

RIDA

REVUE
INTERNATIONALE
DES DROITS
DE L'ANTIQUITÉ

62²⁰¹⁵

HOMMAGE À JACQUES HENRI MICHEL



Presses Universitaires de Liège

(Anciens) Directeurs de la RIDA

Fernand De Visscher (1952-1964), Jacques Pirenne (1952-1964), Lucien Caes (1965-1977), René Dekkers (1965-1976), Roger Henrion (1965-1988), Maurice Michaux (1965-1985), Aristide Théodoridès (1978-1994), Jacques Henri Michel (1986-2012), Roger Vigneron (1989-2002), Huguette Jones (1997-), Jean-François Gerkens (2003-), Gilbert Hanard (2011-).

Rédacteur en chef

Jean-François Gerkens, rue du XIII Août 89, BE – 4050 Chaudfontaine

Comité de rédaction

Alonso (J.L.), Paseo Manuel de Lardizábal 2, ES – 20018 San Sebastián
Ankum (J.A.), Schuttersweg 58, NL – 1217 RA Hilversum
Cascione (C.), via Aniello Falcone 376, IT – 80127 Napoli
Chevreau (E.), 53, Rue de l'Amiral Mouchez, FR – 75013 Paris
Démare-Lafont (S.), 12, Place du Panthéon, FR – 75005 Paris
Dimopoulou (A.), Rue Akadimias 45, EL – 10672 Athènes
Famerie (E.), Place du 20 août 7, BE – 4000 Liège
Masi Doria (C.), via Niccolò Tommaseo 2, IT – 80121 Napoli
Modrzejewski (J.), 7, allée des Mouille-Bœufs, FR – 92290 Châtenay
Pichonnaz (P.), Beauregard 11, CH – 1700 Fribourg
Pugsley (D.), Rockhaven, St. George's Well, Cullompton, Devon, UK – EX 15 1AR
Ruelle (A.), Boulevard du Jardin Botanique 23, BE – 1000 Bruxelles
Rüfner (Th.), Universität Trier, DE – 54286 Trier
Urbanik (J.), Jaracza 3/10, PL – 00-378 Varsovie
Wallinga (T.), Sint Jacobsplaats 132, NL – 3011 DD Rotterdam

Envoi de manuscrits

Jean-François Gerkens, Université de Liège
Quartier Agora, Place des Orateurs 1
Bâtiment B33 (boîte 11), BE – 4000 Liège
jf.gerkens@ulg.ac.be

Diffusion et vente

Editions De Boccard

Rue de Médicis, 11 FR – 75006 Paris (France)
Tél. +33 1 43 26 00 37 / Fax +33 1 43 54 85 83 / <http://www.deboccard.com>
Information, abonnement et commandes : orders@deboccard.com

Table des matières

Éditorial, par Jean-François GERKENS 7

Hommage à Jacques-Henri Michel (*L'Abrégé d'art militaire de Végèce*)

Avant-propos (Dominique GAURIER)	11
Les traductions françaises de l' <i>Abrégé d'art militaire</i> de Végèce (xviii ^e – xxi ^e siècles) (Étienne FAMERIE)	15
Note sur le texte et la traduction (Étienne FAMERIE)	35
Plan de l'œuvre	37
Édition critique et traduction (Étienne FAMERIE et Jacques-Henri MICHEL)	42
Bibliographie sur l' <i>Abrégé d'art militaire</i> de Végèce (1981–2015) (Étienne FAMERIE)	207

Droit romain

Emanuela CALORE, <i>Volenti non fit iniuria: una regula romana?</i>	223
Giacomo D'ANGELO, <i>Vadimonium nossale ed exhibitio</i> «in eadem causa»	251
Evelyn HÖBENREICH, <i>Marginalia on Morals, Rhetoric, and Law.</i> <i>Apropos Sen. contr. 2.7</i>	263
Aglaia McCLINTOCK, <i>Nemesi dea del νόμος. Modalità e simboli</i> <i>della repressione criminale nei primi secoli dell'impero romano</i>	289
Esteban MORENO RESANO, <i>La emisión en Oriente de cinco leyes</i> <i>occidentales de Constantino</i>	307
Carlo PELLOSO, <i>Sul diritto del cittadino al processo popolare dalla</i> <i>caduta del regno al decemvirato legislativo</i>	325
Mariagrazia RIZZI, <i>Aequum/iniquum esse nelle constitutiones</i> <i>principum di età severiana in materia contrattuale attraverso</i> <i>le testimonianze dei Digesta giustiniane</i>	341
Annamaria SALOMONE, <i>Le donazioni inter virum et uxorem tra</i> <i>successio ed accessio possessionis</i>	365

Chroniques

Jean-François GERKENS, <i>La SIHDA à Istanbul</i>	377
Ouvrages reçus par la direction	387

Éditorial

Jean-François GERKENS

Jacques-Henri Michel a été une cheville ouvrière essentielle de la *RIDA* pendant de nombreuses années. Il y était entré en tant que secrétaire en 1963 et en était devenu directeur en 1986. Ce n'était donc que justice que sa revue lui rende hommage en dédiant son 62^e volume à sa mémoire. Pour rendre hommage à ce grand latiniste, il a semblé adéquat au comité de rédaction, de publier ici une traduction inédite de l'abrégé d'art militaire de Végèce. Cette excellente traduction de Jacques-Henri Michel est restée inédite, mais il en avait confié une des rares copies à Dominique Gaurier. Notre collègue Nantais a ensuite eu la gentillesse de nous confier ce manuscrit afin de le publier et c'est donc avec joie que nous l'offrons aujourd'hui à nos lecteurs. Afin de rendre justice à cette traduction, il nous a semblé essentiel de fournir une édition latine soignée, ce qui s'est avéré constituer un travail considérable, pour lequel nous sommes redevables à Étienne Famerie.

