

DIRITTO SENZA TEMPO

Collana diretta da

A. Palma, F. de Bujan, E. del Prato, O. Diliberto e P. Giunti

Valeria Carro

**Riflessioni su possesso
e costituito possessorio
tra *corpus* e *animus***



G. Giappichelli Editore

DIRITTO SENZA TEMPO

Collana diretta da

A. Palma, F. de Bujan, E. del Prato, O. Diliberto e P. Giunti

Con la prestigiosa Condirezione degli Amici e Colleghi Federico de Bujan, Oliviero Diliberto e Patrizia Giunti, inauguro la Collana Diritto senza tempo. La Collana intende essere luogo di riflessione di giuristi di diversa formazione su tematiche che per la loro forza e drammaticità si collocano ai confini della riflessione scientifica sul diritto, ovviamente a partire dal diritto romano, inteso come personificazione della crisi e come luogo della costante ricerca della verità.

Ma la verità non può essere posseduta e l'uomo può attingerne solo parte. Il diritto romano studiato presso tutti i popoli del mondo realizza in sé l'universale metamorfico con percorsi mai pienamente individuabili.

Esso ha oggetti sempre rinnovati e rinnovabili, è sempre se stesso, è sempre diverso ed il suo rinnovamento non può mai arrestarsi.

È per essenza diritto senza tempo, è come la Monade parmenidea, ente in entificazione, è nello stesso tempo essere in sé ed essere che si fa essere.

La Collana raccoglie, dunque, scritti di diritto romano e di diritto tout court, raccoglie esperienze storicamente collocabili ma tenta anche di ricostruire i fondamenti di quella lunga memoria identitaria che è il proprium costitutivo della natura umana.

ANTONIO PALMA

Valeria Carro

Riflessioni su possesso
e costituito possessorio
tra corpus e animus



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2445-5

ISBN/EAN 978-88-921-7615-7 (ebook - pdf)

Il presente volume è stato pubblicato previa valutazione scientifica condotta attraverso il sistema della double-blind peer review. Le valutazioni dei revisori sono conservate dalla Casa editrice.

Volume pubblicato con i Fondi di ricerca dipartimentale dell'Autrice anni 2019-2022.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

a Daniela e Vincenzo

Indice

pag.

Capitolo I

Il possesso nel diritto romano tra *corpus* e *animus*: dall'antichità alla modernità

- | | |
|---|----|
| 1.1. Il possesso tra diritto romano e prospettive future: il <i>corpus</i> e l' <i>animus</i> | 1 |
| 1.2. Le origini del possesso tra situazione di fatto e situazione di diritto | 31 |

Capitolo II

Aspetti del possesso nel diritto romano

- | | |
|---|----|
| 2.1. Morfologia del possesso nelle fonti e sua evoluzione | 37 |
| 2.2. Acquisto, conservazione e perdita del possesso tra <i>corpus</i> e <i>animus</i> | 45 |
| 2.3. Tutela interdittale possessoria | 50 |

Capitolo III

Il *constitutum possessorium* nel diritto romano

- | | |
|---|----|
| 3.1. Il concetto di <i>constitutum possessorium</i> | 65 |
|---|----|

VIII *Riflessioni su possesso e costituito possessorio tra corpus e animus*

	<i>pag.</i>
3.2. L'origine del <i>constitutum possessorium</i> : gli orientamenti della dottrina	67
3.3. Casistica e fonti	73
3.3.1 <i>Locatio</i>	80
3.3.2. <i>Precarium</i>	86
3.3.3. <i>Retentio ususfructus</i>	96
3.4. Considerazioni su <i>constitutum possessorium e animus</i>	98
<i>Indice degli Autori</i>	111
<i>Indice delle Fonti</i>	115

Ancora una volta esprimo la mia profonda gratitudine per i preziosi consigli e l'inserimento della monografia in questa Collana al Professore Antonio Palma, ai Condirettori Professori Federico de Bujan, Enrico del Prato, Oliviero Diliberto e Patrizia Giunti e ai revisori della Collana.

Dedico a Daniela e Vincenzo e con loro a tutta la mia famiglia, mia 'luce nel buio del mondo' e fonte inesauribile di amore.

Capitolo I

Il possesso nel diritto romano tra *corpus* e *animus*: dall'antichità alla modernità

SOMMARIO: 1.1. Il possesso tra diritto romano e prospettive future: il *corpus* e l'*animus*. – 1.2. Le origini del possesso tra situazione di fatto e situazione di diritto.

1.1. *Il possesso tra diritto romano e prospettive future: il corpus e l'animus*

Malgrado il possesso rappresenti un tema classico degli studi giuridici, l'evoluzione della società sollecita la comunità scientifica a sempre nuove riflessioni e prospettive di indagine sulle situazioni possessorie.

Non a caso Pietro Bonfante scriveva: “la nozione del possesso è la più controversa del diritto” ... “la genesi, la ragione della sua difesa, il più grande rovello della storia e della dottrina”¹.

¹P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. III. *Diritti reali*, Milano, 1972, 178; ID., *Corso di diritto romano*. I. *Teoria del possesso* (1905-1906). *Lezioni*, Padova, 1906, 11 ss. Sull'istituto, tra gli altri: L. VACCA (cur.), *Le situazioni possessorie*, Napoli, 2018; C.A. CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano* (cur. L. VACCA), Torino, 2011; T. DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e storia del dir. priv.*, 4, 2011, 1 ss.; G. NICOSIA, *Il possesso nella pluriseco-*

Il diffuso e comune rispetto dei rapporti di possesso che si attuano quotidianamente rispecchia la moderna consapevolezza di vivere in una società giuridicamente organizzata, ma genera la convinzione che ogni mutamento di uno stato di possesso è da interpretarsi quale turbamento dell'ordine vigente che va, quindi, necessariamente ristabilito.

In ciò il possesso assolve ad una funzione di garanzia dell'ordine pubblico consentendo di risolvere i conflitti relativi alla materiale disponibilità delle cose e all'esercizio di poteri di fatto su queste, in virtù di un criterio di riscontro costituito dall'essere nella condizione di possessore.

In tale prospettiva la tutela del possesso² può apparire un'esigenza fondamentale che nascerebbe non tanto dalla considerazione del possesso quale immagine della proprietà, ma più specificamente dalla necessità di tutelare la pace socia-

lare esperienza romana. Profilo storico-dogmatico, in *Silloge. Scritti 1956-1996* II, Catania, 1998, 759 ss.; ID., s.v. *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 79 ss.; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985; G. WESENER, *Ius possessionis*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70 Geburtstag* (Heraus. D. MEDICUS, H.H. SEILER), München, 1976, 159 ss.; H.P. BENÖHR, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht*, in *RG*, 3, 1972; C.A. CANNATA, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, in *NNDI*, XIII, 1966, 323 ss.; ID., 'Possessio', 'possessor', 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. *Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca romana*, Milano, 1962; F. BOZZA, *La nozione della possessio*. I. *Epoca preclassica*. II. *Epoca classica*, Siena, 1964; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln, 1956; M. LAURIA, *Note sul possesso*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, ora in *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, 438 ss.; A. CARCATERRA, 'Possessio'. *Ricerche di storia e di dommatica*, Roma, 1938, rist. Roma, 1967, 116 ss.; F. BOZZA, *Sull'origine del possesso*, in *AUMA*, 6, 1931, 189 ss.; C. FADDA, *Il possesso. Lezioni*, Napoli, 1911; E. KLEIN, *Sachbesitz und Ersitzung*, Berlin, 1891; E.I. BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880; I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871.

²R. VON JHERING, *Über den Grund des Besitzeschutzes: eine Revision der Lehre vom Besitz*, Jena, 1869, tr. it. F. FORLANI, *Sul fondamento della protezione del possesso: una revisione della teoria del possesso*, Milano, 1872.

le contro la violenza privata, in ciò configurandosi la cd. *Friedenstheorie*³.

Il recente processo di dematerializzazione della ricchezza e il conseguente venir meno della fisicità quale requisito indispensabile dei beni, tuttavia, rendono sempre più necessaria una revisione sia degli istituti attraverso i quali il diritto disciplina l'appartenenza delle cose agli individui sia degli elementi che la tradizione storica individua come costitutivi del possesso quali il *corpus* e l'*animus*.

L'esigenza di una rinnovata morfologia del possesso comporta continui studi di questo istituto ed in particolare delle problematiche connesse alla sua circolazione e delle vicende ad esso collegate. Ciò anche al fine di innovare, nel rispetto della garanzia della certezza del diritto, il regime pubblicitario della circolazione dei beni mobili.

Lo stesso F.C. von Savigny sosteneva che il fondamento della protezione del possesso si trovava nel rapporto esistente tra il fatto stesso del possesso e la persona del possessore. Ed è proprio tale rapporto che nella società moderna rileva ai fini della semplificazione della circolazione dei beni.

Del resto, è significativo che lo stesso *Draft Common Frame of Reference* ha scelto una classificazione dei beni che supera il tradizionale e storico dualismo possesso/detenzione e che BGB e ZGB, rispettivamente al § 854 e al § 920, collocano la disciplina possessoria attorno all'univoco concetto di potere di fatto esercitato sopra una cosa.

Nel codice civile tedesco, in particolare, si accoglie una nozione di possesso estesa ad ogni potere di fatto sulla cosa: la detenzione per conto di altri, qui, viene riportata al possesso inteso quale istituto destinato a proteggere l'utilizzazione economica della cosa attraverso la tutela dell'attività di colui che è in contatto con essa.

³ F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Giessen, 1803, tr. it. R. ANDREOLI, P. CONTICINI, *Il diritto del possesso. Trattato civile*, Firenze, 1839-1857.

La distinzione tra possesso e detenzione fondata sull'*animus rem sibi habendi* accolta nel diritto romano classico ritorna, invece, nel § 309 dell'ABGB ove si distingue tra il possessore che tiene la cosa con l'intento di averla per sé con autonomia decisionale e il detentore che ha a disposizione la cosa, ma ne riconosce la signoria altrui.

Nel nostro ordinamento il possesso quale proprietà *in fieri* e, quindi, a immagine di un diritto che non può che essere reale, è disciplinato nel codice civile alla fine del libro III dedicato ai beni, alla proprietà e agli altri diritti reali, specificamente nell'articolo 1140 cod. civ.

Il concetto di possesso fu accolto già nel codice civile del 1865 che collocava l'istituto nel II libro dedicato alla proprietà e affermava, in base all'articolo 690, che il possesso era privo di "effetto giuridico", se "possesso delle cose, di cui non si può acquistare la proprietà".

L'istituto sopravvive con evidenza dal diritto romano, in quanto *res facti* produttiva di effetti giuridici, ma in esso è chiara anche l'influenza esercitata per certi aspetti dal diritto germanico e dalla dottrina canonica.

In particolare, la nozione dell'istituto nel diritto italiano, ispirandosi al diritto romano, si basa su *corpus* e *animus*. Più in particolare, la disciplina dell'acquisto dei diritti dei beni mobili *a non domino* deriva, invece, dal diritto germanico, mentre il principio in base al quale nell'azione di reintegrazione la difesa si applica anche alla detenzione e allo spoglio non violento deriva dal diritto canonico⁴.

⁴E. CONTE, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, 2009; L. HEUSLER, *Die Gewere*, Weimar, 1972; W. ALBRECHT, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts Königsberg*, Aalen, 1967; L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, 39; F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia. Possessi e domini*, II, Città di Castello, 1915; L. HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 2, Leipzig, 1885, 1 ss. Sull'evoluzione diacronica del possesso v.: L. GAROFALO, *Itinerari della romanistica italiana*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC* (Roma, 10-11 ottobre 2014), (cur. L. VACCA),

Più in dettaglio va sottolineato che nel diritto germanico l'istituto corrispondente al possesso era la *Gewere* che si sostanziava in un potere di fatto sulla cosa quale concetto strettamente legato all'atto di vestire la mano con un guanto quale segno per il riconoscimento della potestà sulla cosa.

In tale istituto la ragione giuridica di godimento di una cosa e non la semplice ragione di fatto era necessaria ai fini della tutela differentemente dall'esperienza giuridica romana che la prevedeva a prescindere dal diritto.

La *Gewere* era, dunque, l'esercizio del relativo diritto finché di questo non si provava l'esistenza.

Grande influenza sul possesso nel nostro ordinamento è stata esercitata anche dal diritto canonico che ampliò la difesa del possesso estendendo l'*actio spolii* a tutelare da un lato la detenzione e dall'altro il possesso di diritto, anche personale e, perfino, di famiglia.

In un primo momento si esercitò l'*exceptio spolii* concessa a chi era stato ingiustamente spogliato delle sue cose e comunque accusato da chi aveva commesso lo spoglio e da altri.

Si arrivò, poi, all'*actio spolii* che seguì il passaggio da una forma di tutela contro lo spoglio ad un vero e proprio istituto di tutela processuale del possesso⁵.

Del diritto canonico chiara è l'influenza nel dettato dell'articolo 1168 co. 2 cod. civ. che attribuisce al detentore l'azione di

Napoli, 2017, 1 ss.; ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008; C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi di unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano, 1999, 50 ss.; ID., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, (cur. L. VACCA), Milano, 1997, 73 ss. In particolare si veda: R. MAZZON, *Il possesso. Usucapione, azioni di reintegrazione e di manutenzione, denuncia di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 2011; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Onere probatorio e giudizi di rivendica*, in *Diritto@Storia, Ius Antiquum* 19, 2007, 1 ss. Cfr. artt. 1153, 1168 cod. civ.

⁵U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992; A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 12. Cfr. Can. 1694 e 1699.

reintegrazione quando questi agisce a difesa della posizione del possessore e non quando agisce a tutela della propria posizione: “L’azione è concessa altresì a chi ha la detenzione della cosa, tranne il caso che l’abbia per ragioni di servizio o di ospitalità”.

Nel diritto romano, infatti, la tutela possessoria non si estendeva alla detenzione. Lo fu in casi eccezionali in età post-classica.

Anche il codice civile vigente statuisce nell’articolo 1145 che “il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto”; ma si aggiunge che “nei rapporti tra privati è concessa l’azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico”.

L’articolo 1140 co. 1 sulle orme dell’esperienza giuridica romana definisce il possesso quale potere di fatto “sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale” cui si può rapportare l’articolo 832 cod. civ. secondo cui “il proprietario ha il diritto di godere e di disporre delle cose, quale signoria della persona sulla cosa che prescinde dal diritto di possedere”⁶. Qui l’*animus* non è menzionato in modo esplicito.

Rispetto al codice del 1865 il codice vigente esplicita il rapporto tra situazione di fatto e l’attivarsi di una situazione di diritto coordinando il potere sulla cosa con il suo esteriorizzarsi in una attività ‘corrispondente all’esercizio di un diritto reale’.

La proprietà è definita diritto mentre il possesso è definito potere ove nella proprietà il diritto è la causa e il potere l’effetto mentre nel possesso il potere è la causa e il diritto è l’effetto.

Il potere del possessore è giuridicamente rilevante nella mi-

⁶ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in A. CICU-F. MESSINEO continuato da L. MENGONI, *Trattato*, Milano, 2014, 73; F. ALCARO, *Il possesso*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2003; M. MARRONE, *Appunti sul possesso romano e sul possesso nel codice civile italiano*, in *Studi in onore di G. Musotto*, III, 1980, 291 ss.

sura in cui si espliciti sulla cosa in termini corrispondenti al contenuto della proprietà o di altro diritto reale. Il potere sulla cosa rappresenta così la manifestazione della situazione di fatto.

Il possesso, pertanto, è un potere giuridico rispetto al quale il procedimento di qualificazione normativa è diretto non mediato da un titolo giuridico, contratto o altro fatto giuridico.

L'articolo 1140 co. 2 cod. civ. postulando l'esigenza dell'*animus* quale elemento costitutivo autonomo rispetto al *corpus* (co. 1) stabilisce che "si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona che ha la detenzione della cosa".

L'articolo esprime così l'adesione del nostro ordinamento alla teoria soggettiva del possesso di Savigny in quanto malgrado in esso l'*animus* non sia menzionato è pur vero che nel co. 2 la norma distingue tra possesso e detenzione accogliendo così il sistema soggettivo cioè l'esigenza dell'*animus* quale autonomo elemento costitutivo accanto al *corpus*.

La teoria soggettiva di Savigny nel fondare il possesso su *corpus* e *animus* e postulare la distinzione tra possesso e detenzione ha notevolmente influenzato i codici francese, italiano e austriaco, mentre i codici tedesco e svizzero si sarebbero basati sulla teoria oggettiva di R. von Jhering secondo il quale non è l'*animus domini*, ma la *causa possessionis* a distinguere il possesso dalla detenzione.

L'*animus* nel nostro ordinamento non è solo la volontà di esercitare il potere e l'attività umana come espresso dal co. 1 dell'articolo 1140 cod. civ., ma è la volontà di esercitare un diritto reale.

Tale volontà si manifesta in un comportamento corrispondente al contenuto del diritto medesimo: "L'*animus*, così, non è solo volontarietà del fatto, ma ottiene rilievo autonomo in funzione della distinzione del fatto volontario come possesso in senso tecnico da mera detenzione"⁷.

La stessa funzione dell'elemento spirituale risulta essere

⁷ A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 35.

chiara, del resto, nell'articolo 1141 cod. civ. in quanto in esso si deduce che il potere di fatto non basta a costituire il possesso ove sia configurabile l'*animus*.

A tal proposito è rilevante ricordare che proprio la giurisprudenza di merito ha sentito l'esigenza di sottolineare il ruolo di *corpus* e *animus* in tema di pubblicità del possesso.

Il possesso, così, non si esaurisce nel *corpus*, il quale nella accezione di materiale disponibilità della cosa, può mancare temporaneamente senza venir meno del possesso.

La conservazione del possesso, infatti, non richiede l'esplicazione di atti concreti e continui di esercizio essendo sufficiente che il bene si trovi nella disponibilità ideale del possessore: qualora il possessore eserciti un controllo totale sulla cosa, il potere su essa può manifestarsi anche senza una relazione fisica immediata⁸.

Dalla divisione tra possesso e disponibilità materiale del bene ha origine il concetto di detenzione nel senso di materiale relazione con la cosa e il possesso in nome altrui in cui si presuppone la presenza dell'*animus detinendi* e il riconoscimento in altri da parte del titolare della qualità di possessore della cosa su cui si esercita il potere.

Nel nostro ordinamento l'attività corrispondente all'esercizio di proprietà o altro diritto reale è l'elemento che differenzia il possesso dalla detenzione indicando, così, l'ammissione dell'esistenza di un parallelismo tra possesso e diritto.

Il codice civile recepisce la distinzione possesso/detenzione dal diritto romano, ma non definisce la detenzione limitandosi a stabilirne la funzione in rapporto al possesso.

⁸Cass. civ. Sez. II, 29.1.2016 n. 1723: "Il possesso [o la detenzione] può essere conservato 'solo animo', purchè il possessore [o il detentore] sia in grado di ripristinare 'ad libitum' il contatto materiale con la cosa, sicchè, ove tale possibilità sia di fatto preclusa da altri o da una obiettiva mutata situazione dei luoghi, l'elemento intenzionale non è, da solo, sufficiente per la conservazione del possesso [o della detenzione] che si perde nel momento stesso in cui è venuta meno l'effettiva disponibilità della cosa".

L'articolo 1141 cod. civ. disciplina, appunto, il mutamento della detenzione in possesso: "Si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione.

Se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione non può acquistare il possesso finché il titolo non venga ad essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore. Ciò vale anche per i successori a titolo universale".

In tale articolo l'elemento spirituale è più evidente.

Qui il potere di fatto, però, è sufficiente a dar vita alla detenzione senza corrispondenza all'esercizio di proprietà o altro diritto reale. Pertanto, dimostrato il fatto del possesso si presume l'*animus rem sibi habendi*⁹.

Nel silenzio normativo, la detenzione è intesa come mero esercizio di un potere di fatto sulla cosa, tramite il quale si realizza in via mediata il possesso altrui conformemente alla tradizione romanistica.

La detenzione, pertanto, si configura come la disponibilità di fatto della cosa in nome altrui che prescinde dall'elemento psicologico del soggetto e non produce effetti giuridici.

Nel nostro ordinamento, dunque, non si possono interpretare gli articoli del codice civile prescindendo dall'elemento psicologico del possesso che corrisponde al 'potere' e all'attività relativa all'esercizio della proprietà o altro diritto reale.

La dottrina dell'*animus* è, pertanto, collegata alla distinzione tra possesso e detenzione che rispecchia l'antitesi *possessio / possessio naturalis* risalente al diritto romano.

Va sottolineato, tuttavia, che nella realtà giuridica moderna

⁹Cass. civ. 18.12.1964 n. 2918: "Ai fini dell'usucapione ordinaria, si presume che l'alienante, il quale non ha consegnato la cosa, ne abbia conservato il possesso, salva la prova della esistenza di contrarie convenzioni, ovvero la dimostrazione, da fornirsi anche mediante testimoni, del comportamento materiale del compratore, contrastante con l'*animus rem sibi habendi* dell'alienante".

proprio il superamento del criterio di distinzione tra possesso e detenzione fondato sulla natura del diritto a immagine del quale è esercitato il potere, potrebbe condurre a soluzioni più opportune nelle ipotesi in cui, ad esempio, il godimento del bene è destinato a evolversi in proprietà per volere delle parti.

Si è pensato, in particolare, al *rent to buy*, il contratto introdotto nel nostro ordinamento dal decreto “Sblocca Italia”, D.L. n. 133/2014 convertito in Legge n. 164/2014, che fonde un contratto di locazione e un preliminare di vendita di immobile e consente ad un soggetto di essere conduttore di un immobile e diventarne proprietario alla scadenza prestabilita pagando un canone in rate mensili assimilabili a un affitto.

Risulta, così, evidente che una concezione dinamica della proprietà permetterebbe di riconoscere al possesso un ruolo risolutivo nella attuale complessità della definizione dei problemi concernenti i criteri di appartenenza delle *res* a determinati soggetti alla luce della priorità da attribuire alla sua destinazione alla produzione di utilità¹⁰.

In conclusione seppure il nostro ordinamento si ponga in una condizione di continuità con la tradizione giuridica antica si è già sottolineato come oggi si senta sempre di più la necessità di valorizzare la definizione del possesso non solo in termini di potere, ma anche in termini di autonomia concettuale collegata al valore d'uso dei beni.

¹⁰ Su tali tematiche C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, Napoli, 2016 ed ivi ampia letteratura. Cfr. sul possesso: A. TOMASETTI, *Il possesso*, Torino, 2005; Sul trasferimento del possesso: F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita not.*, 1999, 487 ss.; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, in *Vita not.*, 1998, 1422 ss.; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. giur.*, 1998, 291 ss. Sul preliminare di vendita: F. BESOZZI, *Preliminare di vendita e azione di esatto adempimento*, in *Contratti*, 2022, 444 ss.; A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*, in *Contratti*, 1997, 468 ss. Sul concetto di dematerializzazione dei beni: M. CIAN, s.v. *Dematerializzazione*, in *ED, Annali*, II, Milano, 2008, 313 ss.

