digesti Novi Partem*, ff. *de acquirenda possessione*, l. *possessio* (D. 41.2.1), ed. Venetiis 1615, f. 75 r ab, nn. 8-9.

dividuava soprattutto nel campo processuale, dove, dietro influenza della tradizione germanica, avevano fatto la loro comparsa azioni di manutenzione dirette a tutelare il bene durante lo svolgimento della vertenza sulla legittimità del suo possesso. Tali azioni, che dovevano essere risolte in tempi estremamente brevi, si espressero in due procedimenti, il *possessorium ordinarium* e il *possessorium sommarium*, che alla fine del Medioevo-inizi dell'età moderna, avendo adottato anche il primo regole sommarie, furono indicati con i termini di *possessorium summarium* e *possessorium summarissimum*[122].

Le conclusioni del Bruns risultano generalmente condivise dalla storiografia giuridica italiana. Così il Pertile metteva in risalto soprattutto la disciplina delle azioni di manutenzione, indicandone le origini e l'evoluzione[123] e il Pais Passino ripeteva il giudizio negativo dello storico tedesco sul contributo dei giuristi successivi ai glossatori affermando «dopo il periodo dei Glossatori si cerca invano nel Medio Evo una vera trattazione scientifica della teoria possessoria: i Commentatori, anche in questa parte, non fanno altro che ripetere e rilavorare quanto quelli avevano detto»[124].

Anche il Salvioli concordava con il giudizio negativo espresso dagli studiosi ora ricordati sul valore della trattazione dottrinaria del possesso elaborata dalle scuole successive ai glossatori. «Dopo il sec. XIV» – egli dichiarava – «e nella giurisprudenza posteriore, infino a Savigny, anche nella essenza del possesso, non si ebbero che idee confuse, oscillanti fra il diritto romano e il germanico, tanto nella pratica che nella teoria»; ed aggiungeva che i giuristi di questo periodo «dominati dalla pratica, amalgamarono questa colle dottrine della scuola, e inconsciamente passarono da equivoci in errore». La conclusione era che «la loro dottrina sul possesso è un vero labirinto»[125]. Aggiungeva che detti giuristi avevano aggravato le incertezze e le contraddizioni dei glossatori, dato che alcuni avevano inteso il possesso come una «proprietà presunta», mentre altri lo avevano difeso come tale al fine di evitare le conseguenze di instabilità sociale provocate dalle lotte cittadine[126]. Infine il Salvioli soffermò la sua attenzione sulle diverse forme di *possessorium* ed in proposito sottolineò, in particolare, il contributo della dottrina del tardo Medioevo alla loro definizione e l'ostilità dei giuristi della prima età moderna verso il *possessorium sommarissimum*[127].

Il tema del *possessorium* fu ripreso anche dal Ciccaglione – che ne individuava l'origine nell'influenza esercitata dalla scienza canonista sugli in-

[122] *Ibid.* 256-274; *Das altere Besitz* cit. 62-64.
[123] A. PERTILE, *Storia*, 4, cit. 189-194.
[124] G. PAIS PASSINO, *Contributo* cit. 267.
[125] G. SALVIOLI, *Manuale* cit. 436.
[126] *Ibid.* 136.
[127] *Ibid.* 442 s.

terdetti romani *retinendae possessionis*[128] – e dal Solmi, il quale sostenne che questa azione, nelle sue molteplici forme, fu teorizzata dai postglossatori soltanto per un tipo di possesso, quello che si conservava pacificamente, in maniera pubblicamente nota, e vantava una durata di almeno un anno e un mese: concludeva, di conseguenza, che detti giuristi avevano definito «una figura di possesso legittimo (*possessio legittima, iusta ac non vitiosa*) che meritava più sicura difesa e che aveva in sè la presunzione della proprietà»[129]. Ancora più aderente all'impostazione del Bruns risulta, infine, il Rossi il quale ripeteva che con i giuristi successivi ai glossatori «la teoria possessoria non fece, dal punto di vista scientifico, alcun progresso» e si limitava a ricordare la dottrina bartoliana sul possesso civile e naturale[130].