Le reste de ce volume répond en revanche au format habituel de la revue, avec ses articles et ses chroniques bien connues, dont le compte-rendu de la 69^e SIHDA d'Istanbul. Au moment où je rédige ces lignes, la 70^e session de la SIHDA s'est également déjà déroulée et a été un grand succès, mais il en sera rendu compte dans le volume 63 de la *RIDA*. La parution de ce prochain volume devrait intervenir dans un futur nettement plus proche que d'habitude, puisque pour l'essentiel, celui-ci est quasiment prêt.

En publiant deux volumes de la *RIDA* en l'espace de quelques mois, nous espérons nous faire pardonner du relatif retard de ce volume-ci.

Chaufontaine, le 6 novembre 2016
Jean-François Gerkens

Le donazioni *inter virum et uxorem* tra *successio* ed *accessio possessionis*

Annamaria SALOMONE

Université de Naples, Federico II

Due testi, provenienti da differenti *loci* dei *Digesta* giustinianeï, Paul. 7 *ad Sab.* D. 24.1.24 e Paul. 54 *ad ed.* D. 41.6.1.2, prospettano, dall'angolo di visuale del divieto delle 'donazioni' tra coniugi, una problematica di acquisto della proprietà per usucapione in capo al coniuge donatario di un bene del quale il coniuge donante aveva trasferito il solo possesso. Particolarmente dibattuta negli anni addietro sotto il profilo della critica testuale, la questione è stata prevalentemente accantonata rinunciandosi a leggere, con le più varie proposte emendative, la prima delle due fonti in parola nel contesto in cui ci è tramandata. Come cercherò di dimostrare nelle pagine che seguono, entrambe le testimonianze — non a caso provenienti da uno stesso giurista — mostrano, al di là delle apparenti contraddizioni, una stessa linea di pensiero. Quella cioè volta a riconoscere effetti ad atti di disposizione socialmente diffusi e sostanzialmente avvertiti come leciti, sebbene formalmente vietati.

Il divieto, non già di donazione, ma di volontario arricchimento di un coniuge cui corrispondeva il depauperamento dell'altro, è noto, rimontava ad un risalente principio di origine consuetudinaria, forse posteriore alla *lex Cincia de donis et muneribus* ed inquadrato nella legislazione matrimoniale augustea, della cui *ratio* nell'età del principato si era evidentemente smarrito il senso, come mostrano le improbabili, talora ingenuè, giustificazioni rintracciabili nelle fonti antiche. Con l'argomento della *perseverantia voluntatis*, nel donante si intende, anche solo presunta, la giurisprudenza prima e la cancelleria poi delineano un percorso di progressiva esaltazione dell'elemento volontaristico, itinerario, questo, che — nei tempi a seguire — avrebbe caratterizzato la storia della donazione.

I

Muovo da Paul. 7 *ad Sab.*, D. 24.1.24

Si inter extraneos facta sit donatio et antequam per tempus legitimum dominium fuerit adquisitum, coierint, vel contra si inter virum et uxorem facta sit donatio et ante impletum tempus supradictum solutum sit matrimonium, nihilo minus

procedere temporis suffragium constat, quia altero modo sine vitio tradita est possessio, altero quod fuerit vitium, amotum sit.

Il giurista prospetta due casi di donazione: una prima donatio che interviene tra estranei, successivamente unitisi in matrimonio senza attendere il tempo necessario all'acquisto del dominio sul bene donato; una seconda tra coniugi, cui segue lo scioglimento del matrimonio, anche qui prima del compimento del '*tempus supradictum*'. In entrambe le ipotesi Paolo reputa compiuto in favore del donatario il decorso del tempo: in un caso il trasferimento del possesso sul bene si intende effettuato *sine vitio*, in quanto la *donatio* era stata compiuta prima dell'unione tra donante e donatario; nell'altro, trattandosi di donazione tra coniugi, con lo scioglimento del matrimonio il vizio iniziale si reputa rimosso con efficacia sembrerebbe retroattiva.

Nella lettura dei Pandettisti questa fonte era collocata tra le eccezioni al divieto delle donazioni tra coniugi e, sulle orme della Glossa¹, posta in connessione con il frammento del giurista Clemente, il successivo nella sequenza dei compilatori, che concerne una donazione tra coniugi di cosa altrui². In particolare Glück³ osservava che con lo scioglimento del matrimonio si sarebbe computato in favore del donatario anche il possesso del donante cui spettava il diritto di usucapire. Savigny⁴ si era posto l'interrogativo del perché nella fonte si discorresse di usucapione e non di trasferimento del dominio ed aveva immaginato un contesto concernente il trasferimento di una *res mancipi* senza le dovute formalità.