Solo in tale ottica, infatti, si potrebbe esprimere la relazione di materiale disponibilità tra un soggetto e la *res*, oggetto di cessione, nei termini di un'attribuzione patrimoniale, evidenziando il collegamento tra passato e presente che va identificato nei modelli diversi di emersione della negoziabilità di una situazione possessoria.

Tale prospettiva consentirebbe, così, di teorizzare che anche una situazione possessoria – per tradizione definita quale situazione di fatto e, di conseguenza, non idonea a circolare *inter vivos* – possa, invece, circolare e comporterebbe la semplificazione, così, della relazione soggetto/*res* agevolando la circolazione dei beni nel rispetto della certezza del diritto.

Si potrebbe ricorrere, pertanto, ad un contratto atipico di immissione nel possesso nel diritto moderno e, invece, in termini storici relativamente al diritto romano¹¹, ad una manifestazione di volontà idonea a plasmare il suo contenuto.

In più un'attenta e approfondita analisi delle fonti condotta in tale nuova prospettiva potrebbe, tra l'altro, indurre a credere in una componente giuridica del possesso che permetterebbe di arrivare ad individuare nel possesso una sorta di diritto soggettivo attraverso l'espressione del potere della volontà contenuto nel possesso¹².

¹¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. II.1. *La proprietà*, Roma, 1926, 177.

¹² Più in dettaglio va sottolineato che l'articolo 1470 cod. civ. dispone che la "vendita è un contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo". Avendo tale norma ad oggetto il trasferimento di diritti, è evidente che l'eventuale contratto avente ad oggetto il trasferimento del possesso dovrebbe risultare nullo per impossibilità dell'oggetto. Ma l'attribuzione al possesso di un rilievo autonomo farebbe individuare nel possesso un diritto soggettivo – inteso come affievolito in quanto esso può essere estromesso dal proprietario in un qualsiasi momento – e ne permetterebbe così la circolazione anche attraverso le forme contrattuali indipendentemente dal diritto reale corrispondente. La giurisprudenza, tuttavia, si discosta rispetto a tale orientamento e non ritiene ammissibile il trasferimento del

Ciò nella prospettiva di avviare un processo di liberalizzazione dei rapporti tra soggetto e cosa e di configurare una fattispecie di effetti da cui possano scaturire vantaggi e prerogative e che esprima, quindi, un valore economico.

Ciò nella consapevolezza, altresì, della necessità di un allontanamento del possesso dalla configurazione di una situazione di fatto, quale risulta dalle fonti antiche recepite dalla tradizione storica.

Se il possesso viene interpretato come bene patrimoniale e, quindi, commerciabile, esso può essere oggetto di un contratto traslativo che trasferirebbe, a questo punto, non una situazione di fatto ma 'il bene possesso' con rilievo patrimoniale, semplificando, così, le dinamiche relative alla circolazione della ricchezza ed, in particolare, alla teorizzazione della circolazione del solo possesso.

Questo porterebbe anche a configurare un contratto reale di immissione nel possesso che comporterebbe l'acquisto a titolo derivativo dello stesso con conseguenti effetti nei confronti dei terzi.

Una tale prospettiva di ricerca, di conseguenza rende indispensabile uno studio diacronico che arrivi a tracciare il ruolo del possesso nell'attualità partendo dalle origini dell'istituto nel quale i giuristi romani riconoscevano, invece, una situazione di disponibilità di fatto in cui si trovava un soggetto in relazione ad una cosa verso cui questi si comportava come signore¹³.

Una situazione di disponibilità di fatto significava, dal punto di vista materiale, il *corpore possidere* e dal punto di vista intenzionale, l'*animus*, la volontà di conservare e difendere la *res*.

Tali elementi sono storicamente fondamentali alla comprensione dell'evoluzione delle situazioni possessorie e rilevanti anche per la configurazione dei mezzi di trasferimento del posses-

possesso con contratto in quanto con esso si trasferiscono diritti e non mere situazioni di fatto. Cfr. sul tema: Cass. civ. Sez. II, 30.1.2017 n. 2295.

¹³ A. BURDESE, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, in *ED*, XXXIV, Milano, 1985, 452 ss.

so quali la *traditio brevi manu* e il *constitutum possessorium*.

In particolare, il *constitutum possessorium*, in virtù del quale pur non essendovi consegna della cosa c'è trasferimento del possesso, è stato configurato come un modo di acquisto del possesso a titolo derivativo che si delinea quando il precedente possessore diventa detentore e il nuovo diventa tale senza la consegna della cosa.

Non vi è qui che il mutamento dello stato soggettivo come nella *traditio brevi manu* in cui, però, il precedente detentore della cosa diviene proprietario per effetto di un titolo che cambia la natura del potere di fatto esercitato sulla cosa stessa.

È importante sottolineare che la configurazione di tali istituti non appare del tutto chiara nelle fonti antiche e tuttora il ruolo di entrambi è al centro dei dibattiti dottrinali in tema di tutela della certezza del diritto.

Basti pensare agli studi sul costituito possessorio implicito, istituto valutato con disfavore in quanto già nella successione a titolo universale e nell'accessione del possesso sono individuate ipotesi di trasferimento automatico del possesso. A tale proposito rileva, per la dottrina, la valutazione, caso per caso, nei contratti ad effetti reali, dove la consegna del bene è successiva, per stabilire se l'alienante rimane possessore fino alla consegna o è detentore rispetto all'acquirente che è possessore indipendentemente dalla consegna.

In tale contesto, pertanto, rileva il titolo, il contenuto del contratto e l'*animus*.

Tali argomentazioni, pertanto, affondando le loro radici nella tradizione giuridica antica presuppongono un'analisi delle origini storiche della formulazione dei concetti di *animus* e *corpus* nell'esperienza giuridica romana e della loro funzione relativamente alle dinamiche inerenti al possesso.

In diritto romano la corrispondenza tra il potere sulla cosa e il contenuto del diritto reale identificava il tipo di possesso.

Principale tipo era senz'altro il possesso che corrispondeva al contenuto della proprietà ovvero il possesso di chi disponeva della cosa come proprietario.

Nel tempo si distinsero, poi, i cd. possessi minori, i possessi, cioè, non proprietari corrispondenti al contenuto della superficie, dell'enfiteusi, dell'usufrutto, della servitù e del pegno, figure riconosciute meritevoli di tutela analoga a quella prevista per il possessore *uti dominus*, ma estranee alla nozione propria di possesso.

La nozione di *possessio* era ricollegabile a differenti matrici risalenti all'età arcaica, ma non pervenne ad una organica definizione nemmeno nel pensiero della giurisprudenza classica.

Se in età classica si contrapponeva il possesso alla proprietà è certo significativo il fatto che in età postclassica si attenuò la contrapposizione del possesso al concetto di situazione di diritto, cioè di proprietà riconosciuta a un soggetto dall'ordinamento giuridico.

L'identificazione del possesso con l'esplorazione di un potere corrispondente all'esercizio di un diritto reale, pertanto, non appare una concezione del possesso originaria, ma tarda.

In base ad essa in età giustiniana il possesso era una situazione interinale riconosciuta e tutelata dal diritto in quanto sfociasse nell'acquisto della proprietà.

Soltanto in sede di interpretazione dei testi di diritto romano di età storica, poi, la dottrina del diritto romano comune¹⁴ distinguerà il possesso dalla detenzione quali situazioni di disposizione di fatto in ordine ad una cosa, ma accompagnata solo la prima dall'intenzione di tenere la cosa stessa come propria secondo l'espressione classica *animo possidere* o *animus possidendi* e l'espressione giustiniana di *animus*.

¹⁴L. VACCA (cur.), *Le situazioni possessorie*, cit.; L. VACCA (cur.), *Le proprietà*, Napoli, 2015; L. VACCA, *Possesso e acquisto della proprietà. Saggi romanistici* (cur. G. ROSSETTI) Torino, 2015; ID., *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012; ID., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*, Padova, 2006; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma, 1994, 185 ss.; ID., s.v. *Proprietà (Diritto romano)*, in *ED*, XXXVII, Milano, 1988, 201 ss.; A. BURDESE, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, cit., 452 ss. Sul costituito possessorio implicito e sulla volontà delle parti cfr. Cass. civ. 24.3.2014 n. 6893; Cass. civ., Sez. II, 18.4.2003 n. 6331.

Più in dettaglio va rilevato che l'essenza propria del possesso storicamente appare, dunque, un'attività esercitata su una cosa materiale che produce il sorgere di una posizione giuridica soggettiva che ha come contenuto la facoltà – tutelata – di continuare nell'esercizio dell'attività a meno che non si profili una situazione di illegittimità dovuta al contrasto con una preminente posizione giuridica altrui.

A tale scopo nell'esperienza giuridica romana in ambito controversiale sorsero gli *interdicta retinendae e recuperandae possessionis* e con essi la *possessio ad interdicta* proprio in quanto nei casi valutati dalla coscienza sociale come incerti e, quindi, come possibili focolai di tensioni, si ritenne necessario stabilire non solo chi fra i due aspiranti fosse il possessore della cosa, ma anche mantenere nel possesso chi vi fosse disturbato da ingerenze estranee ed, infine, rimettere in possesso, indipendentemente da qualunque ricerca sulla proprietà, chi ne fosse stato privato.

L'*animus rem sibi habendi* era l'elemento che distingueva la *possessio*, tutelata dagli interdetti, dalla situazione di chi teneva la *res* in forza di un contratto vincolante verso chi aveva consegnato il bene e di chi era titolare di uno *ius in re aliena*, ipotesi entrambe in cui il soggetto aveva una semplice *possessio naturalis* in quanto teneva la cosa, ma per conto di un altro al quale doveva, poi, restituire la *res* stessa.

Il diritto romano, pertanto, distingueva tra *possessio animo rem sibi habendi* e *possessio naturalis* cioè per conto di altri.

Possessore sotto il profilo della tutela era, pertanto, colui che disponeva della cosa nel proprio interesse e ai fini di tale qualifica non rilevava la buona fede¹⁵.

La *possessio civilis*, invece, era la relazione di fatto con un

¹⁵ M. KASER-R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München, 2014; H. HONSELL, *Römisches Recht*, Heidelberg-Berlin, 2010, 52: la *possessio naturalis* riceveva tutela interdittale nel possesso del creditore pignoratizio, del precarista, del sequestratario e dell'enfiteuta; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2002, 273 ss.

bene fondata su un titolo giuridico. Essa era tutelata con gli interdetti e poteva portare all'acquisto della proprietà delle *res nec mancipi* per *usucapio*. Tale *possessio* doveva essere *animo domini* e doveva fondarsi su *iusta causa*.

Tale *possessio civilis* corrisponde al possesso *ad usucapionem* ex articoli 1158 ss. cod. civ. e al possesso legittimo ex articolo 686 del codice previgente.

Con l'età giustiniana l'elemento discriminante era rappresentato dall'essere il potere esercitato sulla *res* idoneo o meno a condurre all'acquisto del diritto corrispondente il potere sulla *res*: il possesso in senso proprio era la *possessio civilis*.

In tale periodo, pertanto, sembra contrapporsi la detenzione quale disponibilità di fatto di un bene idonea a evolversi nell'acquisto del diritto corrispondente e il possesso in senso proprio quale istituto giuridico caratterizzato dall'essere una proiezione di quella proprietà che verrà acquisita sul bene con il concorso degli altri presupposti.

In età giustiniana si esaltò nella ricostruzione l'*animus* e si ridusse la valenza del *corpus possessionis* ponendosi, così, le basi del moderno concetto di possesso mediato o indiretto in cui il possessore ha solo l'*animus possidendi* ma la disponibilità materiale del bene è in capo al detentore.

Tale processo di spiritualizzazione del *corpus possessionis* avrebbe condotto al riconoscimento di una situazione possessoria anche in capo a colui che risultava privo della disponibilità fisica della cosa.

In tale ottica e nella consapevolezza dei principi emergenti dall'evoluzione storica dell'istituto del possesso, pertanto, la rilevanza delle trasformazioni in atto nella nostra realtà socio-economica impongono una rivalutazione delle categorie giuridiche relative al rapporto soggetto/cosa al fine di velocizzare la circolazione dei beni.

Lo stesso concetto di possesso, infatti, dipende attualmente sempre più dai cambiamenti delle forme di ricchezza in una società in cui il processo di dematerializzazione degli strumenti finanziari identifica principalmente l'essenza del bene nel suo

valore economico e potenza, così, un percorso di spiritualizzazione del *corpus possessionis*.

Di notevole interesse, dunque, appare non solo una riconsiderazione della distinzione tradizionale tra possesso e detenzione nonché del concetto giuridico di bene e delle forme giuridiche di appartenenza, ma anche una valutazione critica del problema della circolazione negoziale del possesso.

La sistemazione delle varie relazioni fattuali di appartenenza, quindi, si ritiene porterebbe a distinguere possesso *animo domino*, possesso precario o per conto altrui (nel quale confluiscono la detenzione qualificata e il possesso a titolo di diritto reale minore) e la detenzione non qualificata priva di conseguenze giuridiche in quanto al soggetto non è riconosciuta autonomia decisionale nella relazione con il bene.

Relativamente al problema della circolazione negoziale del possesso, in particolare, la funzione sociale della proprietà, favorendo l'idea per cui l'ordinamento deve sostenere le forme di appartenenza (e quindi di utilizzazione del bene) come il possesso, rappresenterebbe una base fondamentale per promuovere il possesso come posizione giuridica soggettiva trasmissibile per via negoziale.

A tale proposito, ad esempio, rilevano quei valori patrimoniali fluidi quali i cd. diritti edificatori che sono oggetto di atti traslativi pur non essendo ricompresi nella categoria del diritto soggettivo né in quella del bene.

Il problema della trasmissione negoziale delle posizioni possessorie, infatti, è stato spesso soppresso dall'antica classificazione del possesso come *quid facti* in contrapposizione alla natura di *quid iuris* propria del diritto dominicale.

In ciò rileva l'analisi del possesso come situazione fattuale, ma anche come posizione giuridica soggettiva.

Se si considera il possesso una posizione giuridica la cui essenza è un potere in atto su di un bene, infatti, tale istituto può essere oggetto di un acquisto derivativo nel senso di presupponente il possesso del *tradens* che con la *traditio* viene a cessare, ma senza successione in quanto si richiede per il perfe-

zionamento dell'acquisto l'effettivo esercizio del potere da parte del nuovo possessore.

In tal senso si configura come una *res facti*.

Da qui ne consegue che il possesso può considerarsi derivato dalla posizione possessoria di colui che effettua la consegna del bene¹⁶.

Lo studio dell'istituto del possesso risulta così di estrema attualità per la molteplicità di implicazioni che lo stesso ha nell'ambito degli studi giuridici.

L'affermare o meno la corrispondenza tra possesso e proprietà determina storicamente l'orientamento in ordine ai requisiti del *corpus* per condurre all'acquisto o alla conservazione dello stesso.

Nell'attuale tendenza alla spiritualizzazione del *corpus possessionis*, quest'ultimo deve intendersi quale possibilità di agire sulla cosa e, quindi, perdere la relazione materiale con il bene non significherebbe rinunciare al concetto di *corpus possessionis*.

Del resto, l'articolo 1140 cod. civ. definisce il possesso quale potere sulla cosa.

Rileva, dunque, la possibilità effettiva di una relazione di fatto con il bene cui va riportata qualsiasi valutazione del concetto di acquisto del possesso *solo animo*.

A questo punto va valutata la portata di tali considerazioni rispetto agli istituti della *traditio brevi manu* e del costituito possessorio.

Nel codice tedesco il § 929 dispone che se l'acquirente alla vendita si trova già nel possesso del bene occorre l'*Einigung*; il § 930 afferma, invece, che la consegna del bene può essere so-

¹⁶ Su tali tematiche si veda C. ABATANGELO, *Il possesso derivato*, cit. Cfr. anche A. ALAMANNI, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2014, 653 ss.; B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013; G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in AA.VV., *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, 42 ss.

stituita da un rapporto giuridico attraverso il quale l'acquirente diviene possessore mediato in quanto il venditore trattiene a sé il bene venduto.

La *traditio brevi manu* (vendita a favore del conduttore del bene) produce l'evoluzione della detenzione in possesso cui corrisponde la cessazione del possesso mediato del terzo (venditore).

Con tale istituto nulla sembra mutare quanto al *corpus*.

In realtà, tuttavia, il detentore che diventa possessore esercita un potere di fatto (*corpus*) nuovo perché si concretizza in una attività tipica di chi non riconosce alcun obbligo restitutorio.

Di contro anche il possessore mediato muta il proprio *corpus* rinunciando al potere cui, seppure attraverso altri, aveva sulla *res*.

Dunque, anche con la *traditio brevi manu*, il possesso si acquisterebbe *corpore*.

Relativamente, poi, al costituito possessorio esso postula la degradazione di una situazione possessoria in detenzione con la nascita di una nuova posizione di possesso, mediato, a favore di un altro soggetto.

Ma il possesso non è, qui, acquistato *solo animo* perché nel costituito possessorio sorge un possesso mediato dalla detenzione di altri nella quale si costituisce il *corpus*.

Anche qui si riconferma il *quid* fisico.

Ma ciò che occorre per entrambi gli istituti è emancipare il concetto di *corpus* dalla apprensione fisica alla sottoposizione dello stesso bene al potere del soggetto che agisce.

Di conseguenza una concezione elastica del *corpus* valuta sufficiente per la conservazione del possesso che il bene possa considerarsi nella virtuale disponibilità del possessore come si rileva nel § 856 II BGB.

In tema di spoglio e turbativa di terzi, di conseguenza, conviene così respingere per il possesso i caratteri dell'immediatezza e della esclusività propria dei diritti reali.

Chi opera lo spoglio, infatti, pur essendo nella disponibilità materiale del bene con l'*animus possidendi* per la durata di

un anno dall'impossessamento non può considerarsi possessore *animus domini* perché può essere costretto a restituire il bene allo *spoliatus* come evidente nell'articolo 1168 ss. cod. civ.

Relativamente alla prospettiva di studio del possesso qui proposta, è necessario approfondire, a questo punto, il ruolo di *animus* e *corpus* quale emerge nelle fonti antiche.

Nelle fonti romane, l'*animus*, ricostruito sulle Parafrasi di Teofilo¹⁷ e divenuto elemento soggettivo del possesso costituente con il *corpus* in ogni fattispecie possessoria solo in età postclassica, si rapportava con difficoltà alle figure del precarista, del creditore pignoratizio e del sequestratario.

La dottrina, pertanto, ha variamente tentato di risolvere il problema ora vedendo queste come ipotesi eccezionali di possesso prive di *animus domini*¹⁸, ora ampliando il concetto di *animus*¹⁹ e attribuendo ad esso il significato di volere stare in una situazione di dominio sulla *res* al punto da cancellare la diversità possesso/detenzione e riconducendola al dato oggettivo delle *causae* previste dall'ordinamento, ora individuando in ragioni storiche la causa dei possessi derivati²⁰.

¹⁷ 2.9.4; 3.29.2. Sull'*animus*: P. FERRETTI, *Nerazio, Paolo e l'animus nella possessio*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 8, 2021, 1 ss.; ID., *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017; S. PUGLIATTI, *Animus*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011, 127 ss.; G. MACCORMACK, *The Role of Animus in the Classical Law of Possession*, in *ZSS.* 86, 1969, 405 ss.; E. BETTI, s.v. *Animus*, in *NNDI*, I, Torino, 1957, 632 ss.; F. PRINGSHEIM, *Animus in Roman Law*, in *LQR*, 49, 1933, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, 300; G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, in *Studii vari di diritto romano ed attuale*, Milano, 1922, 94 ss.; C.J. GUYET, *Über den animus possidendi*, Heidelberg, 1829.

¹⁸ F.K. ROSSHIRT, *Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasi-possessio*, in *ACP*, 8, 1825, 1 ss.

¹⁹ I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso*, cit.

²⁰ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, IV (cur. G. GROSSO), Milano, 1953.

Si arrivò, poi, nel lungo dibattito che ne derivò²¹, a delineare un indirizzo storiografico che non individuava nell'*animus* un elemento del possesso²².

La complementarità di *corpus* e *animus* venne superata dall'individuazione in essi di due mezzi alternativi²³ per poi definire l'*animus* una entità esterna ed accessoria del possesso che ne consentiva conservazione e acquisto²⁴.

Più in dettaglio va sottolineato che la storiografia in materia di *possessio* ha individuato da un lato la teoria ortodossa del possesso basata sulla ricostruzione di Savigny del possesso come situazione di fatto modellata dall'elemento materiale del *corpus* e dall'elemento spirituale dell'*animus* e dall'altro la teoria eterodossa che nega l'essere costitutivi del possesso gli elementi *corpus* e *animus* perlomeno fino ad un dato momento individuato ora nell'età classica ora nell'età postclassica.

Nel *Das Recht des Besitzes* di Savigny²⁵ la fattispecie possessoria è caratterizzata dalla disponibilità materiale del bene associata all'intento di comportarsi come il proprietario del bene.

²¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Teoria del possesso* cit., 50, parlò, poi, di *animus possidendi* in sostituzione dell'*animus domini* quale intenzione di 'signoreggiare' sulla cosa.

²² B. FABI, *Aspetti del possesso romano*, Camerino, 1946 rist. anast. Roma, 1972; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1906, 548 nt. 4.

²³ L'*animus* è così un mezzo immateriale, "mystische Macht" secondo l'espressione di A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig, 1927, 141 ss. Cfr. P. LAMBRINI, *La possessio tra corpo e animo*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 28, 2015, 563 ss.; ID., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998; C.A. CANNATA, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, cit., 323 ss.; ID., *Dalla nozione di 'animo possidere' all'animo possidendi' come elemento del possesso (epoca postclassica e diritto bizantino)*, in *SDHI*, 27, 1961, 186 ss.; ID., *L'animo possidere' nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 26, 1960, 71 ss., 83.

²⁴ P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, Milano, 1977, 44 ss.

²⁵ F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht*, cit.

La nozione di *animus domini*²⁶, come detto, si mostrò inidonea a comprendere le figure del precarista, del creditore pignoratizio e del sequestratario e per questo furono avanzati numerosi indirizzi interpretativi.

Alcuni preferirono individuare in queste figure delle ipotesi eccezionali di possesso privo di *animus domini*²⁷; altri individuarono nell'evoluzione storica la possibile causa dei possessi derivati²⁸ ed altri ancora pensarono di risolvere l'antinomia intervenendo sulla nozione di *animus* ampliandola a tal punto da ricomprendervi le ipotesi di possesso che Savigny qualificò come possesso derivato²⁹.