Le idee del Bruns, comunque, risultano in più autori italiani arricchite dall'esame della disciplina del possesso rinvenibile nelle norme degli statuti comunali, nelle leggi del Regno meridionale e in quelle dei principati italiani: e questo aspetto della trattazione appare costituire il più significativo contributo di originalità portato dalla storiografia giuridica italiana. Già il Pertile aveva ricordato la recezione dell'*actio spolii* nelle costituzioni siciliane di Federico II e nelle consuetudini del Friuli[131]. Ma fu soprattutto il Lattes ad aprire questo campo di indagine con il suo studio sugli statuti comunali. Il Lattes individuò nelle norme cittadine due principali tipi di azione civile riguardanti il possesso – le «azioni possessorie per manutenzione e reintegrazione del possesso», le «quasi possessorie per denuncia di nuova opera e di danno imminente» –, insieme con la disciplina di vertenze insorte tra i proprietari delle terre e i «coltivatori e possessori» (conduttori, enfiteuti, livellari, ecc.) delle stesse. In particolare, egli soffermò la sua attenzione sulle azioni in tutela del possesso di beni espropriati a cittadini banditi dal Comune e successivamente riammessi in città, su quelle riconosciute a possessori che chiedevano al Comune il risarcimento dei frutti perduti per turbative che il Comune stesso non era stato in grado di impedire e, infine, sugli strumenti procedurali previsti dagli statuti in difesa del proprietario contro i coloni e altri lavoratori delle sue terre[132]. Anche il Pais Passino prese in esame le norme cittadine. Innanzi tutto affermò che esse avevano disciplinato «giustamente» il possesso come «un rapporto di fatto, indipendente dal diritto», ma subito dopo si correggeva precisando che «in verità alcuni statuti più antichi non distinguono tra diritto e fatto» (come quelli di Vercelli, Pisa e Parma) e solo alcuni (le con-

[128] F. Ciccaglione, *Manuale* cit. 362
[129] A. Solmi, *Storia* cit. 760.
[130] L. Rossi, *Possesso* cit. 1366 s.
[131] A. Pertile, *Storia*, 4 cit. 186.
[132] A. Lattes, *Studii di diritto statutario*, Milano 1886, 28-31.

suetudini di Palermo, gli statuti di Parma, di Piacenza e di Cremona) «operano tale separazione e proteggono il possesso in sè senza riguardo alla causa che lo ha originato». Si trattava, comunque – egli precisava –, di una tutela di natura penale che prevedeva in genere una procedura sommaria. Aggiungeva, infine, che gli statuti distinguevano il possesso dalla detenzione e lo regolavano con norme modellate su quelle giustinianee[133]. Anche il Tartufari volse la sua attenzione alle norme statutarie e vi cercò, in particolare, la disciplina della trasmissione del possesso. In proposito, egli rilevò che alcuni statuti – come quelli di Piacenza e di Padova – ammettevano l'«immediata e diretta traslazione del possesso nell'erede», mentre altri imponevano il requisito dell'adizione, la quale doveva essere compiuta dopo che fosse trascorso il tempo necessario alla stesura dell'inventario dei beni del *de cuius*. In questo senso disponevano gli statuti di Gubbio, Roma, Genova, Ferrara, Ravenna, Brescia, Bergamo e Fermo, mentre diversa era la disciplina prevista dalle consuetudini francesi – che ammettevano all'eredità del possesso solo i legittimari – e quella delle Assise di Gerusalemme che accettavano la successione nel possesso solo per gli eredi che ne facessero espressamente richiesta[134].

Alle leggi regie e principesche, invece, rivolse soprattutto la sua attenzione il Salvioli, il quale rilevò la recezione della tutela possessoria canonistica da parte delle costituzioni federiciane – che nella I, 26 avevano ripetuto l'*actio spolii* – e delle costituzioni sabaude di Pietro II e Amedeo VI, nonchè l'accoglimento del *possessorium sommarissimum* nelle costituzioni di Amedeo VI[135]. Il Milani, poi, prese in esame alcune norme statutarie riguardanti la tutela del possesso di diritti. A suo parere il diritto medievale «accolse e fecondò il concetto del possesso dei diritti sopra una base comune alla dottrina romana e canonica» con la conseguenza di estendere ai diritti la protezione possessoria, sia quella interdittale di origine romana, sia quella di origine recente costituita dall'*actio spolii* e dal possessorio. In questa situazione, a suo parere, il possesso di stato si affermò nella prassi e finì per essere riconosciuto anche dalle norme cittadine: gli statuti di Milano ne offrono un esempio significativo[136].