La letteratura tra fine Ottocento ed inizio Novecento sarebbe stata fortemente condizionata dalla proposta palinogenetica di O. Lenel⁵, secondo il quale il testo avrebbe avuto riguardo ad ipotesi di donazioni effettuate *divortii causa* ed al

-
1. *Pandectarum seu Digestum vetus [-novum] Iuris Civilis, tomus primus: Cum Pandectis Florentinis, quae olim Pisanae dicebantur, diligentissimè collatus, lectionum varietatibus, quibus a Florentinis discrepabat (communem enim lectionem retinere maluimus) in margine ritè collocatis, commentarijs Accursii, & multorum insuper aliorum Iurisconsultorum tam veterum, quàm neotericorum, praecipue autem Antonii Persii Philosophia & V.I.D. Scholijis, atque obseruationibus illustratus, Venetiis, 1581, p. 1489 s.*
 2. *Clem. 5 ad l. Iul. et Pap., D. 24.1.25: Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intellegenda est in ea re, quae quia aliena est usucapi potest.*
 3. *Commentario alle Pandette XXIV, dir. P. Cogliolo e C. Fadda, trad. e ann. R. D'Ancona, Milano, 1889, p. 46 ss., spec. 68 ss.*
 4. *Sistema del diritto romano attuale, IV, trad. dall'originale ted. di V. Scialoja, Torino, 1889, p. 135 n. e.*
 5. *Palingenesia iuris civilis, I, Lipsiae, 1889, r.a. Roma, 2000, prefazione di M. Talamanca, a cura di L Capogrossi Colognesi, col. 1271, nr. 1750.*

computo della durata del possesso non ai fini dell'*usucapio*⁶, ma a quelli dell'esercizio dell'*interdictum utrubi*. Pertanto il tratto '*antequam per tempus legitimum dominium fuerit acquisitum*' sarebbe stato da considerare insiticio ed andava presumibilmente sostituito con il richiamo alla 'maggior parte dell'anno': "*antequam maiore parte res ab eo, cui donatae sunt, fuerint possessae*"⁷. Tale ricostruzione era argomentata attraverso il richiamo a due testi dei *Fragmenta Vaticana*⁸ sull'*exceptio legis Cinciae* e sull'estensione della tutela interdittale al donante⁹ e, maggiormente significativo ai fini di questa indagine, ad un'altra testimonianza in tema di donazione tra coniugi dello stesso giurista, posta dai compilatori nel titolo *pro donato* dei *Digesta*:

Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.6.1.2

Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare: alias ait post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intellegatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam Iulianus putat.

Dopo aver affermato che la donazione tra coniugi impedisce il compimento dell'*usucapione*, Paolo si sofferma sull'ipotesi in cui alla donazione del marito alla moglie segua il divorzio. Secondo un responso di Cassio anche in questo caso è impedita l'*usucapione* per la ragione che la donna non avrebbe potuto mutare da sola la *causa possessionis*: diversamente la stessa avrebbe cominciato, sembrerebbe *ex nunc*, ad acquistare per *usucapione* qualora il marito dopo il divorzio avesse

6. In questo senso, invece, Cuiacio, *Recit. Solemn.* ad tit. 26 lib. VII Cod. *de usucap. Pro emptore*.
7. *Pal.*, I, cit., col. 1271, n. 2.
8. Vat. 293. 1. *Idem (Diocl. et Maxim.) Aur. Luciano. In donatione rei tributariae circa exceptam et non exceptam personam legis Cinciae nulla differentia est, cum et vacuae possessionis inductione celebrata in utriusque persona perficiatur et, si hanc secutam post huiusmodi placitum non constet, manifeste nec coepa videatur. Quapropter in his quidem, quae solo tributario consistunt, a maiore V et XX annis in vacuum inductos vos possessionem ostendi convenit. Rerum autem mobilium sive moventium, si excepti non fuistis, quae mancipi sunt usu capta vel mancipata, post vel antea maiore tempore a vobis anni possessa, avocari non possunt; nec mancipi vero traditione facta propter eiusdem interdicti potestatem similis possessionis probatio necessaria est. Nam si exceptus fuisti privignus tum constitutus, sola traditio sufficit. 2. Quod autem res tibi ab herede donatricis distractas esse proponis, duplicari tibi titulum possessionis non potuisse constat, sed ex perfecta donatione dominum factum frustra emisse, cum rei propriae emptio non possit consistere ac tum demum tibi profuerit, si ex donatione te non fuisse dominum monstretur. Sane quoniam omnia bona vobis ab ea donata et tradita dicitis, ad hoc a filio facta venditio rerum maternas adferre perfecta etiam donatione poterit defensionem, ne exemplo inofficiosi testamenti possit haec avocare. Quibus omnibus praeses provinciae suam notionem praebebit. Proposita IIII kal. Iun. Diocletiano et Maximiano V et IIII cons.; Vat. 311. Item (Paulus libro XXIII ad edictum de brevibus). Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem. In rebus mobilibus etiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit sive nec mancipi tradita.*
9. Sulla tematica, per tutti, F. CASAVOLA, 'Lex Cincia'. *Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960, p. 131 ss., 168 ss.

altresì confermato la donazione come se (*quasi*) in quel momento si intendesse che quest'ultimo avesse donato alla consorte. Tuttavia, prosegue il testo, Giuliano opinava che la moglie avesse comunque il possesso sul bene donato.

I sospetti avanzati dal Lenel riguardo alla genuinità del contenuto del passo di Paolo riportato in D. 24.1.24 si erano via via rafforzati nella romanistica del primo Novecento¹⁰ proprio attraverso l'argomento di una pretesa inconciliabilità tra questa fonte e la testimonianza da ultimo riportata¹¹. In particolare si osservava che, movendosi dalla risalente massima '*non possit causam possessionis sibi ipsa mutare*'¹², in D. 41.6.1.2 si riportava il responso di Cassio in merito alla generale irrilevanza, ai fini della usucapione, di un divorzio successivo alla donazione tra i coniugi, laddove in D. 24.1.24 si affermava che in caso di scioglimento del matrimonio il coniuge donatario avrebbe potuto acquistare il bene senza alcuna manifestazione di volontà ulteriore e che tale sanatoria operava con efficacia retroattiva¹³. Fuori dal coro Biondi, il quale (sia pure 'di sfuggita')¹⁴ superava il contrasto tra le fonti in esame opinando che in D. 41.6.1.2 Paolo riportasse soltanto il pensiero di Cassio, senza peraltro aderirvi.