Rudolf von Jhering³⁰, tra questi ultimi, si distinse teoriz-

²⁶ I. PIRO, *Damnus 'corpore suo' dare. Rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possesso nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004, 223 ss.

²⁷ C.F.F. SENTENIS, *Beiträge zu der Lehre vom juristischen Besitz überhaupt und dem Pfandbesitz im Besondern*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, 7, 1834, 223 ss., 414 ss.; F.K. ROSSHIRT, *Zur der Lehre*, cit., 1 ss.

²⁸ M.G. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milano, 1984, 390 ss.; G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, 61 ss.; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, IV, cit., 237 ss. ricostruisce l'istituto pensando ad una contrapposizione tra Sabiniani e Proculiani in cui mentre questi ultimi avrebbero superato la teoria delle *causae* e formulato quella dell'*animus*, i Sabiniani avrebbero accettato l'indirizzo seguito in età repubblicana; G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898, 65 ss.; F. KLEIN, *Sachbesitz*, cit.; E.I. BEKKER, *Das Recht des Besitzes*, cit.; I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso*, cit. (= *Opere giuridiche e storiche del prof. Ilario Alibrandi*, I, cur. Accademia di conferenze storico-giuridiche, Roma 1896, 225 ss.).

²⁹ Cfr. W. BARTELS, *Zweifel gegen die Theorie vom abgeleiteten Besitz*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, 6, 1833, 177 ss.; C.J. GUYET, *Noch einige Bemerkungen über den Begriff des animus possidendi*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, 4, 1831, 361 ss.; L.A. WARNKÖNIG, *Über die richtige Begriffsbestimmung des animus possidendi*, in *ACP*, 13, 1830, 169 ss.; C.J. GUYET, *Über den animus possidendi*, cit.

³⁰ R. VON JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889; ID., *Über den Grund*, cit.

zando l'ampliamento del concetto di *animus* quale volontà di stare in un rapporto di dominazione sulla cosa e cancellando, così, sotto l'aspetto soggettivo la differenza tra possesso e detenzione: le *causae* previste dall'ordinamento giuridico, pertanto, costituivano l'elemento oggettivo di distinzione tra possesso e detenzione.

Tale orientamento, tuttavia, presupponeva la teorizzazione a Roma della nozione di *animus possidendi* la cui presenza non viene negata, ma estesa a ogni ipotesi di detenzione³¹.

Un orientamento importante fu quello di Salvatore Riccobono³² che distinse due fasi: una fase antica in cui i giuristi affrontarono la questione del possesso attraverso il sistema oggettivo delle *causae possessionis* e una fase più recente nella quale la giurisprudenza avrebbe, invece, elaborato la nozione di *animus*.

Risultati rilevanti li raggiunse Bonfante³³ che confermò la costruzione binaria di Savigny apportando variazioni terminologiche: lo studioso, infatti, parlò di *possessio corpore* o *corporalis*, mentre rispetto all'elemento spirituale parlò di *animus possidendi* e non di *animus domini* quale intenzione di signoreggiare, di padroneggiare senza particolare riferimento alla proprietà.

³¹ P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., 3.

³² S. RICCOBONO, *La teoria del possesso nel diritto romano*, in *AG*, 50, 1893, 227 ss.; ID., *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium*, in *BIDR*, 6, 1893, ora in ID., *Scritti di diritto romano. I. Studi sulle fonti*, Palermo, 1957, 1 ss.; ID., *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse [Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta]*, in *ZSS*, 31, 1910, 321 ss.; ID., *La teoria romana dei rapporti di possesso. Le dottrine dei moderni e le legislazioni*, in *BIDR*, 23, 1911, 5 ss. Cfr. F. KNIEP, *Vacua possessio*, Jena, 1886, 315 ss.; H. DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*, Halle, 1883, 67 e n. 2.

³³ Cfr., tra i diversi lavori sul possesso, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 167 ss.; ID., *Corso di diritto romano. I. Teoria del possesso*, cit., 1 ss.; ID., *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*, in *Studi senesi in onore di L. Moriani*, Torino, 1906, ora in ID., *Scritti giuridici vari. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926, 516 ss.

Numerosi sono stati gli studi sul tema³⁴ tra i quali risultano rilevanti quelli di Rotondi³⁵, Albertario³⁶, Lauria³⁷, Möhler³⁸, Bozza³⁹, Burdese⁴⁰, Albanese⁴¹, Capogrossi Colognesi⁴² e Castro Sáenz⁴³.

In particolare la teoria eterodossa del possesso è sostenuta

³⁴ Cfr. F. EUGENIO, «*Corpus possessoris*», «*corpus possessionis*», «*possessio*». A propósito de D. 41,2,6,1 (Ulp., 60 ad Edictum), in *Estudios en homenaje al profesor F. Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 1992, 135 ss.; J.L. BARTON, *Animus and possessio nomine alieno*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for B. Nicholas*, Oxford, 1989, 43 ss.; G. MACCORMACK, *The Role*, cit., 105 ss.; F. PRINGSHEIM, *Animus*, cit., 300 ss., 308 s.

³⁵ G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, cit., 94 ss.; ID., *La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione e la dottrina del possesso "solo animo"*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 1918, ora in ID., *Studii*, cit., III, 257 ss.

³⁶ E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milano, 1943; ID., *Studi di diritto romano. II. Cose, diritti reali e possesso*, Milano, 1941; ID., *Corso di diritto romano. Il possesso*, Milano, 1939.

³⁷ M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana I*, Napoli, 1953, 1 ss.; ID., *Note sul possesso*, cit.

³⁸ R. MÖHLER, *Der Besitz am Grundstück, wenn der Besitzmittler es verläßt*, in *ZSS*, 77, 1960, 52 ss.

³⁹ F. BOZZA, *La nozione della possessio*, cit.

⁴⁰ Tra i numerosi studi dedicati al possesso, in particolare: A. BURDESE, *Possesso tramite intermediario e 'possessio animo retenta'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, 381 ss.; ID., *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica (a proposito di taluni recenti studi)*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano 1965, 517 ss.; ID., *Sull'acquisto del possesso per intermediario*, in *Labeo*, 8, 1962, 407 ss.

⁴¹ B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 37 ss.

⁴² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Nuovi orizzonti e antiche radici nel 'Recht des Besitzes' di F.C. v. Savigny*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, 183 ss., ora anche in *Recordationes. Riflessioni ottocentesche in materia possessoria*, in *Supplementum a SDHI*, 66, 2000, 131 ss.

⁴³ A. CASTRO SÁENZ, *Concepciones jurisprudenciales sobre el acto posesorio: un ensayo sobre la evolución del <animus> en derecho romano*, in *Iura*, 52, 2001, 89 ss.

negli studi di Silvio Perozzi⁴⁴ e Bruno Fabi⁴⁵ la cui intuizione fu di non vedere nell'*animus* un elemento del possesso, ma di configurarlo in contrapposizione al *corpus* o all'esterno del possesso.

Cannata⁴⁶ spezzò, poi, la complementarità tra *corpore possidere* e *animus* sostituendola con una visione degli elementi *corpus* e *animus* quali mezzi alternativi e paralleli attraverso i quali si possiede: “dato che l'uomo è fatto di corpo e di anima, se pure *non corpore* conserva il possesso, è chiaro che lo conserva con l'anima” intesa quale “spirito dell'uomo”.

Zamorani⁴⁷, poi, attribuì alla giurisprudenza romana una nozione materialistica del possesso in cui l'*animus* sarebbe un'entità esterna ed accessoria al possesso presa in considerazione dai giuristi per consentirne in alcune ipotesi la conservazione o l'acquisto. Solo in età postclassica l'*animus* sarebbe stato inteso diversamente e cioè l'elemento soggettivo del possesso e, quindi, un elemento da individuare con il *corpus* nelle fattispecie possessorie.

Lambrini⁴⁸, poi, ha sottolineato la “mancanza di una impostazione teorica generale ad opera della giurisprudenza classica” sostenendo che *corpus* e *animus* “sono relativi a due distinti mezzi con i quali si opera sul possesso”.

In particolare se ne ricava l'orientamento di non individua-

⁴⁴ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 548 n. 4. Sulle distanze dalla ‘tradizionale’ costruzione del possesso, si veda, per tutti, F.B. CICALA, *Per la teoria generale del possesso secondo il diritto romano*, Città di Castello, 1925, 54 s.

⁴⁵ B. FABI, *Aspetti del possesso romano*, cit. Cfr. P. ZAMORANI, *Possessio*, cit., 58 n. 7; C.A. CANNATA, *L'animo possidere*, cit., 83 n. 34.

⁴⁶ C.A. CANNATA, *Dalla nozione di 'animo possidere'*, cit., 46 ss.; ID., *L'animo possidere*, cit., 71 ss.

⁴⁷ P. ZAMORANI, *Possessio*, cit., 10: “la giurisprudenza romana muove da una idea prettamente materialistica di possesso: esso è disponibilità materiale, attuale o potenziale”.

⁴⁸ P. LAMBRINI, *'Corpus' e 'animus' da Lucrezio a Labeone*, in *Noctes iurisprudentiae. Scritti in onore di Jan Zabłocki*, Białystok 2015, 155 ss.; ID., *La possessio*, cit., 585; ID., *L'elemento soggettivo*, cit., 147.

re l'*animus* quale elemento psicologico, ma un “elemento integrativo della situazione possessoria, elemento che viene in rilievo in ipotesi specifiche, in particolare quando la disposizione materiale, per un motivo o per un altro, non sia attuabile”⁴⁹.

Nelle fonti appare evidente che è in Paolo che si giunse alla definizione di *corpus* e *animus* quali elementi costitutivi del possesso.

Con il giurista tardo-classico Paolo si giunse ad affermazioni più generalizzanti di natura definitorio scolastico circa la considerazione dell'*animo possidere* quale vero e proprio essenziale elemento soggettivo di natura psicologico-spirituale che si affiancava a quello oggettivo del *corpore possidere* nell'ambito della situazione possessoria, quando non assumesse addirittura, in casi particolari autonoma rilevanza con parziale obliterazione della concezione del possesso quale potere di fatto.

Per il sorgere del possesso era necessaria la convergenza dei due elementi:

D. 41.2.3.1.6 (Paul. 54 *ad ed.*) “*Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore ... igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest*”;

D. 41.2.8 (Paul. 65 *ad ed.*) “*Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest ...*”;

D. 50.17.153 (Paul 65 *ad ed.*) “*... ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest ...*”;

PS. 5.2.1 “*Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus ...*”.

⁴⁹ P. FERRETTI, *Animo possidere*, cit., 16.

Per il periodo antecedente a Paolo i riferimenti più rilevanti sono Labeone, Proculo e Nerazio nei cui scritti il termine *animus* è utilizzato nell'ambito dell'acquisto e della conservazione.

In D. 41.2.51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*) “*Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda*”.

Labeone sostiene la possibilità di acquistare *animus* il possesso di oggetti di non facile trasportabilità.

L'ammissione dell'acquisto *animus* del possesso sarebbe confermata in D. 41.2.3.3 (Paul. 54 *ad ed.*) se si considera interpolato il passo di Paolo in cui si informa, invece, che Proculo e Nerazio subordinavano l'acquisto solo *animus* del possesso alla *naturalis possessio*:

“*Neratius et Proculus et solo animo non posse non acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio*”.

Un esordio del passo alquanto contraddittorio fa dubitare dell'opinione di Proculo e Nerazio.

Nel passo si prospetta il caso del ritrovamento del tesoro e il *possidendi affectus*.

Sembra qui che Proculo e Nerazio, posto che l'apprensione materiale del bene non si era ancora realizzata, ricorrevano all'*animus* per individuare la fattispecie possessoria.

Considerato che nel diritto classico l'acquisto del possesso *solo animo* era escluso, come evidente in Gai 4.153:

“Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostronimine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur. et hoc est quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostronimine sit in possessione. quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem, id est ut quamvis neque ipsi simus in possessione neque nostronimine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversuri inde discesserimus, retinere possessionem videamur. adipisci vero possessionem per quos possimus, secundo commentario rettulimus. nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem adipisci non possimus”

la prima parte del passo può essere interpolata al fine di modificare una opinione non maggioritaria favorevole all'acquisto del possesso *solo animo*, per adeguarla alla nuova disciplina.

In Papiniano l'acquisto del possesso, come secondo Gaio, non poteva essere *animus*:

D. 41.2.44.1 (Pap. 23 *quaest.*) *“Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem”*.

Contrariamente avveniva per il possesso degli immobili⁵⁰. Sulla conservazione del possesso va letto Proculo D. 41.2.27 (5 *epist.*): “*Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere*” che sostiene che la pazzia sopravvenuta di chi possiede *animo* un *saltus*, impedisce la perdita della *possessio*.

La *possessio* continua, così, con il protrarsi della pazzia poiché il *furiosus* non può smettere di possedere con l'*animus*.

Che Proculo introdusse la *possessio animo retenta* non è tesi smentita da D. 43.16.1.25 (Ulp. 69 *ad ed.*):

“*Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere. id exempli causa didici Proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente rece-demus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est*”.

Gaio, in 4.153, escludeva che la *possessio* potesse essere ottenuta *animo* senza la relazione fisica con il bene, ma sosteneva la conservazione *animo* del possesso, quindi, anche se il bene non era più nella disponibilità materiale del soggetto.

Difficoltà sono invece presenti per stabilire il momento in cui si verifica la perdita di una *possessio* conservata *animo*:

⁵⁰ D. 41.2.44.2 (Pap. 23 *quaest.*) “*Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. illa quoque possessionis amittendae separatio est. nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo*”; D. 41.2.45 (Pap. 2 *def.*) “*Licet neque servum neque colonum ibi habeamus*”; D. 41.2.46 (Pap. 23 *quaest.*) “*Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tandiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignorantem tolli possessio quae solo animo tenetur*”.

D. 41.2.25.2 (Pomp. 23 *ad Q. M.*) “*Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse*”.

Se si ammette che il titolare perda il possesso quando decide di non fare ritorno nel fondo, allora ne deriva che è proprio l'intenzione di rientrare nel fondo a permettere la conservazione del possesso. Se dopo l'allontanamento del proprietario questa intenzione persiste, il possesso è mantenuto. Se l'intenzione viene meno, il possesso è perso.

Ulpiano contrappose esplicitamente la modalità alternativa del *corpore possideri* a quella *animo possidere* della conservazione del possesso:

D. 43.16.1.24 (Ulp. 69 *ad ed.*) “*Sive autem corpore sive animo possidens quis deiectus est, palam est eum vi deiectum videri. idcircoque si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore*”;

D. 43.16.1.26 (Ulp. 69 *ad ed.*) “*Eum, qui neque animo neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipitur*”.

Nelle testimonianze di Ulpiano sembra scacciato *vi* colui che *deiectus est*, mentre possedeva *sive corpore sive animo* e ancora che colui che non possiede *neque animo neque corpore* non sembra *deiectus* se gli viene impedito di entrare nel fondo e di iniziare a possedere.

Ancora, però, in Ulpiano *animus* continua ad essere utilizzato nell'ambito degli immobili e come intento di non abbandonare il fondo dal quale ci si è allontanati.

Paolo, infine, pur rientrando nella riflessione giurisprudenziale precedente attribuisce ad *animus* una accezione più ampia nulla ostando ad un utilizzo congiunto di *corpus* e *animus*, l'uno elemento materiale, l'altro elemento spirituale.

In questo modo Paolo costruì una teorica in cui *animus* e *corpus* giustificano le fasi tutte del possesso comprese quelle in cui la *possessio* viene acquistata e conservata attraverso intermediario⁵¹.

1.2. *Le origini del possesso tra situazione di fatto e situazione di diritto*

Il termine *possidere* deriva dalla radice *pot* che esprime un concetto di potere nelle parole *potis*, *posse*, *potestas* e dal verbo *sedere* che indica una insistenza materiale⁵², uno 'stare' sulla cosa che è giuridicamente riconosciuto e tutelato.

La concettualizzazione della *possessio* nel pensiero romano come situazione strettamente collegata al *dominium* emerge in Ulpiano:

D. 43.17.1.2 (69 *ad ed.*) "... *separata esse debet possessio a proprietate ...*".

⁵¹ PS. 5.2.1; D. 41.2.3.1 (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.2.3.7 (Paul. 54 *ad ed.*), D. 41.2.3.8-12 (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.2.28 (Paul. 65 *ad ed.*). Cfr. L. VACCA, *Osservazioni in tema di acquisto del possesso per intermediario*, in *Omaggio a un Maestro. Per gli ottanta anni di Giovanni Nicosia*, (cur. N. PALAZZOLO, L. RUSSO RUGGERI), Torino, 2014.

⁵² A. ERNOUT-A. MEILLET, s.v. *Possido*, in *Dictionnaire étimologique de la Langue latine*, Paris, 2001, 520; A. WALDE-J.B. HOFFMANN, s.v. *Possido*, in *Lateinisches-etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1910, 347. Sul concetto di possesso elaborato in questi paragrafi: A. BURDESE, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, cit., 452 ss.

In Festo sono chiamati *possessiones* i terreni pubblici e privati largamente accessibili in quanto non tenuti in base ad una *mancipatio*, ma in base all'*usus* ragion per cui chiunque li occupava ne curava anche la coltivazione⁵³. In Festo si legge:

Festo s.v. *Possessio* 260 “*Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager. non enim possessio est <e> rebus que tangi possunt <nec suum>, qui dicit se possidere, is vere potest dicere 277 Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, quia non mancipatione sed usu tenebantur et ut quisque occupaverat, col [id] ebat*”.

E qui la *possessio* è una situazione giuridica da cui discende l'acquisto del *meum esse* sulla cosa e si distingue il tempo previsto per far sorgere una appartenenza sui beni immobili da quello necessario per le altre *res*.

In Labeone la *possessio* è tenuta naturalmente da chi sta in un luogo ed è individuata come sorta di posizione:

D. 41.2.1pr. (Paul. 54 *ad ed.*) “*Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit; quam Graeci κατοχόν dicunt*”.

Il richiamo al *naturaliter tenetur ab eo qui insistit* indica il carattere fattuale della situazione possessoria in:

D. 41.2.3.5 (Paul. 54 *ad ed.*) “*Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa posses-*

⁵³ La fonte può essere confrontata con Isidoro *Origines* 15.13.3.

sionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest. quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris”.

Paolo si esprime sul *locus* come oggetto di *possessio*:

D. 41.2.3.18 (Paul. 54 *ad ed.*) “*Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas. plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur”.*

La *positio* è, qui, una situazione giuridicamente rilevante con esclusivo riferimento ai beni immobili ove *sedes* è parola affine a *locus* ed è sinonimo di *domicilium*:

D. 40.5.28.4 (Ulp. 5 *fid.*) “*Ex iusta causa abesse eos demum dicendum est, qui non habent iniustam causam absentiae, cum sufficiat, quod non in fraudem libertatis absint, quo magis videantur ex iusta causa abesse: ceterum non est necesse, ut rei publicae causa absint. proinde si alibi domicilium quis habeat, alibi petatur fideicommissaria libertas, dicendum est non esse necesse evocari eum, qui fideicommissam libertatem debere dicitur, quia etiam absente eo, si constiterit libertatem deberi, pronuntiari potest iusta de causa eum abesse, nec libertum perdit: namque eos, qui apud sedes suas et domicilium suum sunt, nemo dubitabit ex iusta causa abesse”.*

La *possessio* sorgerebbe dal possesso delle terre sulle quali al *pater familias* si riconosceva un potere derivato, ma non la piena proprietà.

In origine tali terre appartenevano alle collettività gentilizie e poi al *populus Romanus*.

In età storica ai singoli era riconosciuta, tuttavia, una *possessio* sull’*ager publicus* che era oggetto di *dominium* del popo-

lo romano, ma non attribuito tramite forme specifiche in proprietà privata⁵⁴.

La *lex Licinia Sextia de modo agrorum* probabilmente regolò l'ampiezza delle occupazioni e nel 298 pare esistesse un limite all'estensione dell'*ager publicus* occupabile.

La *lex agraria* di Tiberio restaurò il limite di cinquecento iugeri all'estensione del possesso risalente alla *lex Licinia* e stravolto dai tumulti repubblicani con un'aggiunta massima di 250 iugeri per ogni *filius familias*.

Il riequilibrio delle *possessiones* fu un fenomeno rilevante malgrado combattuto dai ceti più ricchi.

Ciò non impedì, però, lo sviluppo del continuo contenimento delle stesse ed il passaggio al *meum esse* come regime agrario diffuso e dominante.

La tutela delle *possessiones* fu attuata attraverso gli *interdicta* fin dal III secolo a.C. e fu estesa dalla *possessio* di *agri publici* a quella di *agri privati* a favore di chi li possedesse in proprio e a favore dei *clientes* che avessero ottenuto dai proprietari patrizi a titolo di *precarium* il possesso revocabile di loro fondi e, dunque, anche alla *possessio* di cose mobili.

Ne è derivato, così, un concetto di *possessio* intesa come situazione di potere sull'*ager publicus uti frui habere possidere* limitata alle cose e tutelata da interdetti, distinta dalla proprietà in quanto fondata su di un impossessamento di fatto che prescindeva dal titolo di acquisto e destinata a venir meno con la definitiva perdita della situazione medesima.

Ma l'elaborazione giurisprudenziale di tale nozione trovava il suo fondamento anche in situazioni di potere di fatto rilevanti per lo *ius civile* oltre che nella tutela magistratuale della *possessio* dell'*ager publicus*.

Si trattava di potere esteso a tutto ciò che poteva essere oggetto di *vindicatio* e, quindi, non solo a singole *res*, ma anche al complesso ereditario o a persone e che, perdurando per un

⁵⁴ APPIANUS, *De bellis civilibus* 1.7; 1.8; LIV. 10.3.14. Cfr. A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952.

certo periodo, conduceva alla *usucapio* quale modo di acquisto di situazioni giuridiche privatistiche riconosciute dallo *ius civile* in specie del *dominium ex iure Quiritium* e, quindi, quale valida ragione di difesa avverso il precedente titolare del diritto che lo rivendicasse.

Il termine che originariamente identificava tale potere era *usus* come risulta da fonti risalenti alle XII Tavole; più tardi *habere* come risulta dal testo della *stipulatio duplae* con cui l'alienante garantiva l'acquirente da una eventuale rivendica di terzi sulla falsariga della originaria responsabilità (*auctoritas*) nascente dall'alienazione tramite *mancipatio*.

Oltreché a fini di acquisto per *usucapio* e di legittimazione passiva alla *reivindicatio* con conseguente individuazione del ruolo e degli oneri del relativo convenuto (presumibilmente estranea al primitivo processo di *legis actio sacramento in rem* che vedeva contrapposte sullo stesso piano *vindicatio* e *contra-vindicatio* reciproche) sin da antico il potere di fatto instaurato in ordine a una cosa risulta altresì rilevante in base allo *ius civile* quale elemento di altro modo di acquisto della proprietà.