Come si diceva, tale analisi delle norme statutarie e legislative costituisce l'unico contributo di originalità rinvenibile nelle trattazioni della disciplina possessoria offerte dagli studi di storici italiani del diritto intermedio. Ma, a ben vedere, questa analisi presenta lo stesso difetto che abbiamo visto segnare l'indagine della documentazione coeva alla scuola dei glossa-

[133] G. Pais Passino, *Contributo* cit. 277-287.
[134] A. Tartufari, *Della acquisizione* cit. 2, Milano 1888, 20-34.
[135] G. Salvioli, *Manuale* cit. 440, 442.
[136] G. Milani, *L'origine* cit. 346 s.

tori: la complessa e plurima valenza semantica dei termini medievali *possessio* e *possidere* non sembra essere affatto colta e i termini in questione appaiono costantemente intesi come sinonimi dell'istituto romano della *possessio*, a sua volta letto come precedente dell'istituto del possesso disciplinato dai codici del secolo XIX.

7. – La dottrina medievale, allora, avrebbe elaborato una confusa e contraddittoria teoria del possesso nella quale la purezza e la chiarezza del diritto romano sarebbero state oscurate dall'influenza del diritto germanico e di quello canonico, nonchè dalla pressione di una prassi complessa ed imprecisa. E la successiva dottrina invece di recuperare la limpidezza delle origini romane, avrebbe aggravato la confusione e l'imprecisione. Questa risulta essere, dunque, l'opinione concordemente condivisa dalla storiografia giuridica italiana di età liberale, la quale era altrettanto concordemente convinta che solo grazie allo studio del Savigny la dottrina giuridica era riuscita a recuperare la natura vera del possesso romano, riproponendolo nella sua originaria chiarezza. Esplicitamente lo dichiarava, ad esempio, il Nani il quale, dopo aver affermato che a partire dalla scuola dei glossatori «i tratti caratteristici della *possessio* romana si andarono a poco a poco offuscando, e la teoria così del possesso come della sua difesa diventò una strana miscela di elementi eterogenei e talora fra sè ripugnanti», concludeva: «In tale stato si trascinò fino al principio di questo secolo. È merito del Savigny di avere, col suo libro famoso *Das Recht des Besitzes*, pubblicato per la prima volta nel 1803..., ricondotta la dottrina romana del possesso alle sue origini restituendole la fisionomia primitiva»[137]. E il Solari ripeteva: «L'istituto del possesso parve in ogni tempo disturbare l'armonia di un qualsiasi meditato e logico sistema di diritto privato. Quando il Savigny si accinse a trattarne nel 1803, tutto nel possesso era incerto e discutibile, la nozione giuridica, l'origine storica, il fondamento filosofico»[138]. Ma la riconquistata chiarezza dottrinaria non era stata accompagnata da pratici risultati concreti. Negli ordinamenti giuridici adottati dagli Stati europei dopo l'esperienza napoleonica soltanto la legge produceva norme giuridiche e la dottrina aveva perso l'antica autorità di fonte di diritto: e i legislatori, in particolare i compilatori dei codici civili promulgati nei vari Stati, non erano stati in grado di seguire l'insegnamento del Savigny, non erano riusciti a sbarazzarsi completamente della tradizione e avevano finito in tal modo per riprodurne molti difetti. Ancora il Nani dichiarava: «i più recenti codici, pur cercando di riordinare e di

[137] C. NANI, *Storia* cit. 278.
[138] G. SOLARI, *Sulla dottrina* cit. 555.

semplificare la materia del possesso, non vollero e non potevano ritornare puramente e semplicemente al diritto romano»[139].

La convinzione degli storici del diritto sembra, allora, la seguente: il diritto romano aveva definito il possesso in termini chiari e precisi; in età intermedia su questo tronco si innestarono elementi eterogenei e confusi di matrice germanica e canonista che inquinarono la limpidezza dell'istituto; i codici del secolo XIX, pur tentanto un recupero dell'originaria chiarezza romana che veniva loro indicata dalla dottrina, non riuscirono a raggiungere questo obiettivo e recepirono in parte significativa le deviazioni intervenute in età medievale e moderna[140]. Una tale convinzione aveva per gli stessi storici del diritto il merito di segnare in modo sicuro il loro compito: questo non poteva non consistere nell'individuazione dell'origine e dell'evoluzione di tutti gli elementi che nel diritto vigente si aggiungevano all'originaria disciplina romana, offuscandone la chiarezza.