II

In vivace ed ardimentosa critica verso questo quadro storiografico, Nicosia, nel suo noto scritto giovanile sul tema¹⁵, apportava nuovi e significativi elementi al dibattito. Ove, seguendo Lenel, il *vitium* del possesso di cui trattava Paolo in D. 24.1.24 andasse ricondotto alla cd. *exceptio vitiosae possessionis* rilevante ai fini dell'opponibilità dell'*interdictum utrobi* e non al compimento dell'usucapione, la questione si sarebbe dovuta impostare diversamente con riguardo al contrasto

-
10. Si v., tra gli altri, P. DE FRANCISCI, '*Translatio domini*'. *Note riassuntive*, Milano, 1921, p. 28; ID., *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924, p. 238; Th. MOMMSEN - P. KRÜGER, *Dig. ad h.l.*; F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, p. 12 ss. L. ARU, *Le donazioni tra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938, p. 195 ss. Per altre indicazioni cf. *Index interp.*, II, p. 76.
 11. Inconciliabilità, peraltro, non ravvisata dai pandettisti. Sul punto si v. G. NICOSIA, «Donazioni fra coniugi e 'usucapio pro donato'», *AG* 151 (1956), p. 67-90, da cui si cita, spec. 71 ss., poi in *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania, 1998.
 12. La cui introduzione si pone in relazione all'esigenza di temperare l'ambito di applicazione dell'*usucapio pro herede*: sul punto si v. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* II, 2, *La proprietà*, Roma, 1926, rist. Milano, 1968, p. 315; C.A. MASCHI, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1957, p. 146; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1987, p. 107 e n. 393. Di recente P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, 80 ss., p. 82 s., n. 17.
 13. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, in *Trattato di diritto romano* dir. da E. Albertario, Milano, 1943, p. 660, n. 5.
 14. Così NICOSIA, *l.c.* (n. 11), p. 78.
 15. NICOSIA, *l.c.* (n. 11), p. 67 ss., spec. 74 ss.

tra coniugi e tra questi ultimi ed i terzi. Il *vitium* del coniuge donatario, e cioè la circostanza che questi possedesse *precario* nei confronti del donante, non escludeva infatti la tutela interdittale del primo nei confronti dei terzi¹⁶. Né elementi decisivi si sarebbero potuti trarre dal collegamento, ‘ingegnoso’, ma difficile, tra D. 24.1.24 e Vat. 293, 311, anche tenendosi conto di Vat. 302 (Paul. 71 *ad ed.*)¹⁷ ove *vir et uxor* sono posti tra le *personae exceptae*¹⁸. Quanto alla restituzione giustiniana di regimi in evoluzione che Biondi aveva profilato, l’a., guardando alle fonti in argomento sull’*oratio Severi*, notava come l’estensione della *confirmatio donationis ex senatoconsulto* era esclusa dai giuristi, con altre, proprio nell’ipotesi in cui fosse intervenuto il divorzio tra donante e donatario¹⁹. Nella *pars construens* del lavoro l’a., col propendere per la non genuinità di D. 24.1.24, optava, in linea con le tendenze storiografiche del tempo²⁰, per un rifacimento ‘postclassico’ della testimonianza²¹.

III

Sullo sfondo, nelle letture non conservative della fonte paolina riportata di D. 24.1.24, vi era una questione ben più sostanziosa ad occupare la romanistica di quegli anni, quella relativa alla non ‘classicità’ dell’*accessio possessionis* se riferita all’usucapione.

Zanzucchi, in tre corposi lavori pubblicati nell’Archivio Giuridico “Filippo Serafini” tra il 1904 ed il 1906²², aveva caparbiamente sostenuto che l’*accessio possessionis*, sorta in relazione alla tutela interdittale e successivamente estesa alla

16. NICOSIA, *l.c.* (n. 11), p. 72 ss., spec. 73, n. 15, 76, n. 18.

17. *Excipiuntur et adfinium personae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa*. Di un ‘travaglio esegetico’ suscitato dall’inclusione dei coniugi nel passo in parola scrive di recente P. GIUNTI, sv. *Donazione (storia del diritto romano)*, Dig.⁴ VII (1991), p. 161–176, spec. 163 n. 9.

18. NICOSIA, *l.c.* (n. 11), p. 74 ss., spec. 75, n. 17.

19. Il riferimento è a Ulp. 33 *ad Sab.*, D. 24.1.32.10: *Si divortium post donationem intercessit aut prior decesserit qui donum accepit, veteri iuri statur, hoc est, si maritus uxori donatum vult, valeat donatio, quod si non vult, exstinguitur: plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi et offensa*. Cf. G. NICOSIA, *l.c.* (n. 11), 80. Si v. pure Hermog. 2 *iuris ep.*, D. 24.1.62.1: *Divortio facto nec instaurato matrimonio non confirmabitur inter virum et uxorem facta donatio: nec inter patronum et libertam, si ab eo invito divertere non licet, facta donatio reparatur, cum inter hos divortium intercedat. perinde enim id quod donatum est habetur divortio intercedente ac si donatum non fuisset*. Sul punto P. GIUNTI, *l.c.* (n. 17), p. 173, n. 110.

20. Per tutti F. WIEACKER, «Lebensläufe klassischer Schriften in nachklassischer Zeit», ZSS 67 (1950), p. 360–402.

21. Ricostruzione in ordine alla quale si v. di recente ancora G. NICOSIA, «‘Vitiosa possessio’ e ‘iniusta possessio’», e «‘In hoc interdicto’». A quale ‘interdictum’ si riferiva Paolo in D. 43.17.2?», entrambi in *IURA* 63 (2015), rispettivamente p. 1–27, spec. 19 e n. 75; p. 156 ss., spec. 157 e n. 7.