Da queste due differenti matrici derivò il concetto giurisprudenziale di *possessio*, considerata come situazione di fatto contrapposta alla situazione di diritto come evidente nelle fonti:

D. 4.6.19 (Papin. 3 *quaest.*). "... *possessio autem plurimum facti habet*"; D. 41.2.1.3 (Paul. 54 *ad ed.*). "... *eam enim rem facti, non iuris esse ...*"; D. 41.2.12.1 (Ulp. 70 *ad ed.*). "*Nibil commune habet proprietates cum possessione*"; D. 43.17.1.2 (Ulp. 69 *ad ed.*). "... *separata esse debet possessio a proprietate ...*"; D. 44.2.14.3 (Paul. 70 *ad ed.*). "... *in interdicto possessio, in actione proprietates vertitur*".

Ciò non toglie che il pretore facesse del possesso che conduceva all'usucapione una situazione di per sé tutelata tramite *actio in rem* (l'*actio Publiciana*) verso i terzi e, in presenza di titolo di acquisto da lui ritenuto idoneo seppure non riconosciuto valido dal *ius civile*, anche verso lo stesso *dominus ex iu-*

re *Quiritium* con conseguente trasformazione della situazione medesima in una sorta di proprietà pretoria.

Inoltre le varie fattispecie tipiche di possesso erano rilevanti a fini giuridici e in particolare a quelli della tutela interdittale e dell'acquisto per usucapione solo in presenza di determinate connotazioni di diritto differenti a seconda dei casi come sembra possa desumersi da:

D. 41.2.49pr. (Papin. 2 *def.*). “... *cum ... plurimum ex iure possessio mutuetur*. 1. ... *quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est*”.

Capitolo II

Aspetti del possesso nel diritto romano

SOMMARIO: 2.1. Morfologia del possesso nelle fonti e sua evoluzione. – 2.2. Acquisto, conservazione e perdita del possesso tra *corpus* e *animus*. – 2.3. Tutela interdittale possessoria.

2.1. *Morfologia del possesso nelle fonti e sua evoluzione*

La citata necessità di un rinnovamento della morfologia del possesso rende indispensabile una valutazione degli aspetti essenziali della *possessio* nell'esperienza giuridica romana. A fronte della mancanza di una nozione unitaria della *possessio* lo studio delle fonti evidenzia la prospettiva dell'interpretazione giurisprudenziale: Sabino ne tratta in tema di *usucapio*, Giuliano nei *Digesta* e Gaio e Paolo nei commentari in tema di *missione in possessionem*, Ulpiano nel commentario editale in tema di *interdicta*.

La *possessio* appare distinta in *genera* sulla base delle *causae* del suo acquisto in Paolo⁵⁵ che fa esplicito riferimento al *genus*

⁵⁵D. 41.2.3.21 (Paul. 54 ad ed.) “*Genera possessionum tot sunt, quotet causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae*”; D. 41.2.3.23 (Paul. 54 ad ed.) “*Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus,*

possessionis diviso nelle *species* di buona o mala fede⁵⁶.

Il possesso classico aveva ad oggetto le *res corporales*: D. 41.2.3pr. (Paul. 54 *ad ed.*) “*possideri autem possunt, quae sunt corporalia*”, ma solo più tardi sarà ammessa una *quasi possessio* sulle *res incorporeales* con riferimento a chi esercitava di fatto sulla cosa un diritto reale limitato senza tener conto della sua titolarità come si evince da Gaio 4.139 “*Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur*” e D. 43.16.3.17 (Ulp. 69 *ad ed.*) “*Qui usus fructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. Sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus, recte dicitur heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur usus fructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur*”.

La *possessio civilis* viene contrapposta nelle fonti alla *possessio naturalis*⁵⁷ ed è in età classica che il possesso qualificato da una *iusta causa possessionis* o titolo di acquisto porta in base allo *ius civile* alla proprietà per usucapione a meno che in caso di *res nec mancipi* non ne determini l’acquisto immediato attraverso *traditio* o *occupatio*.

ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit”.

⁵⁶D. 41.2.3.22 (Paul. 54 *ad ed.*) “*Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide*”.

⁵⁷D. 41.5.2.1 (Iul. 44 *dig.*) “*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 usu capere posse*”.

La *possessio naturalis*, così, risulta dalle fonti non avere effetti civili⁵⁸ ed è tale anche indipendentemente da qualsiasi qualificazione giuridica e possesso *corporalis* senza *animus possidendi*.

Di semplice *possessio* le fonti parlano in caso di una situazione possessoria tutelata dagli *interdicta*. Il possessore *iustus* è colui che possiede *nec vi nec clam nec precario*.

Diversamente la *possessio* è *vitiosa*⁵⁹.

La *possessio* tutelata dallo *ius honorarium* con *interdicta* appare così una signoria esercitata dal *paterfamilias* sull'*ager publicus* oggetto di dominio da parte della *civitas* e prima delle *gentes*, poi concesso, in varie forme, in sfruttamento ai privati.

Si tratta, pertanto, di un possesso con carattere derivativo su terra pubblica che si conserva in età classica solo al concessionario di *ager vectigalis*. Tale terreno apparteneva allo Stato, a un municipio o a una colonia ed era concesso in sfruttamento a privati dietro il corrispettivo di un *vectigal*, sul quale al concessionario, oltre al possesso interdittale, ma senza possibilità di usucapire, finiva per essere riconosciuto un vero e proprio diritto di godimento, sanzionato da apposita *actio in rem*

⁵⁸ D. 41.2.24 (Iav. 14 epist.) “*Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit*”.

⁵⁹ Gai 4.151 “*Sed in utrobi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam iustum est ei accedere, veluti eius, cui heres extiterit, eiusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit. itaque si nostrae possessioni iuncta alterius iusta possessio exuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus. nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur nec dari potest; nam ei quod nullum est nihil accedere potest. sed et si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam aut precario ab adversario adquisitam, non datur accessio; nam ei possessio sua nihil prodest*”.

avverso i terzi, fermo restando il suo rapporto assimilato a quello privatistico di locazione verso l'ente pubblico.

La tutela interdittale e la relativa qualifica possessoria si estesero anche al possesso di fondi privati e, quindi, anche di cose mobili.

La tutela fu riconosciuta, di regola, a chi possedeva in proprio non a titolo derivato con l'intenzione di tenere la cosa per sé e non per conto di terzi⁶⁰.

Ciò indipendentemente dal fatto che se ne fosse proprietari o meno e in questo secondo caso possessori di buona fede che credono cioè erroneamente di averne la proprietà o di mala fede che sanno cioè essere la cosa di altri⁶¹.

Ma i giuristi classici non elaborarono un generale e astratto concetto di *animus*, specie se inteso come *animus domini* e necessario a qualificare il possesso interdittale.

Alla nozione di *animo possidere*, con riferimento alla volontà di esercitare un potere di fatto sulla cosa, la giurisprudenza classica fece ricorso in ipotesi particolari nelle quali risultava utile far leva su di essa al fine di riconoscere o meno l'esistenza di situazione possessoria giuridicamente rilevante.

Per questo si riconosce, anche nell'ambito di situazioni privatistiche al di fuori della *possessio* sull'*ager publicus*, il possesso interdittale a soggetti privi dell'*animus* di tenere la cosa come propria.

Ciò in riferimento alle ipotesi del precarista, del creditore

⁶⁰D. 41.2.1.20 (Paul. 54 *ad ed.*) “*Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt acquirere. alioquin si dicamus per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione*”.

⁶¹D. 41.3.15.3 (Paul. 15 *ad Plaut.*) “*Si quis bona fide possidens ante usucapionem amissa possessione cognoverit esse rem alienam et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu, quia initium secundae possessionis vitiosum est*”.

pignoratizio e del sequestratario, tradizionalmente considerate quali figure di possesso anomalo sul presupposto della tradizione romanistica della esigenza del suddetto *animus* per qualificare la situazione di possesso in contrapposto a quella di mera detenzione.

Nell'ambito pubblicistico, per derivazione dalla *possessio* sugli *agri vectigales*, ma anche per influenza di vedute ellenistiche che non distinguevano nettamente la proprietà dal possesso, considerando la prima una sorta di possesso qualificato, la terminologia possessoria (ed in particolare il termine *possidere*) è più generalmente utilizzata a indicare la stessa situazione giuridica riconosciuta ai privati sui fondi provinciali considerati oggetto del dominio eminente del popolo romano o dell'imperatore, quale sorta di proprietà, sanzionata da un'azione di diritto onorario coniata sulla falsariga della rivendica civilistica.

Intorno alla metà del IV secolo a.C. Roma ampliò il suo dominio sui territori circostanti estendendo la sua sfera di influenza e la sua supremazia.

L'organizzazione del dominio romano appariva flessibile alle esigenze dei territori conquistati sì da scongiurare focolai di ribellione o malcontento.

Le terre conquistate, pertanto, erano distribuite in base alle diverse situazioni locali in proprietà ai cittadini romani oppure erano nella condivisione di *ager publicus*.

Si leggono, nelle fonti, espressioni equivalenti quale *ager ex hostibus captus*, *ager occupatorius* ed *ager publicus populi Romani*, cioè nel dominio del popolo romano e, pertanto, amministrato dal senato anche attraverso la deduzione di colonie quale *ager colonicus*.

A Roma, per lo più, tuttavia, si permetteva di far occupare le terre senza corrispettivo dai cittadini quali *ager occupatorius* concedendo ai privati di occupare le terre disponibili *possesiones* e diventandone i possessori.

Le *possesiones* erano revocabili, ma i privati ne godevano per lo più senza limiti di tempo potendo poi, a partire dal II

sec. a.C., anche trasmetterle e ricevendo tutela contro i terzi. Inevitabile, pertanto, furono i conflitti all'interno dei ceti possidenti anche in relazione allo sfruttamento di quella parte di terre pubbliche che era destinata al pascolo quale *ager compascuus* dietro pagamento di un canone.

All'opposto, nell'ambito privatistico, analoga terminologia possessoria è usata a indicare situazioni di disponibilità di fatto di una cosa nemmeno tutelate da interdetti, le quali configurano ipotesi di detenzione secondo, appunto, la terminologia del diritto romano comune.

È usata a loro riguardo, in particolare per contrapporre alla *possessio* interdittale, l'espressione *in possessione esse*⁶².

Così anche con riferimento a *missi in possessionem* dal pretore, pur senza riconoscimento ad essi di tutela possessoria di bene⁶³ come a soggetti (quali il depositario, il comodatario, il mandatario, il *negotiorum gestor*, il conduttore di cosa, il locatore di opera) che derivino il loro potere di fatto da altri (rispettivamente deponente, comodante, mandante, *dominus negotii*, locatore di cosa, conduttore di opera) cui resta ricono-

⁶² Gai 4.153 “*Possidere autem videmur non solum, si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur. et hoc est quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem, id est ut quamvis neque ipsi simus in possessione neque nostro nomine alius, tamen si non relinquenda possessionis animo, sed postea reversuri inde discesserimus, retinere possessionem videamur. adipisci vero possessionem per quos possimus, secundo commentario rettulimus; nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem adipisci non possimus*”.

⁶³ D. 43.3.1.9 (Ulp. 67 ad ed.) “*Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem. movet illud primum, quod non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit, deinde quod praetorem habet huius rei auctorem. tutius tamen erit dicendum hoc interdictum competere, maxime si satisfactum sit iam legatorum nomine nec recedat. tunc enim etiam possidere videtur*”.

sciuto a tutti gli effetti giuridici il possesso da essi esercitato in ordine alla cosa tramite i primi.

Solo in senso traslato, poi, si parla nelle fonti di *possessio* con riferimento a *status* personali, di libertà, di schiavitù, di cittadinanza.

La nozione classica di *possessio* muta con il generalizzarsi di esperienze pretorie e provinciali che già in età classica riconoscevano in certe situazioni possessorie veri e propri diritti di proprietà (pretoria e, rispettivamente, sui fondi provinciali).

Ciò sia a causa del venir meno della distinzione tra diritto civile e pretorio da un lato, tra regime giuridico del suolo italico e provinciale dall'altro, sia per influsso del mondo ellenistico che non conosceva una netta linea di demarcazione tra proprietà e possesso e, infine, anche a causa della volgarizzazione del diritto che portò a superare le distinzioni relative alle varie figure possessorie.

Dal punto di vista terminologico cadde la distinzione tra *dominium* (o *proprietas*) e *possessio*.

A partire da Costantino quest'ultimo termine non fu più utilizzato solo per indicare situazioni di potere di fatto più o meno giuridicamente qualificate, ma anche la proprietà o diritti reali ad essa assimilati, quali l'usufrutto, il *ius perpetuum* e l'enfiteusi.

Per contrapporre situazioni di diritto a situazioni di mero fatto si ricorse a qualificarle diversamente, nell'ambito di quest'uso indifferenziato del termine.

Sul piano sostanziale si mantenne una sorta di distinzione tanto è che si conservò la distinzione tra tutela, rispettivamente, possessoria e petitoria.

Il diritto giustiniano, per influsso delle scuole giuridiche orientali, ritornò alla distinzione classica tra proprietà e possesso, non più considerando la prima come un possesso particolarmente qualificato.

Ciò non ebbe come conseguenza, tuttavia, un completo ritorno alle concezioni classiche in tema di possesso soprattutto per quanto riguarda la valorizzazione, pur dietro precedenti

classici, ma specie per influsso delle scuole orientali di diritto, dell'elemento dell'*animus* del possessore rispetto alla materiale disponibilità della cosa da parte sua.

Possesso in senso proprio fu considerato quello accompagnato dal cosiddetto *animus domini* inteso come volontà di comportarsi da proprietario e qualificato come *possessio civilis* o anche *iusta*, in quanto di buona fede o fondata su di una *iusta causa*.

Ma *iusta* è qualificata anche, in base a spunti classici, la *possessio* fondata su concessione a pegno o precaria, ove manca peraltro l'*opinio domini* da parte del creditore pignoratorio o del precarista⁶⁴.

Contrariamente a tale possesso ogni altra disposizione di fatto di una cosa da parte di chi non ne sia proprietario o possessore *ad usucapionem*, indipendentemente dalla tutela interdittale, è qualificata come *corporalis* o *naturalis possessio* o *corpore* o *corporaliter* o *naturaliter possidere*: come *naturalis possessio* si continua a indicare anche il possesso privo di qualsiasi qualificazione giuridica.

Dottrina scolastico-orientale dell'*animus* e avvicinamento tra proprietà e possesso risultante dalla legislazione postclassica portarono i giuristi giustinianei a vedere nella *possessio civilis* o *iusta*, anziché una disposizione di fatto pur giuridicamente qualificata in varia maniera, un vero e proprio diritto *sui generis*, per quanto distinto dalla proprietà, al punto di riconoscerne l'esistenza, sul fondamento dell'elemento decisivo dell'*animus*, anche indipendentemente dalla effettiva disposizione materiale della cosa.

E questo è un dato che rileva enormemente ai fini di una riflessione sulle situazioni possessorie e sulla loro disciplina sulla base delle rinnovate esigenze della società attuale.

⁶⁴ D. 6.2.13.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) “*Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitui possessionem, ut credat se dominum esse*”.

2.2. *Acquisto, conservazione e perdita del possesso tra corpus e animus*

In ordine alle vicende del possesso, quali l'acquisto, è rilevante la già ricordata teorizzazione di Paolo dell'esigenza di integrazione tra *corpus* e *animus* del possessore:

D. 41.2.3.1 (Paul. 54 *ad ed.*) “*Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore ...*”;

PS. 5.2.1 “*Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivique contingit*”.

Nell'argomentare del giurista, infatti, il principio dell'acquisto del possesso attraverso l'impossessamento materiale della cosa è temperato dalla considerazione che basti una situazione che può identificarsi come disposizione di fatto della cosa anche se non attuata con l'apprensione materiale:

D. 41.2.1.21 (Paul. 54 *ad ed.*) “*... non est enim corpore et tactu, necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu ...*”.

Si configura, così, la possibilità di acquisto *solo animo*, anche sul presupposto, all'inizio, che vi sia pure un elemento corporale o consistente in un'apprensione attuata tramite intermediario o preesistente in ipotesi di impossessamento del tesoro. Si configurano, poi, ipotesi di cosiddetta *traditio brevi manu*, per cui, col permesso del *tradens*, si cominciava a possedere per sé una cosa prima detenuta per conto di lui⁶⁵ e, poi,

⁶⁵ D. 12.1.9.9 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 41.1.9.5 (Gai. 2 *rerum cott. sive aur.*); D. 41.2.34pr. (Ulp. 7 *disp.*). Cfr. A. BURDESE, s.v. *Possesso (Diritto romano)*,

come visto, si ammise il costituito possessorio per cui si acquistava il possesso della cosa senza sua *traditio* corporale da parte del precedente possessore in proprio che iniziava, così, a detenerla per conto dell'acquirente⁶⁶.

A questo punto il problema sorse per i soggetti privi di capacità intellettuale ed in particolare non tanto per il *furiosus* di cui appare certa la sua incapacità di acquistare da sé il possesso quanto per l'impubere sulla cui posizione le fonti non appaiono chiare.

Di difficile soluzione si mostra anche il problema relativo alla individuazione della dottrina classica in tema di acquisto del possesso per il tramite dei soggetti a potestà, schiavi e *filii familias*.

Nelle fonti detto acquisto appare spesso affermato limitatamente alle due ipotesi di avallo di esso da parte dell'avente potestà o del suo verificarsi *peculiari causa* o *nomine*, cioè a favore del peculio.

In ogni caso nel soggetto a potestà che attua l'impossessamento per conto dell'avente potestà si richiede l'*intellectum possidendi* inteso come capacità naturale di porre in essere l'atto di apprensione della cosa⁶⁷. Probabilmente, però, i due requisiti della *scientia domini* e della *causa peculiaris* non erano richiesti da tutti i giuristi⁶⁸.

cit., 457 ss. Sulla *traditio*: L. ARU, s.v. *Traditio (Diritto romano)*, in NNDI, XIX, Torino, 1973, 465 ss.

⁶⁶ D. 41.2.18pr. (Cels. 23 dig.) “*Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium; D. 41.2.21.3 (Iav. 7 ex Cass.) Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur*”.

⁶⁷ D. 41.2.1.9 (Paul. 54 ad ed.) “*Ceterum et ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi. 10. Et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem*”.

⁶⁸ Gai 2.89 “*Non solum autem proprietatis per eos quos in potestate habemus*

Oltre ai soggetti a potestà la giurisprudenza classica ammise l'acquisto del possesso per il tramite di persona non soggetta a potestà almeno con riferimento alle ipotesi particolari del *procurator*⁶⁹ e del tutore⁷⁰.

Alla generalizzazione grazie alla quale l'acquisto è ammesso attraverso persona estranea, a favore del terzo *ignorans*, arrivò il diritto giustiniano⁷¹.

Anche in ordine alla conservazione del possesso si considera in linea di massima necessario il persistere della disponibilità materiale della cosa accompagnata dall'intenzione di tenerla per sé.

Sin da Proculo, tuttavia, si è affermata la possibilità di (*solo* o *nudo*) *animus retinere possessionem* (o *possidere*), anzitutto con riferimento all'ipotesi di *saltus hiberni et aestivi*.

La stessa cosa si afferma pure ogni qualvolta il possessore si allontani solo momentaneamente dal fondo con l'intenzione di rientrarvi come si desume da Gaio 4.153.

Il requisito dell'*animus* per la conservazione del possesso non impedisce peraltro che questo si intenda conservato durante il sonno e la stessa sopravvenuta pazzia del possessore.

Ciò vale anche per l'ipotesi di conservazione del possesso tramite intermediario, soggetto a potestà o meno, quale il colono o l'inquilino. Quanto alle ipotesi di morte o di definitivo abbandono del fondo da parte dell'intermediario nel possesso, esse appaiono variamente risolte nel corso della giurisprudenza classica e finalmente da Paolo in D. 41.2.3.8 (Paul. 54 *ad ed.*)

adquiritur nobis, sed etiam possessio; cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio procedit".

⁶⁹ GAI 2.95; PS. 5.2.2; D. 41.1.13 (Nerat. 5 *reg.*); D. 41.2.42.1 (Ulp. 4 *reg.*); D. 41.3.41 (Nerat. 7 *membr.*); Inst. 2.9.5.

⁷⁰ D. 6.2.7.10 (Nerat. 3 *membr.*); D. 13.7.11.6 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 41.1.13.1 (Nerat. 5 *reg.*); D. 41.2.1.20 (Paul. 54 *ad ed.*).

⁷¹ CI. 7.32.1 "Per liberam personam ignorantem quoque acquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est".

nel senso della conservazione *animus* del possesso, malgrado l'ingresso di altri nel fondo all'insaputa del possessore sintantoché questi, venutone a conoscenza, non abbia rinunciato a rientrarvi⁷².

Anche in questi casi verrebbe a riconoscersi autonoma rilevanza all'elemento psicologico-spirituale della situazione possessoria, malgrado l'assenza dell'elemento corporale del possesso, in quanto l'atteggiamento del possessore può ancora apparire in base alle circostanze normali secondo la valutazione sociale.

Altrettanto potrebbe dirsi per l'ipotesi in cui il possessore stia lontano dal fondo a causa di grave pericolo sociale e nella quale ancora la cancelleria diocleziana riconosce un caso di conservazione *animus* del possesso.

Giustiniano⁷³ perviene, pur senza ricorrere alla teoria della conservazione *animus* del possesso, a negare qualsiasi pregiudizio al possessore a causa di abbandono o consegna della cosa ad altri per dolo da parte dell'intermediario detentore.

Detta conservazione *animus* del possesso è altresì affermata, ma in un solo testo di età postclassica⁷⁴, con riferimento alla conservazione del possesso sul *servus fugitivus* che era ammessa dai classici assieme alla possibilità di acquisto del possesso o di conservazione del medesimo.

Ma ciò pare solo sino a quando altri se ne fosse impossessato ovvero quando egli comportandosi da uomo libero fosse stato pronto a difendersi in un giudizio circa la sua libertà.

Qui l'*animus possidendi* si ridurrebbe a mera volontà di conservare il possesso non accompagnata da una situazione obbiettiva che possa far ritenere normale, date le circostanze, l'as-

⁷² "Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore contritus noluerit accedere, amississe eum possessionem placet. quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem".

⁷³ CI. 7.32.12.

⁷⁴ PS. 4.14.3.

senza di insistenza corporea sulla cosa da parte del possessore.