In questa impostazione generale appaiono, allora, trovare coerenza e unità le osservazioni che fin qui abbiamo proposto. Punto di partenza dell'analisi degli storici del diritto intermedio non poteva non essere la disciplina del possesso definita dal codice, dato che obiettivo dell'indagine era l'individuazione della nascita e dello sviluppo delle sue componenti. Perciò il possesso era visto esclusivamente negli aspetti privatistici della signoria dell'uomo sulla cosa, come un diritto – o meglio, un fatto produttore di diritto – reale. Le stesse incomprensioni della *Gewere* ci appaiono funzionali all'obiettivo primario della ricerca relativa all'età intermedia. L'istituto germanico era esaminato non tanto in sè, quanto piuttosto come matrice degli elementi che sin dalla prima età medievale avevano cominciato ad appesantire e a modificare la *possessio* romana. L'adozione di questo punto di vista aveva indotto, allora, gli studiosi a leggere il complesso diritto della *Gewere* attraverso le lenti delle categorie, dei principi e degli istituti romanistici, senza tentare di calarsi nella realtà effettiva del diritto germanico, dato che proprio di quelle categorie, di quei principi, di quegli istituti bisognava individuare la continuità in un ambiente culturale ed economico profondamente diverso dal romano. E l'obiettivo ultimo della ricerca sull'età intermedia spiega anche l'attenzione rivolta alle origini e allo sviluppo della disciplina canonistica del possesso di diritti, quel posses-

[139] C. NANI, *Storia* cit. 278 s.

[140] Appare di qualche significato segnalare un passo di uno dei tanti manuali di diritto civile di Giampiero Chironi il quale, a proposito del possesso di diritti disciplinato dal codice civile così si esprimeva: «Oggetto del possesso sono non soltanto le cose corporali, ma pure le incorporali (i diritti): e *quasi possesso* viene detto il possesso in rispetto a tali cose» (G. CHIRONI, *Elementi* cit. 133). Il Chironi – studioso di diritto romano e di diritto civile (su di lui rinvio alla biografia da me redatta per il *Dizionario Biografico degli Italiani* 25 [1981] 46-48) – continuava ad usare per il possesso dei diritti la terminologia romanistica che il codice non aveva accolto.

so che a Roma era stato fortemente limitato e mai compreso nell'istituto della *possessio* e che, invece, i codici del secolo XIX – ed in particolare quello italiano – avevano finito per collocare sullo stesso piano del possesso di cose corporali. Di questo allargamento alle cose incorporali solo gli storici del diritto intermedio potevano dar conto, dato che la sua origine era da collocare proprio nel Medioevo. Ed, ancora, quello stesso obiettivo spiega il motivo per cui l'analisi della dottrina dei glossatori e delle scuole successive si concentrò esclusivamente sull'interpretazione delle norme relative alla *possessio*, senza tentare quel coinvolgimento della teoria del dominio diviso che avrebbe aperto inedite strade per la comprensione della complessa realtà medievale e degli sforzi compiuti dai giuristi per incanalarla in schemi ed istituti leggibili e definiti. Se, infatti, il punto di partenza della ricerca di diritto intermedio erano gli istituti di codice e lo scopo della stessa era quello di ricostruirne la vicenda passata, non c'era ragione di impegnarsi nell'esame degli intrecci e delle sovrapposizioni che erano maturati tra istituti – quali il *dominium* – proprietà e la *possessio* – possesso – che, nettamente distinti e chiaramente separati nel diritto romano, erano tornati ad esserlo nei codici vigenti. Infine, la convinzione che ogni termine *possessio* e *possidere* rinvenuto nei documenti, negli statuti, nelle leggi medievali corrispondesse all'istituto romano – e, di conseguenza, a quello di codice – del possesso conferma la volontà degli storici di escludere ogni problema che ampliasse l'analisi oltre gli angusti limiti della ricostruzione dei precedenti della vigente disciplina.

La strettoia in cui l'indagine sul possesso medievale e moderno venne incanalata finì, allora, per tarparne il respiro e le ambizioni. I suoi risultati offrono un numero limitato di nozioni che, se consentono di conoscere sotto alcuni aspetti l'origine della disciplina accolta dai codici, non permettono di comprendere l'effettiva realtà medievale e moderna, segnata da una complessità che gli istituti civilistici non sono certamente in grado di rappresentare.