22. P.P. ZANZUCCHI, «La ‘successio’ e l’‘accessio possessionis’ nell’usucapione», *AG* 72 (1904), p. 177–275, *Parte prima*. La ‘successio possessionis’, spec. 180 ss., *Parte seconda*, L’*accessio*

longi temporis praescriptio in favore dei successori a titolo particolare²³, soltanto in diritto giustiniano sarebbe stata riferita all'*usucapio*. In particolare si sarebbe trattato di un'innovazione della commissione imperiale che redasse i Digesti, mentre la costituzione giustiniana del 531 riportata in C. 7.31.1 non avrebbe avuto riguardo alla problematica dell'*accessio*²⁴. E sulla scia di questa visione dello svolgimento storico dell'istituto che gli autori della prima metà del scorso secolo avevano consolidato le rispettive opinioni sulla non genuinità di D. 24.1.24²⁵. Tuttavia, negli anni a seguire, l'affidabilità dei risultati raggiunti da Zanzucchi sarebbe stata revocata in dubbio²⁶, se non proprio avversata²⁷, riaprendosi così la possibilità di una lettura conservativa della fonte.

IV

Il passo paolino riportato in D. 41.6.1.2 prende l'avvio da un principio generale: *Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio*. La donazione tra coniugi è nulla e pertanto il donatario non potrà usucapire in quanto il suo possesso è fondato su una *causa* illecita²⁸. In caso di divorzio successivo alla donazione la rimozione della *iniusta causa* non è di per sé sufficiente a fondare l'acquisto. E ciò, si riporta, in omaggio ad un principio, risalente²⁹, che postula l'indipendenza della *causa* dal possessore: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*³⁰. Pertanto

possessionis', p. 353–410; ID., «Storia dell' 'accessio possessionis' nell'usucapione. Replica al Prof. P. Krüger», AG 76 (1906), p. 3–26.

23. A partire dall'intervento di Severo e Caracalla relativo ai rapporti tra compratore e venditore di cui vi è traccia in I. 2.6.13: *Inter venditorem quoque et emptorem coniungi tempora divus Severus et Antoninus rescripserunt* (cf. anche Theopf. *Par. ad Inst.* 2.6.13).
24. Il riferimento è evidentemente a Iust. A. *Iohanni* p.p., a. 531, C. 7.31.1.3: *Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium, quod in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est*, sul quale ZANZUCCHI, *l.c.* (n. 22), p. 381 ss., 388 ss., 401 s.
25. Sul punto NICOSIA, *l.c.* (n. 11), p. 77 e n. 21.
26. Si v. in particolare BONFANTE, *l.c.* (n. 12), p. 226; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano, 1952, p. 171. Un'ampia disamina del tema è in C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, «La 'accessio possessionis' en el derecho romano clásico. Contribución al estudio de la 'accessio possessionis' en la usucapión», *BIDR* 37–38 (1995–1996), p. 455–569.
27. 'Forte', come ebbe a definirlo lo stesso Zanzucchi in replica a P. KRÜGER, il «Beitrag zur 'accessio temporis' bei der Ersitzung», *ZSS* 26 (1905), p. 144–148, lavoro, è noto, volto alla confutazione delle tesi dello studioso.
28. Così VOCI, *l.c.* (n. 26), p. 182.
29. Espliciti con riguardo alla risalenza della regola ai 'veteres' Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.3.19 e Marcell. 7 *dig.*, D. 41.2.19.1.
30. Così M. LAURIA, *'Possessiones'. Età repubblicana*², Napoli, 1957, p. 159.

il coniuge donatario, pur avendo la disponibilità della cosa e l'*animus* di tenerla presso di sé con esclusione di altri, non potrà conseguire l'acquisto *pro donato* nonostante sia intervenuto il *divortium*. È quanto si evince dal responso di Cassio, cui Paolo mostra di aderire evidenziando la necessità, ai fini dell'appropriazione da parte di una *uxor* cui il marito avesse donato un bene e dalla quale avesse successivamente divorziato, di un'ulteriore manifestazione di volontà successiva al divorzio e compatibile con una rinnovata volontà di donare.

La chiusa della fonte, con la citazione di Giuliano, richiama l'attenzione su una questione ulteriore, sia pure strettamente attinente a quella dinanzi trattata³¹. Quella cioè della classificazione della posizione giuridica del coniuge donatario in costanza di matrimonio. Sul punto le opinioni dei giuristi appaiono divergenti: alla tesi riportata come prevalente³², incline a riconoscere il possesso³³ del coniuge donatario, sembrerebbe doversi accompagnare una tendenza, diversa, ad individuare nel donatario un detentore e nel donante un possessore mediato³⁴. Il coniuge donatario figurerebbe quale *extraneus* facultato alla conservazione del possesso³⁵. E qui, a mio avviso, si giunge ad un altro nodo della questione.