Non sembra che già la giurisprudenza classica, ma soltanto i giustinianei⁷⁵ abbiano poi affermata la conservazione del possesso da parte del prigioniero di guerra e più in generale dell'assente, pur senza riferimento esplicito alla teoria della conservazione *animo* del possesso, richiamata in proposito nel tardo scolio bizantino di Teodoro Balsamone⁷⁶.

Il possesso, infine, si poteva perdere sia *corpore et animo*, in ipotesi di *traditio* della cosa a terzi come di volontario abbandono sia soltanto *animo* ... D. 41.2.44.2 (Pap. 23 *quaest.*) “... *eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde ingressi fuisset, ne possideremus* ...”; D. 41.2.3.6 (Paul. 54 *ad ed.*) “... *amitti et animo solo potest* ...” sia anche soltanto corporeo.

Si perdeva *solo animo* il possesso nell'ipotesi di cosiddetto costituito possessorio nonché in quella di possesso conservato *solo animo* da chi consapevolmente rinunciava a ritornare nel fondo clandestinamente occupato da altri in sua assenza.

Si perdeva *solo corpore* il possesso in generale in tutte le ipotesi in cui non bastava il solo *animus* per conservarlo, in particolare in ipotesi di *deiectio* da parte di terzi o di fuga di animali o di perdita di cose che escono dalla custodia o sfera di controllo del possessore o, infine, di abbandono del fondo per negligenza.

Ai fini della perdita del possesso nelle ipotesi in cui è per essa determinante l'*animus* del possessore, si richiede la capacità naturale di questi. La perdita avviene così *solo animo* o *animo et corpore*.

Con la morte del possessore, il possesso non passa agli eredi *voluntarii* quando non sussista la disponibilità di fatto della cosa da parte loro, mentre passa agli eredi *necessarii*.

⁷⁵ CI. 8.4.2.

⁷⁶ Bas. 50.2.22.1.

2.3. *Tutela interdittale possessoria*

Come si può ricavare da D. 43.17.1.2 (Ulp. 69 *ad ed.*) la ragione della previsione degli interdetti va ricercata nella necessità di separare il possesso dalla proprietà.

Gli interdetti, infatti, erano strumenti dell'autorità con i quali si proteggeva la disponibilità pacifica della *res* cui la nascita della *possessio* era profondamente collegata.

Le prime *possessiones*, come visto, ebbero quale oggetto proprio i terreni conquistati e per questo di proprietà del *populus Romanus*, ma lasciati all'occupazione dei cittadini.

Il pretore garantiva già probabilmente alla fine del III sec. a.C. la situazione possessoria⁷⁷ contro atti di turbativa o di spoglio da parte di terzi, attraverso gli *interdicta*⁷⁸. Tali provvedimenti speciali d'urgenza ingiungevano di tenere o non tenere determinati comportamenti a chi sottraesse, turbasse o interrompesse il possesso altrui, sulla base di quanto sosteneva colui che rivolgendosi al pretore intendeva acquistare, conservare o recuperare la cosa posseduta.

Il destinatario dell'interdetto poteva obbedire o contestare il provvedimento. Nel primo caso di realizzava una protezione immediata del possesso e nel secondo caso su ordine del pretore le parti promettevano di pagare una somma di danaro se la condotta risultava essere stata contraria alle norme. Si realizzavano così i presupposti per passare dal provvedimento di urgenza alla tutela giudiziaria normale attraverso lo strumento dell'*actio ex stipulatu*.

In origine gli *interdicta* erano provvedimenti di carattere amministrativo a tutela dell'antica *possessio* dell'*ager publicus*, differendo per tutta l'età classica dalle *actiones*.

È dubbio se all'ordine magistratuale si ricollegasse un pro-

⁷⁷ PLAUT. *Stichus* 696, 750; TERENT. *Eunuc.* 319. Cfr. G. GANDOLFI, s.v. *Azione possessoria (Diritto romano)*, in *NNDI*, II, Torino, 1958, 93 ss.

⁷⁸ F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2005; A. BURDESE, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, cit., 461 ss.

cedimento contenzioso, un *agere ex interdicto*⁷⁹ da svolgersi avanti ad organo giudicante, normalmente un giudice privato e, solo in certe ipotesi, un collegio di *recuperatores*.

In virtù della sua natura garantista della pace sociale la tutela interdittale possessoria fu estesa all'ambito privatistico così da tutelare le situazioni soggettive riconosciute conformi a diritto e imporre, anzitutto ai privati, sia il rispetto dello *status quo* sia il ricorso alla giustizia prevista dall'ordinamento scongiurando così atti di autodifesa privata.

Di regola era tutelato solo il possesso del *possessor iustus* in contrapposizione a quello *iniustus* o al titolare di *vitiosa possessio*. Nelle fonti si parla di possesso ottenuto *vi clam* o *precario*

⁷⁹Gai 4.141 “*Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit. et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, veluti cum per sponsionem agitur, sine poena, veluti cum arbitri petitur. et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur*”; 4.163 “*Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit denegandum calumniae iudicium ei qui arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. sed alio iure utimur, et recte; potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur*”; 4.166a “*... iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. cum iudex id exploraverit et forte secundum me iudicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit. et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit., nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur*”.

cioè con la violenza o di nascosto o per concessione gratuita liberamente revocabile nei confronti della controparte⁸⁰.

La tutela interdittale possessoria viene altresì ad assumere una seconda funzione e cioè quella di preparare il processo di rivendica al fine di richiedere la restituzione del possesso costringendo così la controparte ad assumere la posizione di parte attrice e, quindi, l'onere di provare il proprio diritto:

Gai 4.148 “*Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi*”.

Nel passo si legge, infatti, che si suole concedere un interdetto per la conservazione del possesso allorché esiste una controversia reciproca in ordine alla proprietà di una *res* e si discute, in via preliminare su chi, tra i litiganti, debba possedere e chi rivendicare. A tal fine sono predisposti gli interdetti *uti possidetis* e *utrubi*.

E così la tutela interdittale possessoria è apprestata non soltanto per difendere il possesso attuale, bensì, a seconda dei casi, anche per recuperare il possesso perduto, oltreché per acquisirlo *ex novo*.

È noto che la giurisprudenza scolastica del Principato di-

⁸⁰Gai 4.151 “*Sed in utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam iustum est ei accedere, veluti eius, cui heres extiterit, eiusque, a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit. itaque si nostrae possessioni iuncta alterius iusta possessio exuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus. nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur nec dari potest; nam ei quod nullum est nihil accedere potest. sed et si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam aut precario ab adversario acquisitam, non datur accessio; nam ei possessio sua nihil prodest*”. Cfr. D. 41.2.6pr. (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 43.16.1.28 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 43.26.2.3 (Ulp. 71 *ad ed.*). Cfr. G. NICOSIA, *Vitiosa possessio e iniusta possessio*, in *Iura*, 63, 2015, 1 ss.

stinse tra *interdicta adipiscendae, retinendae e recuperandae possessionis*⁸¹.

La formula dell'interdetto *uti possidetis* nell'editto preadrianeo, risalente ad età repubblicana, sembra essere stata la seguente:

Fest. s.v. *Possessio* 260 "... *Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto* trasformata, nell'editto adrianeo, in *uti nunc eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, qua minus ita possideatis, vim fieri veto*"⁸².

⁸¹Gai 4.144 "*Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est quorum bonorum; eiusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est restituitur. pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse: pro possessore is possidet qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse*"; 145 "*Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant*"; 146 "*Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur qui publice bona mercantur*"; 147 "*Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset*"; D. 43.1.2.3 (Paul. 63 ad ed.) "*Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut apiscendae sunt possessionis aut recipiendae aut retinendae. apiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem. sunt autem interdicta apiscendae possessionis 'quorum bonorum': Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est: et 'quo itinere venditor usus est', quo minus emptor utatur, vim fieri 'veto'. recipiendae possessionis causa proponuntur sub rubrica unde vi. aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. retinendae possessionis sunt interdicta uti possidetis. sunt interdicta ut diximus, duplicia tam recipiendae quam apiscendae possessionis*".

⁸²GAI 4.160; D. 43.17.1pr. (Ulp. 69 ad ed.); TH. Par. 4.15.7. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Uti possidetis*' e '*ager publicus*', in *Labeo*, 43, 1997, 445 ss.; G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*,

La formula dell'interdetto *utrubi* suona viceversa “*utrubi vestrum hic homo, qua de agitur, maiore parte huius anni nec vi nec clam nec precario alter ab altero fuit, qua minus is eum ducat, vim fieri veto*”⁸³.

Il pretore vieta di disturbare nel suo possesso chi abbia posseduto senza vizi nei confronti della controparte per maggior tempo durante l'ultimo anno antecedente il rilascio dell'interdetto, ove si computa come proprio anche il tempo in cui abbia posseduto il precedente *possessor iustus* dal quale si sia ricevuto il possesso.

Risulta per ciò stesso autorizzato il ricorso all'autodifesa privata per recuperare il possesso dal *possessor iniustus* ovvero da chi, pur essendo *possessor iustus*, abbia tuttavia posseduto per minor tempo rispetto alla controparte durante l'ultimo anno.

L'interdetto adempie così, a seconda dei casi, alla funzione conservativa ovvero recuperatoria del possesso.

Accanto ai due citati interdetti ne vennero successivamente creati altri aventi soltanto funzione recuperatoria del possesso di immobili.

Anzitutto l'interdetto restitutorio *unde vi* così formulato “*unde in hoc anno tu illum (aut familiam aut procuratorem illius*”: parole inserite nell'editto preadrianeo)⁸⁴ “*vi deiecisti, aut familia tua (aut procurator tuus)*”⁸⁵ “*deiecit., cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque tunc ibi habuit restituas*”⁸⁶.

Esso è stato presumibilmente introdotto prima che a segui-

in AUPA, 44, Palermo, 1996, 24 ss.; 193 ss.; L. LABRUNA, *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1986; R. CERVANI, *L'Epitome di Paolo del 'De Verborum signficatu' di Pompeo Festo. Struttura e metodo*, Roma, 1978; P. CIAPESSONI, *Appunti sul testo editto degli interdetti 'uti possidetis' e 'utrubi'*, Padova, 1934, 23 nt. 17.

⁸³ GAI 4.150 e 160; D. 43.31.1 (Ulp. 72 *ad ed.*).

⁸⁴ CIC. *Tull.* 19.44; D. 43.16.20 (Labeo 3 *pith. a Paulo epit.*).

⁸⁵ CIC. *Tull.* 19.44; D. 43.16.1.13 (Ulp. 69 *ad ed.*).

⁸⁶ CIC. *Tull.* 19.44; D. 43.16.1pr. (Ulp. 69 *ad ed.*).

to dell'inottemperanza all'interdetto *uti possidetis* si potesse addivenire in sede di giudizio contenzioso a una restituzione giudiziale.

Il pretore ordina che venga restituito nel possesso dell'immobile chi, essendo *possessor iustus*, ne sia stato spogliato con la violenza; risulta, pertanto, legittimo lo spoglio anche violento effettuato ai danni del *possessor iniustus*.

L'interdetto è, tuttavia, esperibile solo entro l'anno e passivamente intrasmissibile, mentre dopo l'anno e contro gli eredi sono concesse dal pretore *actiones in factum* nei limiti dell'arricchimento.

Mera variante dell'*unde vi* è l'interdetto *de vi armata*, così concepito “*unde tu illum (aut familiam aut procuratorem illius) vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua (aut procurator tuus)*”⁸⁷ “*deiecit., eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas*”⁸⁸.

La sua introduzione è riportabile soltanto al I secolo a.C.

Il pretore ordina che venga restituito nel possesso dell'immobile chi ne sia stato spogliato tramite banda armata: data la gravità del fatto, esso tutela non solo il *possessor iustus*, ma anche l'*iniustus*.

Per il caso di sottrazione clandestina di possesso di immobili fu probabilmente creato, infine, l'interdetto restitutorio *de clandestina possessione*, venuto meno già nell'editto adrianeo a seguito dell'affermarsi della conservazione del possesso dell'immobile in cui altri si fosse immesso a insaputa del possessore.

Particolare funzione esplica, poi, l'interdetto restitutorio *de precario*, complementare rispetto alla considerazione del *precario habere* quale possesso vizioso nei confronti del *precario dans* ai fini della tutela interdittale.

Esso è così formulato:

⁸⁷ CIC. *Caecin.* 19.55; D. 43.16.3.10 (Ulp. 69 *ad ed.*).

⁸⁸ CIC. *Caecin.* 19.55; 21.59 s.; 30.88.

D. 43.26.2pr. (Ulp. 71 *ad ed.*) “*Ait praetor: ‘Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti’, ut desineres habere, qua de re agitur, ‘id illi restituas’*”.

Risulta diretto alla restituzione di quanto il precarista ha ottenuto dietro richiesta, sia una cosa immobile o mobile o il mero uso della cosa, o al risarcimento di quanto, ricevuto a precario, egli non abbia più per suo dolo.

A questo punto si comprende facilmente che il procedimento interdittale è notevolmente diverso da quello ordinario basato sull'azione.

Il pretore emana l'interdetto su richiesta di parte e dietro sommaria cognizione della causa: il destinatario può obbedire, e allora il procedimento termina col raggiungimento del risultato voluto; ma può anche disobbedire e allora si apre una seconda fase del procedimento.

In ipotesi di interdetto *uti possidetis* (al cui procedimento si conforma l'interdetto *utrubi*) entrambe le parti effettuano sul fondo un atto simbolico di forza⁸⁹ con cui si formalizza il rifiuto di ottemperare al divieto pretorio.

Ciascuna promette all'altra in forma di *stipulatio* una somma a titolo di penale per il caso in cui il proprio atto di forza risulti illegittimo (*sponsiones*) e altra somma a titolo di penale per il caso contrario in cui risulti legittimo l'atto di forza della controparte (*restipulationes*)⁹⁰: le due parti potranno allora re-

⁸⁹ Gai 4.170 “*Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quorum vis et potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsonumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat. itaque etsi alias potuerit interdicto uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto*”.

⁹⁰ Gai 4.166 “*... is tantisper in possessione constituitur, si modo adversario suo fructuaria stipulatione caverit, cuius vis et potestas haec est, ut si contra*

ciprocamente convenirsi in giudizio, tramite procedimento unitario, in base a queste quattro stipulazioni, ottenendo così una indiretta pronuncia giudiziale su chi fosse, tra i due, l'ultimo *possessor iustus*.

Questi risulterà assolto nei due giudizi in cui è convenuto, mentre otterrà la condanna della controparte nei due giudizi in cui è attore.

Nel frattempo, il possesso interinale è attribuito a quella tra le due parti che, in seguito ad un'asta, promette di pagare all'altra, a titolo di penale, la somma maggiore per il caso di soccombenza.

In antico la controparte, risultata vincitrice, poteva impossessarsi con la forza del fondo e ottenere giudizialmente, in luogo di indennizzo per i frutti nel frattempo prodotti, il pagamento della somma promessale con la *stipulatio fructuaria*.

Dal I secolo a.C., accanto ai quattro giudizi da stipulazione se ne introduce un quinto, detto *iudicium Cascellianum* (dal nome del giurista Aulo Cascellio) o *secutorium*, rivolto a ottenere la condanna in denaro del possessore interinale che, risultato soccombente, non restituisca il fondo e i frutti nel frattempo prodotti.

Quest'ultimo potrà, poi, essere convenuto in giudizio anche in base alla *fructus licitatio* tramite un apposito *iudicium* detto *fructuarium* o anch'esso *secutorium*.

Qualora una delle parti si rifiutasse di collaborare al procedimento in uno qualsiasi dei suoi momenti, l'altra parte avrebbe potuto ottenere contro di essa un *interdictum secundarium* alla cui mancata ottemperanza seguirebbe senz'altro la condanna⁹¹.

eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat. haec autem licendi contentio fructus licitatio vocatur, scilicet quia ... postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem ...

⁹¹Gai 4.170 "Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediti, praetor in eam rem prospexit

Più semplice è la seconda fase del procedimento in ipotesi di interdetto *unde vi* (o *de vi armata*).

Chi ha ottenuto l'interdetto convoca la controparte che non vi ha ottemperato davanti al magistrato e, qui, ha inizio o un processo *per sponsionem* o un processo arbitrario.

Nel primo caso il possessore promette di pagare una somma a titolo di penale per l'ipotesi in cui risulti illegittima la mancata restituzione (*sponsio*), mentre la controparte effettua analoga promessa per il caso in cui la restituzione risulti avvenuta o legittimamente inattuata (*restipulatio*).

Le due parti possono, allora, convenirsi reciprocamente in giudizio in base a queste due stipulazioni. Inoltre, il possessore, risultato soccombente, che non restituisca la cosa, può essere condannato, in un apposito *iudicium de re restituenda*, nel *quanti ea res est*.

Prima che abbia inizio tale procedimento *per sponsionem*, il possessore può tuttavia chiedere al pretore la nomina di un arbitro (*arbitrum postulare*): sarà allora concessa, senza ricorso alle stipulazioni, una formula arbitraria sulla base della quale il giudice invita il possessore che risulti in torto a restituire e, in caso contrario, lo condanna nel *quanti ea res est*.

Si tratta di un procedimento che evita al soccombente il pagamento della penale e appare, pertanto, di origine più recente⁹².

et comparavit interdicta quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quorum vis et potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat. itaque etsi alias potuerit interdicto uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto ...".

⁹²Gai 4.163 "Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absolvitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam

In età postclassica si conservò ancora una tutela di carattere possessorio distinta dalla tutela del diritto di proprietà, benché perseguita in analoghe forme processuali per la sostanziale commistione nel frattempo operatasi tra interdetti e azioni.

Disposizioni di diritto criminale a difesa del possesso vengono, peraltro, a regolare definitivamente la situazione possessoria lasciando scarso margine alla tradizionale difesa del possesso come a quella della proprietà.

Per disposizione di Costantino⁹³ il possesso sottratto con la forza deve essere restituito e il colpevole è punito con la deportazione e la confisca dei beni se risulta non aver diritto alla cosa altrimenti con la perdita di metà della cosa stessa che è assegnata al fisco.

Successive disposizioni imperiali, eliminando in merito le pene pubbliche, statuiscano che il colpevole perda in ogni caso non solo il possesso, ma anche la proprietà della cosa a favore della controparte e sia tenuto, qualora non ne abbia la proprietà, a pagare una penale fissata dapprima nel valore della cosa e, poi, in una cosa equivalente.

Poiché il giudice deve in tali procedimenti accertare l'eventuale titolarità di diritti sulla cosa e decidere definitivamente

oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit non esse permittendum calumniae iudicio uti ei, qui arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. sed alio iure utimur et recte; potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur"; 164 "Ceterum observare debet is, qui vult arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, [id est antequam a praetore discedat]; sero enim petentibus non indulgetur"; 165 "Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. nam actor provocat adversarium sponsione, quod contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsonem adversarii restipulatur. deinde actor quidem sponsonis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis. sed actor sponsonis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur ...".

⁹³ CTh. 9.10.3.

sulla sorte della medesima, non rimane più alcun margine per ulteriori questioni giudiziarie né di possesso né di proprietà.

Il diritto giustiniano torna parzialmente al regime interdittale possessorio classico pur mantenendo in vigore talune disposizioni sanzionatorie postclassiche senza operare una organica fusione tra le due tendenze.

Ma si conservano anche le disposizioni postclassiche per cui si perde non solo il possesso bensì anche la proprietà della cosa, qualora se ne è proprietari, mentre in caso contrario si paga a titolo di penale una somma pari al valore della cosa stessa.

Nel complesso il regime giustiniano risulta caratterizzato rispetto a quello classico: dall'unificazione del regime dell'*utrobi* con quello dell'*uti possidetis* e del regime dell'*unde vi* con quello del *de vi armata*; dalla limitazione dell'autodifesa privata attraverso l'eliminazione dell'*exceptio vitiosae possessionis* dal regime dell'*unde vi*; dalla semplificazione del procedimento interdittale che si attua ormai nelle forme processuali consuete, salva una maggiore speditezza; infine dalla eliminazione della distinzione tra processo possessorio – concernente il possesso – e processo petitorio concernente la proprietà della cosa.

Venuto meno il concetto di *usus*, quale potere di fatto esteso a tutto ciò che può costituire oggetto di *vindicatio* e determinante, col perdurare per un certo tempo, l'acquisto di situazioni giuridiche privatistiche di varia natura, in ordine oltreché a cose singole anche a complessi ereditari ed a persone, in età classica, il possesso finisce per avere essenzialmente ad oggetto le sole cose corporali:

D. 41.2.3pr. (Paul. 54 *ad ed.*) “*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*”.

Già in età classica, tuttavia, si afferma, come detto, il concetto scolastico di *quasi possessio* con riferimento alla situazione di chi esercita di fatto sulla cosa il diritto reale limitato di usufrutto senza che si guardi se egli ne sia o meno titolare:

Gai 4.139 “*Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. quod tum maxime facit., cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae autem et uerborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta ... decretaque*”

a tutela della sua posizione sono estesi in via utile gli interdetti possessori *uti possidetis* e *unde vi*.

Analogamente è tutelato con appositi interdetti, predisposti nell’editto pretorio sotto le rispettive rubriche *de itinere actusque privato*, *de aqua cottidiana et aestiva*, *de rivis*, *de fonte*, *de cloacis*, chi esercita di fatto talune servitù prediali (di passaggio, di acquedotto, di attingere acqua, di abbeveraggio del bestiame, di cloaca) senza che si guardi se egli ne sia o meno titolare e sempre che le servitù medesime non siano esercitate *vi clam* o *precario* nei confronti della controparte.

Di qui si sviluppa, specie in età postclassico-giustiniana, anche relativamente all’usufrutto, per il venir meno della distinzione tra *interdictum directum* e utile, l’idea di una (quasi) *possessio iuris* (*ususfructus*, *servitutis*), di un possesso cioè avente ad oggetto, anziché la cosa corporale, il diritto reale limitato di usufrutto o di servitù.

Tale *possessio iuris* fornisce alla giurisprudenza giustiniano-bizantina⁹⁴ la base per il riconoscimento dell’acquisto dei suddetti diritti tramite tradizione e usucapione e per una più estesa applicazione dell’*actio Publiciana*.

Non sembra viceversa che, in diritto giustiniano, l’esercizio di fatto dei diritti di enfiteusi e superficie costituisca *possessio iuris*, bensì diretto possesso della cosa.

Sotto diverso aspetto già la giurisprudenza classica era pervenuta ad estendere a diritto, pur sempre senza quegli intenti dogmatici che saranno poi presenti alla giurisprudenza giusti-

⁹⁴ TH. Par. 4.15pr.

nianeo-bizantina, il concetto di possesso con riferimento da un lato al precario, in quanto la relativa concessione avesse ad oggetto il mero esercizio di un diritto di uso sulla cosa, dall'altro all'*hereditas*, in quanto, come *ius hereditatis*, essa può comprendere anche situazioni giuridiche diverse dalla proprietà su cose corporali.

Sebbene la *possessio* è *possessio rei* che insiste su *res corporalis* e sebbene la tradizione riconosca nel possesso una situazione di fatto cioè l'espressione di un potere sulla cosa che va al di là del diritto di possederla pur potendo con esso coincidere⁹⁵, si potrebbe arrivare a concepire l'esistenza di una natura giuridica della situazione di diritto del possesso anche sulla base delle testimonianze delle fonti⁹⁶.

Se è vero, infatti, che il possesso non è inserito nel catalogo dei diritti, va comunque notato che il *possidere* coincideva con l'esercizio in concreto delle facoltà spettanti al proprietario⁹⁷.

In tal senso rileva, del resto, che il possesso era tutelato, appunto, con *interdicta*⁹⁸.

In tale ottica l'inciso contenuto in D. 41.2.1.3 in cui Paolo (54 *ad ed.*) afferma che il pupillo può iniziare a possedere anche senza l'*auctoritas* del tutore poiché *eam enim rem facti, non iuris esse*, potrebbe essere riferito all'attuazione dell'acquisto quindi all'aspetto di fatto della presa di possesso e non alla natura della *possessio*. La *res facti* qui sarebbe, quindi, la realizzazione dell'aspetto oggettivo del possesso.

⁹⁵ B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Scr. Giur.* II, Torino, 1956, 312.

⁹⁶ D. 8.2.32.1 (Iul. 7 *dig.*), D. 41.2.3pr. (Paul. 54 *ad ed.*), D. 41.3.4.26 (Ulp. 54 *ad ed.*), D. 43.3.1.8 (Ulp. 67 *ad ed.*). Per la dottrina: G. NICOSIA, s.v. *Possesso*, cit. 79 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Appunti sulla quasi possessio iuris nell'opera dei giuristi medievali*, in *BIDR*, 80, 1977, 69 ss.

⁹⁷ D. 41.2.1.1 (Paul. 54 *ad ed.*), D. 41.2.5.2 (Ven. 1 *interd.*), D. 41.2.12.1 (Ulp. 70 *ad ed.*), D. 43.17.1.2 (Ulp. 69 *ad ed.*).

⁹⁸ D. 41.2.49 (Pap. 2 *def.*), D. 44.2.14.3 (Paul. 70 *ad ed.*).

In conclusione per i Romani il possesso potrebbe essere, sì, identificato non come diritto, ma neppure *res facti* produttiva di conseguenze giuridiche bensì come una situazione giuridicamente rilevante.

Altri frammenti illuminanti in tal senso trattano di una azione pretoria concessa contro il servo – a cui era stata data una libertà fedecommissaria – che avesse sottratto o danneggiato cose ereditarie prima che l'erede avesse adito l'eredità a seguito della morte del testatore⁹⁹.

Da questi frammenti emergono due dati: da un lato gli ostacoli per l'attuazione materiale del *corpore possidere* possono individuarsi nell'incapacità giuridica nel caso del *servus* e nell'incapacità di agire nel caso del *pupillus*, dall'altro lato il concetto di *res facti* non potrebbe attenere alla nozione del possesso, ma al profilo relativo alla sua attuazione in termini di disponibilità materiale della *res*. Di conseguenza non sarebbe, quindi, possibile disconoscere totalmente una componente giuridica dalla situazione possessoria che, invece, potrebbe essere espressa nei termini di un'attribuzione patrimoniale.

In particolare rileva un frammento di Ulpiano.

Questi in D. 47.4.11.5 (38 *ad ed.*) inizia con un'affermazione di Scevola secondo la quale consistendo il furto nella sottrazione del possesso non potrà configurarsi *furtum* quando non vi è un *possessor*. Per Ulpiano, quindi, non potrà integrare gli estremi del furto la sottrazione dei beni ereditari non potendo esservi nell'*hereditas*, ovviamente non ancora adita, un titolare di *possessio*. Ma la *possessio* non è neppure dell'erede prima che possieda, dice Ulpiano, cioè prima di aver compiuto un atto dal quale si mostri in maniera non equivoca la sua intenzione di prendere possesso delle cose ereditarie. Ulpiano si esprime nel senso di negare la possibilità di configurare una situa-

⁹⁹D. 47.4.11.5 (Ulp. 38 *ad ed.*) e, in aggiunta, D. 41.2.1.4 (Paul. 54 *ad ed.*), D. 41.2.29 (Ulp. 30 *ad Sab.*) e D. 41.2.49.1 (Pap. 2 *def.*). Cfr. G.C. BISAZZA, *Annotatiuncolae I. Usucapio pro herede, aditio hereditatis: un rapporto da chiarire*, in *Riv. Dir. Rom* 11, 2011, 1 ss.

zione possessoria da parte dell'*hereditas*: in particolare rileva l'inciso "*possessionem hereditas non habet quae facti est et animi* secondo cui la *possessio* è *facti est et animi*"¹⁰⁰.

Quest'ultima espressione si riferisce all'*amittere possessionem* da parte del pupillo: "all'*hereditas* non si può riconoscere la capacità di realizzare né l'aspetto materiale (*facti*) del *corpore possidere*, né l'aspetto dell'*animus possidere*; al pupillo si riconosce la possibilità di attuare fisicamente l'aspetto del *corpore possidere* che *est facti* quindi anche di *desinere possidere corpore* non invece *animus* data la sua incapacità di agire"¹⁰¹.

¹⁰⁰ Su questo inciso ci sono dubbi sollevati da M.G. SCACCHETTI, *Il dolo so depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47.4 del Digesto*, Milano, 1994; P. ZAMORANI, *Possessio*, cit., 50 ss.; C.A. CANNATA, *Dalla nozione di 'animus possidere' all'animus possidendi*, cit., 46 ss.

¹⁰¹ G. NICOSIA, s.v. *Possesso*, cit., 79 ss. A chiusura del paragrafo giova qui ricordare che l'ordinamento italiano riconosce al possessore il diritto alla preservazione, alla reintegrazione ed alla conservazione inalterata del suo potere sulla cosa potendo disporre delle azioni possessorie. Il possessore è tutelato, pertanto, in quanto possessore non rilevando né la buona fede né la titolarità del diritto reale. Il codice civile prevede, pertanto, l'azione di reintegrazione (artt. 1168, 1169) per le ipotesi di spoglio violento o clandestino e l'azione di manutenzione (art. 1170) per l'ipotesi di molestia. La prima mira a restaurare lo *status quo ante* e presuppone la sottrazione materiale della cosa al possessore; la seconda mira a conservare la situazione possessoria tutelandola. Diversamente dall'interdetto *retinendae possessionis* l'azione di manutenzione oggi tutela le situazioni possessorie qualificate, in riferimento all'oggetto, alla durata e ai caratteri esteriori dello stesso. Non tutela le cose mobili. Sono riconosciute anche le azioni di rinuncia quali la denuncia di nuova opera (art. 1171) e di danno temuto (art.1172).

Capitolo III

Il *constitutum possessorium* nel diritto romano

SOMMARIO: 3.1. Il concetto di *constitutum possessorium*. – 3.2. L'origine del *constitutum possessorium*: gli orientamenti della dottrina. – 3.3. Casistica e fonti. – 3.3.1. *Locatio* – 3.3.2. *Precarium*. – 3.3.3. *Retentio ususfructus*. – 3.4. Considerazioni su *constitutum possessorium* e *animus*.

3.1. *Il concetto di* *constitutum possessorium*

L'ambito di maggior incidenza del ruolo dell'*animus* e del *corpus*, fondamentale per una rinnovata valutazione delle categorie giuridiche relative al rapporto soggetto/cosa è senz'altro quello del trasferimento di una *res*.

Il *constitutum possessorium* è, come visto, uno dei modi di trasferimento di una cosa caratterizzato fondamentalmente dal mutamento dell'*animus* delle parti: il soggetto che possiede una *res* in nome proprio muta il suo animo e intende trasferire la *res* ad altri continuando a detenerla, tuttavia, a nome dell'acquirente¹⁰².

L'istituto si affianca alla *traditio brevi manu* nella quale chi detiene una cosa in nome altrui arriva a detenerla in proprio attraverso un mutamento della volontà.

¹⁰² Cfr. W.M. GORDON, *Constitutum possessorium*, in *Studi Biondi*, I, Milano, 1965, 301 ss. Per le fonti: Cl. 8.54; D. 6.1.77 (Ulp. 17 *ad ed.*).

Nei casi di *constitutum possessorium* e *traditio brevi manu* c'è un mutamento della situazione possessoria *solo animo* in quanto non interviene una consegna manuale della cosa: non difetta, però, l'acquisto *corpore possidere* da parte dell'accipiente il quale nella *traditio brevi manu* lo ha già prima dell'acquisto del possesso ed al quale nel *constitutum possessorium* è imputata la detenzione del precedente possessore.

Dall'analisi di

D. 41.2.18pr. (Cels. 23 dig.) “*Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium*”

deduciamo che il possessore, senza mutare la *causa possessionis*, diviene rappresentante del possesso altrui “... *et alium possessorem ministerio meo facio*”.

Il passaggio di configurazione dal possesso, quindi, alla detenzione in nome altrui con il venire meno nell'alienante dell'*animus possidendi*¹⁰³, cioè della condizione essenziale per il trasferimento del possesso, esprime una concezione spirituale molto ardita da parte di Celso.

Di tale concezione Azzone fu molto sorpreso al punto da affermare, a proposito della riserva di usufrutto, indicata come caso tipico di costituito possessorio nel diritto postclassico: “... *et est hoc unum mirabile mundi*”¹⁰⁴.

La natura spiccatamente spirituale di tale concezione indusse la dottrina ad avere dubbi sulla classicità del *constitutum*

¹⁰³ L. ARU, *Constitutum possessorium*, NNDI, IV, Torino, 1959, 300 s.; G. WESENBERG, *Fr. 18 pr. D. 41.2. Ein Beitrag zur Lehre vom constitutum possessorium*, in *Studi Albertario*, II, Milano, 1953, 43 ss.; L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, in *Archivio Giuridico*, 108, 1932, 244 ss.

¹⁰⁴ AZZONE, *Summa Codicis, Tit. de poss. 7-8*, Venezia, 1581.

possessorium e portò a limitare lo studio e l'individuazione dello stesso a singoli casi specifici individuabili nelle fonti.

3.2. *L'origine del* *constitutum possessorium*: *gli orientamenti della dottrina*

La tendenza a negare l'origine classica dell'istituto appare evidente in dottrina inizialmente con gli studi di Kniep¹⁰⁵, seguito da Ferrini¹⁰⁶ e successivamente da Schulz¹⁰⁷ e Luzzatto¹⁰⁸.

Tale orientamento si basa sulla considerazione che il *constitutum possessorium*, potendo essere ammesso solo nei limiti previsti per l'acquisto del possesso a mezzo di rappresentante, sarebbe stato possibile solo ed unicamente attraverso il *procurator* in quanto la giurisprudenza classica prevedeva l'acquisto solo a mezzo di tale figura.

Secondo Bonfante¹⁰⁹, in particolare, l'acquisto del possesso *per procuratorem* sarebbe stato riconosciuto alla fine dell'età classica allorché influssi orientali avrebbero contribuito a valutare maggiormente la volontà interna.

A favore della genuinità della fonte celsina si pronunciò, invece, Jhering¹¹⁰ che comunque valutava particolare l'orientamento del giurista e Riccobono¹¹¹ che individuò nell'istituto la natura di una *traditio effectiva*. In questo caso, secondo lo studioso, in mancanza dell'apprensione materiale della cosa,

¹⁰⁵ F. KNIEP, *Vacua possessio*, cit.

¹⁰⁶ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, IV, cit.

¹⁰⁷ F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, 73 ss.

¹⁰⁸ L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 244 ss.

¹⁰⁹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit.

¹¹⁰ R. VON JHERING, *Über den Grund*, cit.

¹¹¹ S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano*, Roma, 1933-34, 136 s. Cfr. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit.

il possesso si trasmetterebbe concretamente dal tradente all'accipiente che disporrebbe dell'oggetto attraverso l'antico possessore.

Albertario¹¹², invece, non ammise la classicità dell'istituto se non limitatamente al *procurator*.

Il riferimento esplicito di Celso al *procurator* potrebbe far concepire l'istituto come possibile nella prospettiva che il *procurator* aveva già titolo per possedere la cosa a nome del possessore: avendo il *procurator* già la detenzione della cosa da lui posseduta, infatti, una *traditio* al nuovo possessore, per quanto *ficta*, non avrebbe avuto significato concreto.

Oltre al riferimento di Celso al *procurator*, poi, l'osservazione relativa alla causa rivela anche l'attenzione, tipica di un giuriconsulto, di accordare la decisione al principio classico per cui nessuno può mutare a proprio favore la *causa possessionis*.

Da tale principio il giurista, effettivamente, non si discosta in quanto l'alienante non muta a proprio vantaggio la causa del possesso, ma cessa di possedere.

Del resto, se si assume che il possesso è determinato dall'esistenza di *corpus* e *animus*, il venir meno di uno di essi determinava il venir meno della *possessio*. Ciò sulla base che nel costituito possessorio verrebbe meno l'*animus*.

Difficile è anche affermare con certezza la possibilità che l'istituto si sia sviluppato unicamente nel diritto giustiniano. Si può ritenere, infatti, che in epoca postclassica dell'originario istituto classico se ne sia estesa l'applicazione.

Ciò potrebbe essere confermato dalla circostanza che la *rentio usus fructus*, indicata come forma tipica e diffusa di *constitutum possessorium*, fu riconosciuta nelle donazioni e nella dote da Teodosio nel 417 d.C.¹¹³.

Del *constitutum possessorium*, pertanto, non abbiamo una ricostruzione unitaria in quanto le fonti a riguardo sono piuttosto frammentarie.

¹¹² E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, II, cit.

¹¹³ CTh. 8.12.9.

Tutto questo ha comportato una valutazione dell'istituto da parte dei Glossatori quasi come di un atto *in fraudem legis*, una sorta di espediente cui si è accompagnato un certo disfavore della dottrina che influenza ancora oggi il pensiero giuridico moderno.

Di conseguenza lo studio dell'istituto prevalentemente non risulta autonomo, ma è per lo più collegato ad altri istituti e tematiche quali la procura, la *traditio* ed il concetto di materialità della *possessio*.

Il disfavore¹¹⁴ appare già evidente dall'analisi etimologica del termine *constitutum* che deriverebbe dalla dichiarazione solenne che doveva essere richiesta, nel diritto comune, al costituente: *constituo me pro alieno possidere*.

In tal senso è anche significativo che la dottrina maggioritaria fino alla fine dell'800 aveva tentato una conciliazione tra le varie forme di *facta traditio* e il principio contenuto in CI. 2.3.20 che esprime la necessità della *traditio* materiale:

“Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur”.

La conciliazione era, però, difficile e il riconoscimento del concetto di *constitutum possessorium* era ostacolato anche dalla considerazione dell'assenza dell'elemento materiale.

Era, infatti, tale elemento ad essere stato ritenuto capace di comportare il trasferimento del *dominium* e, pertanto, presupposto necessario del possesso insieme a quello intenzionale.

Ed è proprio, infatti, lo studio sull'elemento intenzionale ad essere estremamente complesso date le sue implicazioni relative al trasferimento per mutuo consenso.

La Glossa, seppure riconobbe la necessità nella *traditio* della *praesentia rei*, sostenne che la *res* fosse da considerare come

¹¹⁴J. BIERMANN, *Traditio ficta, Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage*, Amsterdam, 1968.

presente anche se percepibile solo con un senso e ciò per giustificare le forme di *traditio ficta* e *symbolica*.

Per giustificare le figure di *traditio ficta* già ammesse dalla pratica commerciale romana¹¹⁵ si era ritenuta indispensabile la *praesentia rei* salvo che la cosa fosse già in potere dell'acquirente.

Ma l'allievo di Jacopo Cuiacio, Uberto Gifanio¹¹⁶ ammise che in ogni *ficta traditio* vi era qualcosa *quod suppleat corporalem apprehensionem* e sostenne, così, l'incompatibilità del *constitutum possessorium* con la materialità della *traditio* e, di conseguenza, una erronea interpretazione di base della Glossa relativa a D. 41.2.18pr. (Cels. 23 dig.).

Lo stesso Azzone ammise la *fictio* nella *traditio*:

Summa codicis 742 “*Et in casibus fingitur tradidisse. Ut, si instrumentum rei tradat, vel usumfructum retineat, vel claves horreorum tradat, vel quia res donata erat in praesentia*”

ma, d'altro canto, come già ricordato, dichiarò relativamente alla *retentio usufructus*: “... *et est hoc unum mirabile mundi*”¹¹⁷.

Riccobono¹¹⁸, d'altra parte, contrapponendosi così alla posizione di Checchini¹¹⁹, svuotava di significato la *traditio* individuando un passaggio al mutuo consenso ben prima la scuola di diritto naturale.

In sintesi, i maestri del diritto comune si rendevano ben conto di come si stesse procedendo ben al di là della tradizione e di come non si potesse limitare la pratica nelle forme sancite dalle compilazioni nelle quali si era innovato attraverso *fictiones*, ma si erano mantenute inalterate le forme del diritto classico.

¹¹⁵ F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 68 ss.

¹¹⁶ *Lecturae altorphinae* (ad l. 20 D. 41.2), Francoforte, 1606.

¹¹⁷ AZZONE, *Summa Codicis, Tit. de poss.*, cit.

¹¹⁸ S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano*, cit.

¹¹⁹ A. CHECCHINI, *La traditio e il trasferimento della proprietà immobiliare nei documenti medievali*, Padova, 1914.

La scuola germanica, per la risoluzione del problema, spostò l'indagine sul possesso tentando di definirlo come un potere in potenza che può diventare in atto: nel primo caso si avrebbe la *traditio* e nel secondo le forme di *ficta traditio*.

Le fonti ci tramandano un possesso costituito da due elementi: *animus* e *corpus* e a questa visione si ricollega la necessità della *traditio* materiale contenuta in CI. 2.3.20.

Lo stesso Savigny¹²⁰ considerava l'elemento corporeo quale la fisica possibilità di operare sulla cosa in modo da allontanare ogni influenza estranea su di essa, ma su tale definizione espressero perplessità Windscheid¹²¹, Bruns¹²² e Jhering¹²³ per i quali un'apprensione materiale non sarebbe stata necessaria.

Alla fine, soltanto con il diffondersi degli studi storici del diritto romano, per giustificare la coesistenza di una formale *traditio propria* con le varie forme di *ficta traditio* la dottrina cominciò a formulare l'ipotesi del ricorso all'interpolazione.

Kniep¹²⁴ affermò che il *constitutum possessorium* poteva essere considerato quale acquisto mediato soltanto se classico come acquisto attraverso un *procurator omnium bonorum* oppure, quando tale ipotesi era impossibile, come risalente ai compilatori.

Ferrini¹²⁵ successivamente sostenne che l'acquisto del possesso si attuava con il *procurator omnium bonorum* conformemente all'insegnamento dei classici.

Da tale posizione differiva Riccobono¹²⁶ che considerava le varie forme di *traditio ficta* come il portato dell'influenza del

¹²⁰ F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht*, cit.

¹²¹ B. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, Torino, 1925.

¹²² C.G. BRUNS, *Die Besitzklagen des römischen und geutigen Rechts*, Weimar, 1874.

¹²³ R. VON JHERING, *Über den Grund*, cit.

¹²⁴ F. KNIEP, *Vacua possessio*, cit., 220 ss.

¹²⁵ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, IV, cit.

¹²⁶ S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano*, cit.

mondo orientale che non concepiva se non l'interpretazione della volontà attraverso i documenti contro la formalità dei trasferimenti romani.

Giustiniano avrebbe così conservato la tradizione romana seppure svuotandola di ogni valore ammettendo forme di tradizione immaginaria presunta attraverso la volontà delle parti.

Da ciò derivavano due ipotesi possibili per il *constitutum possessorium* e cioè che questo istituto o sarebbe stata la forma più estrema di *ficta traditio* in cui l'elemento materiale era soppresso a vantaggio del ruolo dell'indagine sulla volontà¹²⁷ oppure era l'espedito preesistente nella prassi giuridica alle Compilazioni ad ovviare la necessità della *traditio* e, quindi, limitatamente applicato dai compilatori che preferivano altri mezzi.

Da entrambi questi orientamenti se ne potrebbe dedurre le ragioni della scarsità delle fonti a riguardo.

In ordine al secondo orientamento, minoritario rispetto al primo¹²⁸, va ricordato che De Francisci ravvisava negli acquisti del diritto romano classico un mero trasferimento di cose e non di diritti¹²⁹: un tale orientamento svuotava il peso dell'elemento spirituale rispetto a quello materiale con il risultato che ogni concezione di *traditio ficta* non sarebbe pensabile nel mondo romano.

Ciò, però, mal si conciliava con quegli acquisti non materialmente immediati che sembrano invece essere stati ammessi nella pratica commerciale romana.

Bonfante¹³⁰, invece, giustificava la mancanza di formalità della *traditio* nel fatto che questa diventò mezzo di acquisto generico e non più per le sole *res nec mancipi*: nel mondo giustiniano così si sarebbe affermata la solennità amministrativa

¹²⁷ F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 68 ss.

¹²⁸ F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 68 ss.

¹²⁹ P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924.

¹³⁰ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., 311 ss.

e locale per le cose socialmente più importanti e presa di possesso per le cose di minore importanza.

Da tale ultimo orientamento potrebbe scaturire la seguente valutazione: il trasferimento del possesso nel costituito possessorio sarebbe potuto avvenire all'infuori di alcuna solennità attraverso un nudo atto di volontà delle parti, atto che si desume dall'atteggiamento e da alcune manifestazioni di esse. E ciò a proposito dei negozi quali la locazione, il precario, la ritenzione di usufrutto.

Ciò chiaramente va rapportato alla considerazione che la forma a Roma appare completamente aderente all'intenzione delle parti tanto da non poter concepirsi distinta da essa. Sol tanto con l'attenuarsi del senso di solennità è possibile un'indagine della volontà motrice dell'atto.

Ne consegue che solo il disgregarsi della forma potrà rendere concepibile la nascita del *constitutum possessorium*.

Indispensabile, a questo punto, la valutazione delle scarse e spesso non lineari fonti sull'istituto.

3.3. *Casistica e fonti*

Il fondamento teorico del *constitutum possessorium* risale, come visto, a Celso:

D. 41.2.18pr. (23 dig.) “*Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium*”.

Di questo passo interessanti sono, senza dubbio, le applicazioni nella casistica riferita particolarmente agli istituti della locazione, del precario e della ritenzione di usufrutto, su cui è necessario soffermarsi.

Lo studio di tali istituti, infatti, è molto complesso anche a causa dei dubbi formulati dalla dottrina circa la genuinità delle fonti ad essi riferite. Occorre, pertanto, individuare in primo luogo le testimonianze più rilevanti sul tema e analizzare, poi, i singoli casi.