A rigore, ravvisandosi nel coniuge donatario un possessore sprovvisto di *iusta causa*, venuta meno l'invalidità della donazione non avrebbe dovuto porsi

-
31. Così potrebbe giustificarsi l'anomalia della congiunzione avversativa (*autem*) che lega la citazione di Cassio con quella di Giuliano. Come osserva G. NICOSIA, *l.c.* (n. 11), p. 68 s., n. 1, e si preciserà tra breve, non era opinione pacifica che il coniuge donatario fosse possessore o detentore, da qui la necessità per Paolo di avvalorare ulteriormente la posizione in favore del riconoscimento di un vero e proprio possesso richiamando l'autorità di Giuliano.
32. Si v. in particolare Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.1.4: *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?* Come osserva P. ZAMORANI, 'Possessio' e 'animus', I, Milano, 1977, p. 131, n. 23, 135, il verbo *cedere* allude alla perdita del possesso da parte del donante 'animo et corpore'. Sul punto già G. ROTONDI, «Possessio quae animo retinetur». Contributo alla dottrina classica e postclassica dell' 'animus possidendi', *BIDR* 30 (1921), p. 1–153, spec. 112, poi in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1922, p. 94 ss.; BONFANTE, *l.c.* (n. 12), p. 421.
33. Sull'ampio spettro di impieghi del termine *possessio* che si profilano a partire dal III d.C., con discussione della letteratura che si è confrontata sul tema, si v. L. SOLIDORO, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, p. 239 ss. e *passim*.
34. Ulp. 72 *ad ed.*, D. 24.1.46: *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*; Ulp. 69 *ad ed.*, D. 43.16.1: 9. *Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet*. 10. *Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus*. Con riguardo alle complesse vicende storiografiche che si sono derivate intorno a quest'ultima testimonianza nella prima metà del xx sec., di recente G. NICOSIA, «Introduzione» a S. Riccobono, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse (Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta)* a cura di P. Buongiorno, *Rivista di diritto romano* 12 (2012), p. 1–6 (estr.), *Id.*, *l.c.* (n. 21), p. 4, n. 12, 19, n. 75, 158 e già *Id.*, *Studi sulla 'deiectio'*, I, Milano, 1965, p. 14 ss. e *passim*.
35. Assimilabile ad altre persone libere che per ragioni di incapacità non possono acquistare il possesso, quali, ad es. il *furiosus* ed il *pupillus*: sul punto si v. ZAMORANI, *l.c.* (n. 31), p. 156 ss.

— almeno nei confronti dei terzi — il problema della necessità di un ‘mutamento esterno’³⁶, come invece richiesto nelle ipotesi di detenzione e interversione del possesso. Avrebbe dovuto porsi semmai il problema della impossibilità di avvalersi, quale *iusta causa*³⁷, di un atto invalido *ab initio*³⁸. Senonché le fonti prospettano una visione unitaria della tematica sia per i possessori sia per i detentori³⁹.

Proprio sulla rimozione di un vizio iniziale si fonda peraltro la soluzione proposta dallo stesso Paolo in D. 24.1.24. E qui, come si è osservato, il giurista perviene tuttavia all’immediata validità della donazione come causa fondante il possesso perfino con effetto retroattivo.

A mio avviso non vi sono ragioni — al di fuori della pur autorevole lettura di Lenel — per intendere la *solutio matrimonii* di cui parla Paolo 24.1.24 come allusiva ad un’ipotesi di divorzio, mentre ben più persuasiva mi appare la congettura che il giurista si riferisca allo scioglimento del matrimonio per morte del coniuge donante (*morte solvitur matrimonium*⁴⁰). Nel senso che in caso di donazione possessoria⁴¹ successiva alle nozze, la possibilità di sommare al possesso del donatario quello già esercitato dal donante sarebbe stata consentita ai fini dell’acquisto del bene per usucapione soltanto ove fosse avvenuto il decesso di quest’ultimo.

36. Così LAMBRINI, *l.c.* (n. 12), p. 83.

37. Circa i rapporti tra *iusta causa* e *traditio*, dall’angolazione della *causa donationis*, si v. R. LAMBERTINI, *In tema di ‘iusta causa traditionis’*, in ‘*Fides Humanitas Ius*’. *Studii in onore di L. Labruna*, IV, Napoli, 2007, p. 2745–2756, spec. 2752 ss.

38. Paul. 8 *ad Sab.*, D. 50.17.29: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*.

39. Proprio con riguardo alle posizioni del giurista adrianeo, si v. Iul. 44 *dig.*, D. 41.5.2.1: *Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. Et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse*; Iul. 44 *dig.*, D. 41.3.33.1: *Quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis scieret se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse. Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. Idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur. Cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? Et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere*. Sul punto per tutti P. VOCI, *l.c.* (n. 26), p. 211 ss.

40. Gai. 11 *ad ed. prov.*, D. 24.18; Pap. 12 *resp.*, Vat. 294.2

41. Uso qui il termine nel senso di trasferimento della mera disponibilità di fatto di una *res* di cui lo stesso donante non era proprietario o il donatario non avrebbe potuto acquistare la proprietà, senza impegnarmi in discussioni più complesse sull’origine della *causa donationis*. Sul punto si v. M. TALAMANCA, «Donazione possessoria e donazione traslativa», *BIDR* 64 (1961), p. 249–283, spec. 251 ss., 260 ss.