Relativamente al *precarium* riferimenti testuali sono individuati in:

D. 43.26.6.3 (Ulp. 71 *ad ed.*) “*Iulianus ait eum, qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario, neque existimare sibi ipsum causam possessionis, mutare cum voluntate eius quem deiecit coeperit precario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere*”;

D. 43.26.22pr.-1 (Venul. 3 *interd.*) “*Si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere rem liceat, vel is, qui alienam rem emisset, dominum rogaverit: apparet eos precario possidere. nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere: nam et si id quod possideas alium precario rogaveris, videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere: et contra si possessorem precario rogaverit qui rem avocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio, quae aliena sit. 1. Si pupillus sine tutoris auctoritate precario rogaverit, Labeo ait habere eum precariam possessionem et hoc interdicto teneri. nam quo magis naturaliter possideretur, nullum locum esse tutoris auctoritati: recteque dici ‘quod precario habes’, quia quod possideat, ex ea causa possideat, ex qua rogaverit: nihilque novi per praetorem constituendum, quoniam, sive habeat rem, officio iudicis teneretur, sive non habeat, non teneatur*”;

D. 41.4.6pr. (Pomp. 32 *ad Sab.*) “*Qui, cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest: quid porro inter eas res interest, cum utrobique desinat ex prima causa possidere, qui precario vult habere?*”.

Del *constitutum possessorium* attraverso l'assunzione di un rapporto di *locatio* ne abbiamo testimonianza in:

D. 6.1.77 (Ulp. 17 *ad ed.*) “*Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam. proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset*”;

D. 41.2.19pr. (Marcell. 17 *dig.*) “*Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit: quaero, utrum desinat possidere an non. respondi: in promptu est, ut possidere desierit*”;

D. 41.2.21.3 (Iav. 7 *ex Cass.*) “*Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur*”.

Per la *retentio ususfructus* le fonti di riferimento sono:

CI. 8.53.35.5 (a. 530) “*Sed si quidem in omnibus supra dictis casibus usus fructus fuerit a donatore retentus, et traditionem iure intellegi fieri*”

e

CI. 8.53.28 (a. 417) “*Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usum fructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, ne quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usum fructum retinere, quod tradere*”.

Il passo corrisponde a CTh. 8.12.9 che va collegato a CTh. 8.12.8 in cui vi era il divieto che l'*exceptio ususfructus* valesse a sostituire la *traditio*.

Si è per lungo tempo visto un esempio di *constitutum* anche nel caso della *societas omnium bonorum* contemplato in:

D. 17.2.1.1 (Paul. 32 *ad ed.*) “*In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*”;

D. 17.2.2 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) “*Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire*”.

Su tale caso, tuttavia, Riccobono¹³¹ espresse perplessità in quanto vi riconosceva, piuttosto, una *traditio brevi manu* considerando, tra l'altro, l'espressione *continuo communicantur* come una sostituzione dei compilatori alle forme singole di comunicazione quali *traditio*, *mancipatio* e *in iure cessio*.

In generale va subito notato che, mentre a proposito del *constitutum* del precarista si parla di un possesso di questi, nella locazione non si parla di *possessio* del conduttore e, quindi, non risulta il concetto di possessore in nome altrui ad eccezione di D. 41.2.18pr. (Cels. 23 *dig.*).

Relativamente, poi, alla *retentio ususfructus* è da notare che in essa è espressa l'equazione *idem est retinere usum fructum quod tradere* e da essa si avrebbe la testimonianza dell'utilità pratica del *constitutum possessorium* ad evitare la necessità della *traditio* materiale.

Ritornando al passo contenuto in D. 41.2.18pr. (Cels. 23 *dig.*) quale fonte di riferimento per noi fondamentale all'individuazione delle radici della teoria del trasferimento del possesso attraverso la nuda volontà delle parti, già Kniep¹³² rilevò come fosse singolare che un giurista quale Celso facesse una così innovativa applicazione di un acquisto per interposta per-

¹³¹ S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in *ZSS*, 33, 1912, 269.

¹³² F. KNIEP, *Vacua possessio*, cit., 220 ss. citava anche Gaio 2.95. “*et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse*”, ma i successivi studi del codice veronese misero in luce che il supposto *procurator* fosse da intendersi come *persona*.

sona tenuto conto che ai suoi tempi e anche successivamente fino ai tempi di Paolo, si poneva in dubbio l'acquisto del possesso attraverso un "*procurator omnium bonorum*"¹³³: D. 41.3.41 (Nerat. 7 membr.) "... *quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat*".

I sospetti di alterazioni nel passo sono stati, tuttavia, per lo più desunti non dall'analisi diretta del passo in questione, ma dalla convinzione che negli altri frammenti non si potesse parlare di *constitutum possessorium* ai tempi di Celso.

Si potrebbe, pertanto, affermare che il passo avrebbe potuto avere una formulazione espressiva più ampia da parte dei compilatori che non ne avrebbero alterato, però, il contenuto iniziale.

Sulla configurazione del *constitutum possessorium*, in base alle fonti e ai casi in esse trattati, ritengo particolarmente rilevante l'analisi di Luzzatto¹³⁴.

In base agli studi dello studioso, infatti, almeno nella seconda parte del frammento, potrebbero evidenziarsi segni di interpolazione.

Un indizio potrebbe essere l'uso di una congiunzione disgiuntiva per introdurre la seconda parte, laddove l'introduzione serviva ai compilatori come ponte per proporre nuovi enunciati.

Qui, poi, la spiegazione sarebbe stata introdotta in modo non lineare, servendo solo a preparare l'introduzione dell'acquisto mediato del possesso che è dato attraverso il *ministerium* altrui di un *procurator*.

Ma soprattutto appare dubbia l'origine classica dell'inciso *alieno nomine possidere* ripetuto più volte nel frammento¹³⁵.

¹³³ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, IV, cit.

¹³⁴ L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 244 ss.

¹³⁵ Cfr. E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, in *BIDR*, 40, 1932, 5 ss. L'espressione si trova in Celso, ma non in Gaio che per *colonus* e *inquilinus* usa l'espressione "*est in possessione nostro nomine*" e nemmeno in altra fonte pregiustiniana. Nei Digesti troviamo un "*possidere pro alieno*" in D.

41.3.13pr. (Paul. 5 ad Plaut.). “*Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus*”. Nel Codice Giustiniano la *possessio alieno nomine* non ricorre, prima di Costantino, che nel testo di CI. 7.30.1 (a. 226). “*Qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere. Neque enim colono vel conductori praediorum longae possessionis praescriptio quaeritur*”. Ma basterà pensare che la configurazione della *possessio alieno nomine* del conduttore è in funzione del *corporaliter possidere* di questo per comprendere come le due espressioni sarebbero state introdotte parallelamente. Come risulta dagli studi di G. SCHERILLO, *Possessio naturalis*, in *Rend. Ist. Lombardo*, 63, 1930, 525, nei Digesti *possessio corpore* in periodo classico è l'elemento materiale del possesso in contrapposizione al volere, che solo aggiungendosi a questo, preesistente o contemporaneo, dà luogo alla *possessio*. In diritto giustiniano è una categoria autonoma che si contrappone alla *possessio animo*. Conseguenza di tale costruzione è l'inserimento nella concezione del possesso di quelle figure che per mancanza dell'*animus* di detenere in proprio non erano mai come tali considerate nel diritto classico. Inserimento che si verifica precisamente ed esclusivamente in quella categoria della *possessio* che viene appunto creata in contrapposizione alla *possessio animo*, in quanto mera detenzione senza volontà di avere in proprio. Tolto il *corporaliter* ed il concetto che ad esso è immediatamente connesso, non appare improbabile che il contenuto del rescritto di Severo fosse il seguente: “*Conductor, quamvis rem teneat, non tamen possidet. Neque enim conductori praediorum longae possessionis praescriptio quaeritur*”. Si può, pertanto, ritenere il concetto di *possessio* in nome altrui ignoto all'età di Diocleziano. Con Costantino l'espressione appare insieme per altro a un completo oscuramento della nozione di *possessio* attraverso l'influenza di orientamenti greco-orientali di fronte ai quali era inconcepibile la nozione romana. La *possessio alieno nomine* appare per l'età di Costantino in CI. 3.19.2 (a. 331) e in CI. 8.5.1 (a. 326); in CI. 7.39.2 (a. 365), CI. 10.48.12.4 (a. 382), CI. 11.7(8).7.1 (a. 380), CI. 11.66.3 (a. 376) per l'età da Costantino a Teodosio; in CI. 7.32.12 (a. 531-2), CI. 7.39.7.2b (a. 525) e forse in CI. 4.65.35 per l'età di Giustiniano. L'espressione per l'età di Costantino è lontana ancora dall'aver un senso tecnico ben preciso. Siamo in periodo di oscuramento dei concetti romani senza che ancora appaiano ben chiare le concezioni che alle antiche si intendono sostituire. Traccia di tale situazione troviamo anche nell'impiego della *possessio alieno nomine* in incisi non chiari ... “*patrimonia quae dignitatem proprio nomine videntur possidere*” in CI. 10.48.12.4 o non precisi “... *sibi potius quam alteri possidere*” in CI. 7.39.2 nella sostituzione di “*quolibet, quocumque modo a quocumque ex titulo possidere*” (CI. 11.62.12.1; CI. 3.19.2) espressioni che adombrano con indeterminatezza la *possessio alieno nomine*. Del resto, non mancano ele-

Più specificamente è la figura del possessore in nome altrui a non essere nota alla classicità romana: un giurista classico non avrebbe affermato, infatti, del conduttore, del colono, dell'usufruttuario, che possedevano, ma che erano *detentores*, che *rem alienam tenent domini voluntate*, che *sunt in possessione*, in quanto il possessore era inteso come colui che deteneva la cosa con l'intento di averla come propria.

Non sembra rilevante, invece, per Luzzatto¹³⁶ il passaggio dalla costruzione personale all'infinitiva.

La stessa costruzione personale non è qui, come spesso accade, in funzione di una diretta formulazione del caso concreto, ma di una rappresentazione astratta come l'infinitiva che segue.

Ma se il concetto e l'espressione di *possidere alieno nomine* sono sconosciuti ai classici, ne conseguirebbe l'origine compilatoria dell'inciso iniziale ed il finale del frammento nei quali è ripetuta quest'originale figura del possessore in nome altrui.

Che quello espresso non fosse il pensiero di Celso potrebbe apparire nella seconda parte: *nec enim muto ... ministerio meo facio*.

In questa è, invece, detto, appunto correttamente, che attraverso la cessione del possesso ad altri, non si diviene possessori *alieno nomine*, ma si *desinit possidere* e questo soltanto doveva, probabilmente, essere il pensiero di un classico.

menti a far supporre che tale espressione fosse priva di un qualsiasi senso tecnico. La revisione dei libri censuarii e la maggior severità fiscale che accompagnarono il censimento del 305 e nello stesso tempo il preminente valore dato alla scrittura sulla solennità esterna, – che nel campo delle *possessiones* trova la sua sanzione nella CTh. 11.3.5 e nella Nov. 11.27 – rendono molto verosimile l'ipotesi – sorgente da espressioni come “... *vi in suis conscripti locis proprio nomine libris cesualibus detinentur*” (CI. 11.48.4.1) – che *possessio alieno nomine* da Costantino a Teodosio non significhi nulla più che *possessio* di colui che risiede sul fondo, mentre altri è iscritto come titolare della *possessio* nei registri fondiari. È questa l'unica interpretazione che renderebbe comprensibili i “*patrimonia quae dignitatem proprio nomine videtur possidere*”.

¹³⁶L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 244 ss.

Non è facile ricostruire a quale titolo Celso abbia scritto l'inciso, ma nell'*alieno nomine possidere*, alla luce degli studi della dottrina, è probabile ravvisare la tentata costruzione di un rapporto corporeo mediato attraverso l'esercizio diretto dei poteri da parte di un libero rappresentante del *dominus*.

Lenel nella Palingenesi lo conserva nel titolo dei *Digesta De acquirenda et retinenda possessione*, ma i compilatori evidentemente fecero dell'inciso la base di un acquisto mediato dal possesso e, quindi, il fondamento teorico del *constitutum possessorium*.

Constatato l'orientamento dottrinario che nega la classicità del frammento fondamentale nel quale è costruita la teoria del *constitutum possessorium*, anche in altri frammenti, nei quali sarebbero contenute le applicazioni di questo istituto, la dottrina esprime numerosi dubbi.

Ciò in ordine alla locazione, al *precarium* e alla *retentio usufructus*.

3.3.1. Locatio

In particolare dagli studi di Schulz¹³⁷ sul frammento contenuto in D. 41.2.21.3 (Iav. 7 *ex Cass.*):

“Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur”

si può evincere che il giurista prospettava il caso dell'assunzione di un rapporto di locazione da parte del precarista di un fondo rogato ad un *non dominus*, dal vero proprietario del fondo stesso.

Per la giurisprudenza classica si poteva parlare di *possessio* del precarista in quanto questi aveva sulla cosa tutti i poteri che erano sottoposti solo ad una eventuale risoluzione.

In ordine al possesso del fondo Giavoleno riteneva che il

¹³⁷ F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 80 ss.

fondo ritornasse al *dominus* che lo acquistava mediatamente attraverso il conduttore.

Si avrebbe, qui, dunque, un'applicazione concreta del *constitutum possessorium*, ma la formulazione del caso non sarebbe corretta e coerente al pensiero dei classici.

Schulz¹³⁸, per dimostrare l'interpolazione dell'ultima parte dell'intero passo del testo dei *Digesta* in questione, richiamò l'interpolazione già nota da lungo tempo in D. 6.1.58 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*): in una costruzione giuridica analoga non è genuina l'idea del trasferimento del possesso (*possessio ... transfertur*).

Soluzione corretta sarebbe stata l'ammettere che il precarista *amittit possessionem* dato che ogni conduttore non possiede.

Ma se la *possessio* si intende come acquisita al vero proprietario si contraddirebbe l'insegnamento classico che il possesso *solo animo apisci non potest*.

D'altra parte, secondo Luzzatto¹³⁹, una tale costruzione dell'acquisto del possesso attraverso un conduttore confermerebbe l'esattezza dell'interpretazione riguardo alla *possessio alieno nomine*.

Il possesso per i compilatori figura acquisito, infatti, in quanto il conduttore compierebbe l'apprensione con l'*animus* del proprietario e, quindi, rappresenterebbe il *dominus* stesso nell'atto dell'apprensione corporale.

L'interpolazione della seconda parte del frammento, dunque, sarebbe coerente con la costruzione del passo di Celso e le due, integrandosi, chiariscono in proposito il pensiero dei compilatori.

Analogo praticamente il caso prospettato nel riferimento di D. 41.2.19pr. (Marcell. 17 *dig.*) sebbene, qui, non si tratti del precarista, ma di un possessore in seguito ad acquisto in buona fede.

¹³⁸ F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 80 ss.

¹³⁹ L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 256 ss.

Se costui prende in affitto dal vero proprietario il fondo acquistato da un *non dominus* cessa di possedere.

Qui, pertanto, correttamente non è affatto detto che il possesso torni al *dominus*.

E, malgrado, come afferma Schulz¹⁴⁰, tale riacquisto poteva essere per i compilatori sottointeso, resta, comunque, la mancanza nel testo della rappresentazione di un costituito possessorio che viene richiamato, invece, soltanto in modo indiretto.

Bonfante¹⁴¹ riprese in esame D. 41.2.32.1 (Paul. 15 *ad Sab.*) come formulazione di un caso di costituito possessorio:

“Si conductor rem vendidit, et eam ab emptore conduxit, et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet”.

L'autore dimostrò che solo per un equivoco tale decisione è citata per il costituito possessorio: poiché, qui, non si tratterebbe, infatti, di un *possessionem apisci*, ma di un *retinere possessionem per colonum* il che risulta perfettamente coerente all'insegnamento dei classici.

A riguardo Luzzatto¹⁴² espresse perplessità sulla effettiva formulazione del passo da parte di Paolo per motivi di forma e di contenuto: la costruzione di un colono che mantiene il pagamento della locazione ad entrambi i proprietari spinge a pensare ad una esercitazione scolastica sull'*animus retinere possessionem*.

Per concludere in tema di locazione, resta il citato frammento D. 6.1.77 (Ulp. 17 *ad ed.*) oggetto di studio sia per il costituito possessorio sia per il mutato criterio del mondo bizantino di fronte alla donazione:

“Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei compe-

¹⁴⁰ F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 80 ss.

¹⁴¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit.

¹⁴² L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 256 ss.

tere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam. proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset”.

È, infatti, attraverso le norme sancite per la donazione e contenute in CI. 8.53 che si sarebbe iniziato lo sgretolamento della classica *corporalis traditio*.

In esso è contemplato il seguente caso: una *mulier* dona per lettera a un soggetto che non è il marito, un fondo senza che segua la tradizione corporale perché altrimenti il fondo stesso sarebbe acquisito personalmente e non *per colonam*.

Nella lettera di donazione la *mulier* richiede di continuare a restare nel fondo come colona.

Il problema, qui, è capire se il donatario che non ha compiuta l'apprensione corporale ha o meno un'*actio in rem*. Non vi è detto qui quale sia: può essere la *rei vindicatio* o l'*actio Publiciana* a seconda che si tratti di fondo italico o provinciale.

Ulpiano giustificerebbe tale risoluzione con il fatto che il donatario avrebbe acquistato il possesso attraverso la donatrice *veluti per colonam*.

Ci troviamo di fronte alla rappresentazione più decisa del costituito possessorio nel *Corpus Iuris Civilis* ed alla più caratteristica formulazione dell'idea dell'acquisto compiuto corporalmente per mezzo di altri quando costoro vi si apprestino con l'*animus* del proprietario.

Alla rappresentazione del costituito possessorio segue il requisito che il donatario si trovi sul fondo al momento in cui giunge l'epistola, necessario e sufficiente a stabilire la tradizione come avvenuta, qualora la donatrice non avesse preso in affitto il fondo e, quindi, non si fosse verificata la presa di possesso *per colonam*.

Secondo Luzzatto¹⁴³ questo secondo punto non è messo in

¹⁴³L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 261 ss.

evidenza dai commentatori in modo sufficiente. Ma la dottrina è divisa sul punto.

Bonfante¹⁴⁴ vi vedeva una seconda ipotesi di rinforzo al costituito possessorio.

Solo Schulz¹⁴⁵ vi vide il requisito del porre i piedi sul fondo locato, necessario alla presa di possesso e probabilmente in relazione con la pretesa della presenza della cosa, riconosciuta necessaria in molti testi che vengono citati per la *traditio ficta* quale D. 41.2.51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*).

In ogni modo questa seconda parte nella quale è contenuta l'ipotesi classica di trasferimento passa in seconda linea attraverso l'introduzione compilatoria di un costituito possessorio e diventa soltanto un sostitutivo di questo, quando l'apprensione del possesso *per colonam* non possa aver luogo per la mancanza del rapporto di colonia.

Quanto al punto nel quale sarebbe raffigurato un costituito possessorio, Luzzatto¹⁴⁶ ne riconosceva l'interpolazione seguendo per lo più l'orientamento prevalente in dottrina che vede l'interpolazione dell'inciso *posse defendi ... veluti per colonam*.

Schulz¹⁴⁷ meglio, seguendo l'ordine dato da O. Lenel nella

¹⁴⁴ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit.

¹⁴⁵ F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 68 ss.

¹⁴⁶ Sulla *traditio ficta*: D. 41.2.51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*) “*Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emerit et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto banc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nibilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda*”. Su D. 6.1.77 (Ulp. 17 *ad ed.*) vedi L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 257 ss.

¹⁴⁷ F. SCHULZ, *Einführung*, cit. 93 ss.; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I-II, 1887-1889.

Palingenesi vi ravvisa la *rei vindicatio* in seguito alla *traditio* di un fondo provinciale.

Infine, Kniep¹⁴⁸ suppose che Triboniano fosse intervenuto sul punto *defendi in rem ei dandam esse* trasformandolo in *posse defendi in rem ei competere*.

Nel qual caso sarebbe contenuto nel frammento un indizio serio che Ulpiano reagisse contro la pratica di un costituito possessorio già invalsa nelle province orientali. La promessa, infatti, di pagare il tributo contenuta nell'epistola che ci riportano i Basilici dimostra che si trattava appunto di un tale fondo e, inoltre, di essi si suppone che Ulpiano trattasse nel libro 17 *ad edictum*.

Senonché una ricostruzione *a contrario* quale quella supposta da Kniep¹⁴⁹, senza una ben fondata base esegetica, risulta assai azzardata e contrasta con la lettera dello scolio di Stefano il quale molto probabilmente individuò il testo classico pur interpretandolo alla stregua della nuova legislazione.

Vi sono, poi, ulteriori motivi formali a sostegno dell'interpolazione sostenuta da Schulz¹⁵⁰: le espressioni *proponere – posse defendi*, *l'ipse* in luogo di *is* frequentissimo nei testi interpolati, *actionem competere* laddove un classico avrebbe detto *actionem dandam* e soprattutto l'espressione *veluti per colonam* che non ha senso in quanto la donatrice nella fattispecie è realmente colona e che non si giustifica se non attraverso la corrispondenza con il greco ὡς κολώνης.

Tali motivi esegetici di dubbio restano nella ricostruzione di Kniep¹⁵¹.

È, pertanto, preferibile la ricostruzione più semplice di Schulz¹⁵²: "*Quaedam mulier fundum ita non marito donavit per*

¹⁴⁸ F. KNIIEP, *Vacua possessio*, cit., 250 ss.

¹⁴⁹ F. KNIIEP, *Vacua possessio*, cit., 250 ss.

¹⁵⁰ F. SCHULZ, *Einführung*, cit., 93 ss.

¹⁵¹ F. KNIIEP, *Vacua possessio*, cit., 250 ss.

¹⁵² F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, 93 ss.

epistulam: 'scias me tibi hunc fundum donavisse eumque penes me esse ex conducto in annos tot ita, ut annonas quoque singulis annis praestem'. Proponebatur eum, cui donatio facta sit, in eo fundo fuisse cum epistula emitteretur".

Va sottolineato, inoltre, che il frammento confligge con la *lex Cincia* che richiede la *mancipatio* per la convalida della donazione nel qual caso il costituito possessorio sarebbe costruito come sotterfugio contro tale legge.

Inoltre, con esso contrasta la regola classica *rei suae conductio consistere nequit*.

Ma né l'una né l'altra obiezione hanno valore. La prima urta contro il fatto che non si poteva trattare di *mancipatio* nei riguardi di un fondo provinciale come qui; la seconda cade senz'altro ove si pensi che nell'atto di assumere il fitto la donatrice non è già più proprietaria.