Paolo ritiene che il possesso maturato dal donatario per la durata delle nozze possa essere computato in suo favore. In caso di donazione anteriore alle nozze per la circostanza che quel possesso non presentava alcun vizio iniziale. Per la donazione successiva all'unione, perché il vizio iniziale con lo scioglimento del matrimonio si reputa *amotum*⁴². Mi soffermo su quest'ultima fattispecie. Escludendosi un acquisto *pro herede* (risalente ipotesi di usucapione *improba e lucrativa*)⁴³ in capo al coniuge superstite implicato dalla circostanza che il bene donato probabilmente non apparteneva al donante, la non necessità di un mutamento del titolo del possesso al fine dell'usucapione potrebbe ricondursi alle regole che governano la *cd. successio possessionis*. In caso di successione dell'erede nel possesso del defunto, il possesso medesimo si considera unitariamente, nonostante il mutamento della persona del possessore⁴⁴. Sicché sarebbe possibile sommare al possesso del donatario quello esercitato precedentemente dal donante (anche attraverso il donatario). In più il possessore attuale subentrerebbe nella posizione (*causa*) in cui si trovava il defunto⁴⁵. Senonché la fonte tace sull'esistenza di un testamento e, secondo le regole del *ius civile*⁴⁶, la *uxor* non è ricompresa né tra gli eredi legittimi né tra quelli necessari. Ed allora non resta che pensare proprio all'elaborazione giurisprudenziale, al "clima di larga apertura verso la donazione anche nella sua applicazione

42. Il giurista definisce come *tradita sine vitio* la sola *possessio* conseguita prima delle nozze. Nell'attuale tenore del passo il *vitium* non riguarderebbe dunque la tutela interdittale del possesso, sembrerebbe piuttosto riferirsi al vincolo coniugale quale elemento ostativo alla validità dell'acquisto. Sul tema generale della qualifica del possesso come vizioso o giusto, per tutti NICOSIA, *l.c.* (n. 21), p. 1 ss. Sulla *cd. exceptio vitiosae possessionis*, si v. da ultimo C. BANDIERAMONTE, «'Exceptio vitiosae possessionis'», *KOINΩNIA* 39 (2015) p. 477-492.

43. Cf. Gai 2.52-57. Cf. anche *supra*, n. 12.

44. E, sembrerebbe, perfino in caso di perdita della disponibilità materiale del bene. È quanto lascia intendere la nota testimonianza di Giuliano relativa al decesso dell'*emptor* di un fondo prima che questi avesse maturato il tempo necessario all'usucapione. Secondo l'opinione del giurista, l'erede succede nel possesso nonostante l'allontanamento dei servi '*in possessionem relictis*': cf. *Iul. 44 dig.*, D. 41.4.7 pr.: *Qui fundum pro emptore possidebat, antequam diutinam possessionem impleteret, decessit: servi, qui in possessionem relictis fuerant, discesserunt relinquendae eius gratia: quaesitum est, an nihilo minus heredi tempus longae possessionis procedere potest. Respondit etiam discedentibus servis hoc tempus heredi procedere*. Sulla fonte (ed in particolare per l'espressione '*in possessionem relictis*') si v. ZAMORANI, *l.c.* (n. 31), p. 75 ss.; e ALBANESE, *l.c.* (n. 12), p. 60, n. 199.

45. Cf. VOCI, *l.c.* (n. 25), p. 170. Vi sarebbe da chiedersi se avesse rilievo che il defunto disponesse del bene donato in forza di una causa di acquisto non onerosa e se questa circostanza avesse incidenza sulla successione nel possesso. Sul tema generale, irrisolvibile alla luce dei testi qui in esame, mi riservo di ritornare in una prossima riflessione avente ad oggetto i rapporti tra titolo *pro donato* e *pro emptore*. Mi limito qui ad osservare che l'originaria natura possessoria della *traditio* e l'autonomia di quest'ultima rispetto al negozio 'motivante' pongono per la donazione e la vendita problematiche particolari ancora ad oggi non del tutto esplorate. Cito per tutti sul tema P. VOCI, «Tradizione, donazione e vendita da Costantino a Giustiniano», *Iura* 38 (1987), p. 72-148, poi in *Id.*, *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, p. 1 ss.

46. Beninteso, secondo le regole dalla forma matrimoniale che nell'età del principato era più diffusa, quella cioè del *matrimonio sine manu*.

nei rapporti tra coniugi⁴⁷ che culmina nell'intervento della cancelleria imperiale attraverso la cd. *oratio Severi*⁴⁸.

La premorienza del coniuge donante *constante matrimonio* e la conservazione del possesso da parte del coniuge donatario avranno sollecitato istanze analoghe a quelle profilatesi per le donazioni reali e risolte nella direzione di dare rilievo alla perseverante volontà del donante indipendentemente da attribuzioni testamentarie tipiche⁴⁹, in una sorta di *fictio* avente ad oggetto la *confirmatio donationis*.

Una stessa *ratio*, naturalmente, non avrebbe potuto ravvisarsi nel diverso caso di divorzio successivo alla donazione, cui d'altra parte gli stessi imperatori severiani non estesero il *beneficium*, assoggettando la liberalità alle regole comuni⁵⁰. E proprio guardando al *divortium*, dalla diversa angolazione del titolo *pro donato* posto a fondamento di una *traditio* della mera disponibilità di una *res*, la fonte paolina riportata in D. 41.6.2.1 attesta non a caso la necessità di una rinnovata manifestazione di volontà e richiama l'antico principio *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*.

Le complesse vicende della *causa donationis*, quale ragione fondante l'acquisto della proprietà per usucapione, la relativa illegittimità originaria o sopravvenuta, l'indifferenza della tutela possessoria rispetto alla definitività dell'acquisto sono solo alcune delle tematiche che fanno da sfondo ai testi giurisprudenziali in esame.

47. G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 209.

48. In ordine alla quale, sul piano generale ed al di là dell'eccezionalità del rimedio, pure si sarebbero dovuti porre i profili ostativi implicati dalla *regula Catoniana*: sul punto da ultima GIUNTI, *l.c.* (n. 17), p. 172 s. Nell'ampia letteratura sul provvedimento, del quale i *Digesta* giustinianeî conservano diversi squarci tratti dai libri *ad Sabinum* di Ulpiano (cf. D. 24.1.3, *l. trigésimo secundo ad Sab.*; D. 24.1.23, *l. sexto ad Sab.*; D. 24.1.32, *l. trigésimo tertio ad Sab.*; D. 24.1.33, *l. trigésimo sexto ad Sab.*), si v., soprattutto, A. DE MEDIO, *Intorno al divieto di donare tra coniugi in diritto romano*, Modena, 1902, p. 115 ss.; H. SIBER, «'Confirmatio donationis'», *ZSS* 53 (1933), p. 99–150, spec. 104 ss.; F. DE ROBERTIS, *La convalescenza delle donazioni tra coniugi nelle 'orationes' di Severo e Caracalla*, Bari, 1936, p. 1 ss. = *Studi in onore di M. Barillari*, Bari, 1936, p. 248 ss. = *Scritti vari di diritto romano I. Diritto privato*, Bari, 1987, p. 34 ss.; E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 332 s.; ARU, *l.c.* (n. 10) 33 ss., p. 258 ss.; E. VOLTERRA, sv. *Senatusconsulta*, *NNDI XVI* (1957), p. 1047–1078, spec. 1077 s. = *Scritti giuridici V. Le fonti*, Napoli, 1993, p. 294 ss.; ARCHI, *l.c.* (n. 47), p. 212 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 240 ss.; D.A. MUSCA, «Da Traiano a Settimio Severo: 'Senatus consultum' o 'oratio principis'?, *Labeo* 31 (1985), p. 7–46, spec. 41 ss. Si è discusso molto se si trattasse di un solo intervento imperiale o piuttosto di un "iter legislativo più complesso, che avrebbe conosciuto gradi diversi di evoluzione": così ARCHI, *l.c.* (n. 47), 213. Sul tema da ultimo R. SCEVOLLA, *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, cit., p. 225 ss., spec. n. 25.

49. ARCHI, *l.c.* (n. 47), p. 212 ss., 219 ss.; Id., v. *Donazione (diritto romano)*, *ED XIII* (1964), p. 930–955, spec. 945 s., poi in *Scritti di diritto romano II. Studi di diritto privato 2*, Milano, 1981, p. 973 ss.

50. Ed alle regole comuni secondo il regime dell'*Oratio Severi* sottostavano anche le donazioni cui fosse seguita la *capitis deminutio maxima* e *media* del coniuge donante: cf. Ulp. 33 *ad Sab.*, D. 24.1.32.6–8.

Questioni, queste, certamente più ampie ed ancora bisognose di riflessione da parte di chi scrive. Mi sembra tuttavia di poter anticipare, fin da ora — sia pure dal limitato angolo di visuale del computo del *tempus ad usucapionem* — che il favore verso la conservazione delle donazioni tra coniugi in caso di morte del donante potrebbe rappresentare uno degli scenari non adeguatamente valorizzati sinora in cui si svolse la più generale riflessione dei giuristi del principato intorno ai meccanismi acquisitivi della proprietà.

La Revue n'est pas responsable des manuscrits qui lui sont envoyés.
Les articles publiés n'engagent pas les opinions de la Rédaction.

© Presses Universitaires de Liège, décembre 2016

Éditeur responsable : Jean-François Gerkens

D/2016/12.839/34

ISSN : 0556-7939

ISBN : 978-2-87562-120-7

RIDA

62²⁰¹⁵

La *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, dont c'est ici la 3^e série, est née de la fusion des *Archives d'histoire du droit oriental* avec la 2^e série de la *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, fondées par Jacques Pirenne et Fernand De Visscher. Elle rassemble des contributions sur les différents droits de l'Antiquité (Rome, Grèce, Égypte, Babylone, Chine...) ainsi que sur leur réception. Ces contributions sont publiées en cinq langues : Français, Allemand, Italien, Anglais et Espagnol. Elle publie également différentes chroniques et, en particulier, la chronique des sessions internationales de la Société Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SIHDA).
Les articles proposés à la revue pour publication sont systématiquement soumis à *peer reviewing*.

Sommaire

Hommage à Jacques-Henri Michel (*L'Abrégé d'art militaire de Végèce*)

Avant-propos (Dominique GAURIER) ; Les traductions françaises de l'*Abrégé d'art militaire* de Végèce (XVII^e-XXI^e siècles) (Étienne FAMERIE) ; Note sur le texte et la traduction (Étienne FAMERIE) ; Plan de l'œuvre ; Édition critique et traduction (Étienne FAMERIE et Jacques-Henri MICHEL) ; Bibliographie sur l'*Abrégé d'art militaire* de Végèce (1981-2015) (Étienne FAMERIE)

Droit romain

Emanuela CALORE, *Volenti non fit iniuria: una regula romana?* ; Giacomo D'ANGELO, *Vadimonium nossale ed exhibitio «in eadem causa»* ; Evelyn HÖBENREICH, *Marginalia on Morals, Rhetoric and Law. A propos Sen. contr. 2.7* ; Aglaia MCCLINTOCK, *Nemesi dea del νόμος. Modalità e simboli della repressione criminale nei primi secoli dell'impero romano* ; Esteban MORENO RESANO, *La emisión en Oriente de cinco leyes occidentales de Constantino* ; Carlo PELLOSO, *Sul diritto del cittadino al processo popolare dalla caduta del regno al decemvirato legislativo* ; Mariagrazia RIZZI, *Aequum/iniquum esse nelle constitutiones principum di età severiana in materia contrattuale attraverso le testimonianze dei Digesta giustinianeï* ; Annamaria SALOMONE, *Le donazioni inter virum et uxorem tra successio ed accessio possessionis*.

Chroniques

La SIHDA à Istanbul (Jean-François GERKENS)

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE

ISBN : 978-2-87562-120-7