Dimostrata, anche attraverso questo frammento, la possibilità di individuare l'interpolazione del costituito possessorio nel rapporto di locazione occorre esaminare i passi riguardanti il costituito del precarista e la *retentio ususfructus*.

3.3.2. Precarium

In D. 43.26.6.3 (Ulp. 71 *ad ed.*) viene contemplato il caso di colui che, spogliato con la forza il possessore di un fondo, roga, poi, questo da quello *in precario*.

A questo punto qualora si ravvisi nel precarista un possessore in nome altrui, in una tale costruzione sarebbe indicato senza alcun dubbio un costituito possessorio.

Inoltre, seppure l'acquisto del possesso ad altri attraverso la rogazione di precario non possa essere esplicitamente contenuto nel frammento D. 43.26.6.3 (Ulp. 71 *ad ed.*), sembra esserlo, invece, nell'ultima parte del frammento 22.

Non vi è dubbio, quindi, secondo Luzzatto¹⁵³ che per i

¹⁵³L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 266 ss. Si veda: P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, Milano, 2006; A. STEINWENTER, s.v. *Precarium*, in *PWRE*, XXII.2, Stuttgart, 1954.

compilatori l'assunzione *a precario* da parte del possessore era considerata come un caso di costituito possessorio.

Il possesso del precarista quale appare nei Digesti, con tutte le sue contraddizioni ed incertezze, non valeva, così, per i classici e sarebbe il risultato di un duplice ordine di interpolazioni rispecchianti una lunga evoluzione storica, col successivo scomparire della posizione particolare del precario, fino all'inclusione di questo nei contratti in:

D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*) “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium. dolum et culpam mandatam, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*”.

Prescindendo dalle origini di questo istituto alquanto ipotetiche, da una donazione fatta dal patrono a taluno dei propri clienti e dalla considerazione del precarista alla stregua del possessore, di un *ager publicus*, il precario nelle fonti si presenta come una concessione in seguito a *rogatio* fino a quando duri identica la volontà del concedente:

D. 43.26.1 (Ulp. 1 *inst.*) “*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*”.

Riguardo al valore di una simile concessione vi sono notevoli e difficilmente sanabili contraddizioni fra i testi: nella più gran parte di questi si afferma che il precarista possiede, ma

altrove questo si nega e lo stesso possesso viene variamente configurato, ora come possesso in proprio ora come possesso in nome altrui.

D'altro lato da un lato si afferma che il concedente possiede e dall'altro si nega.

Trebazio, Giuliano, Sabino avrebbero ammesso una doppia *possessio* coesistente, combattuta a fondo da Labeone, il cui atteggiamento sarebbe stato seguito da Paolo.

Tutti questi orientamenti trovarono un posto coerente però perfettamente conciliabile nella teorica costruita per il precario dai compilatori; mentre si giustificano nella critica attraverso l'evoluzione storica dell'istituto del precario.

Che il precarista possedesse nel periodo più antico appare quasi indubbio: il possesso del precarista era in proprio, ma si trattava di *vitiosa possessio* nelle sue origini *nec vi nec clam precario* il che impediva l'usucapione a favore del possessore *ex precario*.

Anche prescindendo dalla dubbia origine, è certo che il precario era in antico quasi completamente assimilabile alla donazione con la sola differenza della sua non definitività.

Il fatto, poi, che la revoca della concessione avvenisse soltanto in rari casi e che fuori di questi il precario durava oltre la vita del concedente e del concessionario e il fatto della libertà quasi piena da parte di questi di disporre liberamente della cosa ricevuta, facevano sì che il precarista nei tempi più antichi fosse considerato come un vero possessore in proprio e che la considerazione del concedente, fino a che egli non si avvaleva dell'interdetto *quod precario*, esulasse completamente da questo istituto.

Argomento più valido ancora per il possesso in proprio del precarista vien tratto dall'*exceptio precariae possessionis* contemplata sia nell'interdetto *uti possidetis* che nell'interdetto *unde vi*.

Scialoja¹⁵⁴ sostenne che se questa eccezione si ritiene pre-

¹⁵⁴ *Le interpolazioni dei testi delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme. Un esempio: animus novandi*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, 1935, 407 ss.

cedente all'interdetto *quod precario* ne consegue che il precarista era considerato come possessore, perché poteva servirsi degli interdetti contro i terzi, essendo l'eccezione relativa al solo concedente *alter ab altero*.

Se, invece, l'eccezione è posteriore all'interdetto si può ritenere che se nonostante l'interdetto il precarista fu dichiarato possessore, a maggior ragione doveva esser tale anche prima.

Rimane, dunque, che nei rapporti più antichi il precarista era possessore e possessore in nome proprio. Quanto al concedente la questione della posizione di esso sorge assai più tardi e probabilmente soltanto come conseguenza del fatto che l'interdetto *quod precario*, essendo basato sopra l'*habere precario* e stabilendo pertanto un rapporto per il futuro, rendeva più stretti i rapporti fra precarista e concedente ed introduceva l'indagine sulla posizione di questo all'infuori dei due momenti della concessione e della pretesa di restituzione, che soli entravano prima praticamente in causa.

A tal proposito Trebazio e i Sabiniani ammettevano la coesistenza del duplice possesso, nel concedente e nel precarista.

Contrariamente si ponevano Labeone, i Proculiani e Paolo, fondandosi probabilmente sull'assoluta posizione di indipendenza del precarista – tanto che difficilmente si potrebbe raffigurare un rapporto corporale tra il conducente e la cosa – ed adducendo ancora giustamente l'inconcepibilità di due possessi sulla stessa cosa, entrambi in proprio, entrambi *animus et corpore*.

Una parte notevole della giurisprudenza classica negava che attraverso la *precarii rogatio* si mantenesse il possesso nel concedente. E questi non poteva in alcun modo essere da un giurista classico riconosciuto possessore in quei casi in cui la concessione veniva rogata da un *dominus* non possessore – come in D. 43.26.6.3 (Ulp. 71 *ad ed.*) – perché se poteva in qualche maniera essere ammesso un *retinere possessionem per precarium*, un sostenere l'*apisci possessionem* era qui ben più grave che in un qualsiasi rapporto di locazione dato il ben differente *animus* del precarista.

È questo lo stato di diritto del precario per tutta l'epoca classica; il precarista possiede in proprio; è più che dubbio se il concedente possieda anch'esso; in ogni modo è plausibile che ove non possedesse in precedenza, non acquistava certamente il possesso attraverso l'apprensione del precarista, perché ciò era in contrasto con il fondamentale insegnamento dei giuristi classici *possessio per liberam personam acquiri non potest*.

Si nota, però, un successivo indebolimento nella nozione dei presupposti del precario, tanto è che forse già antecedentemente alla compilazione, nell'impossibilità di giustificarlo altrimenti, si individuano nelle fonti richiami al comodato, come evidente nelle fonti:

D. 43.26.1.3 (Ulp. 1 *inst.*) “*Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat*”;

D. 43.26.8.3 (Ulp. 71 *ad ed.*) “*Eum quoque precario teneri voluit praetor, qui dolo fecit., ut habere desineret, illud adnotatur, quod culpam non praestat is qui precaria rogavit, sed solum dolum praestat, quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat. nec immerito dolum solum praestat is qui precario rogavit, cum totum ex liberalitate descendat eius qui precario concessit et satis sit, si dolus tantum praestetur. culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit*”.

E seppure questi furono introdotti nella pratica, per il precario a termine e dietro compenso venne naturale di ricorrere analogicamente alla locazione.

Si trattava forse solo di accostamenti a scopo di chiarificazione pratica, privi di ogni significato tecnico.

L'orientamento venne portato alle sue ultime conseguenze da parte dei compilatori per i quali il precario se gratuito era in tutto assimilabile al comodato e se con mercede alla locazione.

Nella CI. 7.39.2 il conduttore di fondi è chiamato *precario possidens*¹⁵⁵.

Conseguenze di questa completa parificazione sono: il precario perde ogni carattere peculiare e viene inserito tra i contratti, come evidente in D. 50.17.23 (Up. 29 *ad Sab.*); viene costruito un *precarium possessionis* in antitesi con il *precarium proprietatis* in quanto dal nuovo punto di vista il concedente trattiene per sé il dominio e trasferisce solo il godimento della cosa come in una ordinaria locazione.

Infine, il precarista non sfugge alla valutazione bizantina dei rapporti di locazione e usufrutto e diviene da possessore in nome proprio un possessore in nome altrui e precisamente del concedente al quale con il fatto proprio può ormai acquistare il possesso come evidente in CI. 7.39.2, CI. 4.65.33, CI. 8.40.10.

Solo attraverso questa strada è possibile spiegare la confu-

¹⁵⁵In D. 41.2.10.1 (Ulp. 69 *ad ed.*) e in D. 41.3.33.6 (Iul. 44 *dig.*) secondo L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 266 ss. il precario, che si contrappone alla locazione non è quello a compenso, ma il gratuito o dietro pagamento *nummi unius*. Si tratterebbe non di una contrapposizione della locazione al semplice precario, ma di questa al precario ormai parificato in tutto al comodato. Secondo lo studioso ormai il precarista viene considerato non più come possesso, ma come *in possessione custodiae causa* e ancora in 33.6 la costruzione del *precarium possessionis* sarebbe parallela alla parificazione del precarista al conduttore. G. SCHERILLO, *Possessio naturalis*, cit., tentò di salvare, invece, come classico il contenuto dei due passi in relazione alla sua ipotesi di un precario di detenzione già nel mondo classico. Ciò pur riconoscendovi motivi formali di sospetto ed anche talune interpolazioni di carattere sostanziale. Non pare accettabile per L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 266 ss. tale tentativo in quanto tutto il pensiero dominante è postclassico e giustiniano. Solo attraverso la completa alterazione del concetto di possesso e quella compiuta trasformazione del precario che porta all'inclusione di questo nei contratti sarebbe possibile, infatti, concepire un distacco così radicale. Si potrebbe parlare di possesso e di detenzione per uno stesso istituto solo quando sia completamente oscurato il netto taglio logico fra le due concezioni. Perciò allo studioso sembrava di dover aderire all'idea che il passo era breve tra la circostanza che accanto al precarista possedeva anche il concedente e quella che il precarista non aveva che la detenzione.

sione delle fonti nelle quali ora si ammette ora si nega il possesso del precarista e da un lato lo si tratta come possesso in nome proprio e dall'altro come in nome altrui.

Tutte queste affermazioni che in parte i compilatori hanno raccolto direttamente dai giuristi classici hanno nel *Corpus Iuris Civilis* un senso ben preciso e coerente.

Tale senso, tuttavia, è solo nella minoranza dei passi quello che ad essi attribuivano i classici. Questi affermavano, infatti, che il precarista possedeva intendendo in nome proprio ed i Bizantini mantenevano l'affermazione, ma sottointendendo in nome altrui.

I classici affermavano che può dare a precario anche chi non possiede ed i compilatori mantenevano tale affermazione, facendone un costituito possessorio.

Infine, i compilatori aggiungevano l'affermazione che il precarista non possedeva, intendendo per altro che non possedeva in nome proprio come si desume dall'accenno susseguente, ad esempio, al conduttore e all'usufruttario:

D. 43.26.6.2 (Ulp. 71 *ad ed.*) “*Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident*”.

Ma un simile uso promiscuo di uno stesso termine sottintendendo due così diversi significati non poteva essere opera dei classici.

I giureconsulti romani, del resto, appaiono tecnici nell'argomentare: l'uso di *possessio possidere* puramente e semplicemente senza alcuna aggiunta o avvertenza per significare l'esse in *possessione* (e cioè il detenere senza l'*animus* di *habere pro suo*) si può dire estraneo alle fonti romane.

Può non essere rilevante il problema sollevato da Ciapessoni¹⁵⁶

¹⁵⁶ P. CIAPESSONI, *Il precarista detentore*, in *Atti del I Congresso di Studi romani*, Roma, 1929, 205 ss.

e Scherillo¹⁵⁷ se il precario di detenzione fosse o meno conosciuto in epoca classica, in quanto se lo fosse è altresì certo che nei passi ritenuti per genuini da Scherillo¹⁵⁸ al precarista detentore è sempre negato il possesso.

Per i compilatori naturalmente sia o meno introdotto da essi, il possesso, che è sempre negato, è il possesso in proprio.

Ad ogni modo Luzzatto¹⁵⁹ considera più accettabile l'ipotesi di Ciapessoni¹⁶⁰ che soltanto al diritto giustiniano sia da riportare la costruzione del precarista detentore, come quella che meglio corrisponde all'evoluzione del possesso, all'oscuramento del precario autonomo, fino all'includerlo nei contratti, eliminando pure per questa via ogni incompatibilità con le altre figure contrattuali cui nel diritto classico vien soltanto accordata la detenzione, ed infine alla posizione risultante per il nostro istituto da quei pochi passi del codice in cui di esso si parla.

Attraverso questa premessa possiamo intendere il significato dei frammenti nei quali si vorrebbe veder raffigurato un *constitutum possessorium* sia nel diritto dei compilatori come nel diritto classico. Va detto subito che per quanto riguarda il diritto classico essi sono erroneamente citati; ed a dimostrazione di ciò basta un'attenta lettura di questi frammenti, dietro la guida di quella che si può dimostrare essere la nozione classica di precario.

Nel frammento D. 43.26.6.3 (Ulp. 71 *ad ed.*) ci si limita a notare che il *vi possidens* il quale *precario rogat* diviene con ciò possessore *ex precario*; e che a questo fatto il diritto non si oppone perché non vi scorge un *mutare causam possessionis*, ma il cessare di un possesso *de vi* e l'inizio di un possesso del precarista.

¹⁵⁷ G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, in *Rendiconto dell'Istituto Lombardo*, 62, 1929, 389 (= *Scritti giuridici* II.2. *Studi di diritto romano*, Bologna, 1995).

¹⁵⁸ G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, cit., 389.

¹⁵⁹ L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 266 ss.

¹⁶⁰ P. CIAPESSONI, *Il precarista detentore*, cit., 205 ss.

Ma data la natura del *precarium* in diritto classico non si trattava di un passaggio da *possessio* in nome proprio ad un possesso in nome altrui, ma da uno ad altro possesso in nome proprio.

Il possessore violento cessa di possedere in proprio come tale ed *incipit possidere* quale precarista, ma pur sempre in proprio.

Nessun possesso viene pertanto acquisito al *dominus* che ne era stato precedentemente spogliato e che successivamente non ha più restaurato il rapporto corporeo con la cosa.

Per ammettere il contrario la stessa scuola di Sabino avrebbe dovuto giungere all'assurdo logico e giuridico di raffigurare il precarista come avente la volontà di acquistare per sé e per gli altri nello stesso tempo e questo quando l'acquisto per altri era soltanto eccezionalmente ammesso *procurator omnium bonorum*.

E in ogni modo non avrebbe potuto spiegare in che modo attraverso il possesso altrui venisse restaurato l'interrotto rapporto corporeo o data vita ad uno nuovo.

Nel diritto classico è, dunque, escluso l'acquisto al concedente per questa via e non si può individuare il costituito possessorio.

Che questo per i compilatori dovesse essere sottinteso deriva naturalmente dal considerare essi il precario un possesso *alieno nomine* e dall'ammettersi ormai generalmente l'acquisto *per liberam personam*.

Il precarista compie l'apprensione in nome e per conto del concedente con l'*animus* di lui e, pertanto, gli acquista il possesso. Di conseguenza soltanto per i compilatori nel passaggio da possessore violento a precarista è riconoscibile un costituito possessorio.

Ma perché ciò sia possibile il passo dev'essere interpretato sulla base dell'orientamento giustiniano. Dalla lettera, con un precario possesso in proprio, nulla risulta in proposito, ed è quindi da supporre che i commentatori che riferirono il passo al costituito possessorio siano stati a ciò indotti dalle idee ormai tradizionalmente predominanti.

Dall'identico punto di vista vanno considerati gli altri due frammenti citati per il *constitutum* del precarista.

In D. 43.26.22pr. (Venul. 3 *interd.*) si afferma egualmente che chi possedendo *pro possessore* o *pro emptore* roga a precario, *non mutat causam possessionis*, ma cessa un possesso precedente e ne inizia uno nuovo:

“Si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere rem liceret, vel is, qui alienam rem emisset, dominum rogaverit: apparet eos precario possidere. nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere: nam et si id quod possideas alium precario rogaveris, videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere: et contra si possessorem precario rogaverit qui rem avocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio, quae aliena sit”.

Anche qui il frammento per il diritto classico non aveva alcun significato al di là di quanto mostri la lettera. Naturalmente per il diritto giustiniano la *possessio* in nome altrui ed il *constitutum* del precarista erano ovvii.

Nella seconda parte è configurata la *precarii rogatio* indirizzata al possessore di un fondo da parte di colui che *rem avocare ei posset*.

Qui si tratta di un caso nel quale il concedente aveva già il possesso che in seguito alla rogazione viene acquisito anche al richiedente.

Dipendeva dall'ammettersi in proposito la soluzione dei Sabiniani o dei Proculiani, che per il diritto classico tale possesso venisse pur conservato nel concedente.

Per il diritto giustiniano ciò era indubbio possedendo il precarista soltanto *alieno nomine*.

Ad ogni modo neppure per questo si tratta, qui, di costituito possessorio, in quanto il concedente già aveva il possesso e il precarista non fa che ritenerglielo come un conduttore, usufruttuario o custode.

Allo stesso modo va pure interpretato il frammento contenuto in:

D. 41.4.6pr. (Pomp. 32 *ad Sab.*) “*Qui, cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest: quid porro inter eas res interest, cum utrobique desinat ex prima causa possidere, qui precario vult habere?*”;

ove il precarista non può usucapire perché a ciò osta la natura del precario, non perché possessore in nome altrui.

La spiegazione che segue va, poi, interpretata nel senso che cessa un possesso *pro emptore* o *pro herede* per aver inizio un nuovo possesso *ex precario*.

L'introdursi di questa soluzione per giustificare la non usucapione del precarista, proviene dall'essersi perduto completamente il senso dell'autonomia del precario e potrebbe assai probabilmente risalire ai compilatori, come ne è indizio la forma interrogativa.

Non contrasta con queste argomentazioni il frammento in:

D. 41.2.21pr. (Iav. 7 *ex Cass.*) “*Interdum eius possessionem, cuius ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit*”

in quanto in esso la rogazione è rivolta a un *non domino*.

3.3.3. Retentio ususfructus

L'analisi dei testi riferiti al costituito possessorio può considerarsi compiuta con l'indagine finale sulla *retentio ususfructus*.

Un'opinione risalente ad Azzone¹⁶¹ considerava tale istituto sostitutivo della tradizione corporale in base alla considerazione che non potessero coesistere nella stessa persona l'usufrutto

¹⁶¹ AZZONE, *Summa Codicis, Tit. de poss.*, cit.

e il diritto di proprietà. Successivamente la *retentio ususfructus* fu considerata come un caso di *constitutum possessorium* e nel diritto postclassico fu il mezzo più frequentemente adoperato ad eludere la necessità della *traditio corporalis*.

A tale proposito possono essere citate le costituzioni contenute in CI. 8.53.28 (a. 417) e CI. 8.53.35.5 (a. 530) nelle quali è sancito il principio che nella *retentio ususfructus ... traditionem iure facta intellegis*.

La costituzione CI. 8.53.28 abroga, come visto, il precedente divieto di una tale sostituzione della tradizione sancito da

CTh. 8.12.8 “... *Donationes debere sortiri perpetuam firmitatem, quas corporalis traditio fuerit subsecuta, sancimus, ne ususfructus exceptio pro traditione possit intellegi. Qui enim post liberalitatem se donata perferui concupiscit hoc sibi quo voluerit modo comsignata videlicet possessione debet praecipuum custodire ne imperfecta vacillet donatio*”.

Quindi la *retentio ususfructus* era al tempo di Onorio e Teodosio così frequente e sentita nella pratica da imporsi anche nella legislazione.

Non deve, però, trarre in equivoco la lettera della CTh. 8.12.9 *Ideoque ius pristinum renovamus* sì da far supporre che il valore di *traditio* alla *retentio ususfructus* fosse già giuridicamente riconosciuto da lungo tempo.

Si ricordi, qui, Vat. Fragm. 313 in cui si menziona una donazione con riserva di usufrutto, ma nello stesso tempo si sancisce che la donazione di *res Mancipi* si perfeziona con la *traditio* e la mancipazione di *res nec Mancipi* con la sola *traditio*.

Tale frammento mostra che il pensiero che la *retentio ususfructus* potesse sostituire la tradizione è completamente estraneo al mondo romano ancora nel 296 d.C.

Del resto per il mondo romano una tale possibilità urtava contro il fatto che era permessa la *retentio ususfructus* soltanto su una *res Mancipata* e non tradita come desumibile da Vat. Fragm. 47.47a.

Che questa potesse sostituire la *traditio*, pertanto, fu ammissibile soltanto quando la *mancipatio* apparve completamente scomparsa.

3.4. *Considerazioni su constitutum possessorium e animus*

Dall'esegesi delle fonti analizzate nonché dall'inconciliabilità del *constitutum possessorium* con i principi giuridici fondamentali del mondo romano quali il non riconoscimento degli acquisti *per liberam personam*, la materialità alquanto certa della *traditio* e la formalità del negoziare stesso, non sembra potersi affermare che il diritto classico riconoscesse tale istituto.

Il problema è, tuttavia, individuare l'ottica nella quale fosse riconosciuto nel diritto delle compilazioni e parimenti comprendere se l'istituto avesse già avuto molto prima una attuazione nella prassi culminata, poi, con il legale riconoscimento delle compilazioni, o, invece, all'infuori della *retentio ususfructus* esso fosse una creazione interamente dovuta a Triboniano e se, di conseguenza il *constitutum possessorium* fosse istituto concreto o astratto.

Ciò allo scopo di collocare storicamente uno dei modi di trasferimento di una *res* per il quale, oggi come nell'antichità, appare fondamentale il mutamento dell'*animus*.

La giustificazione del *constitutum possessorium* nel diritto giustiniano arriva normalmente dall'istituto della rappresentanza e si ammette comunemente riferita ad esso l'eccezione dell'acquisto del possesso alla regola classica *per liberam personam adquiri nobis non potest*.

Questo punto, vero nel fondamento, potrebbe essere collegato ad una più vasta riforma di principi classici compiuta dai compilatori non direttamente, ma attraverso il travisamento e la schematizzazione del caso pratico, in base ad una costruzione pseudo-filosofica¹⁶².

¹⁶²L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 273 ss.

In altri termini si può affermare che nel *constitutum possessorium* fosse da ravvisare ancora una volta un'applicazione di quell'*animus* che è inteso dai compilatori non come la volontà che è sempre il motore di ogni atto giuridico, ma come un'astrazione rigida deformata attraverso considerazioni di logica astratta, quale mezzo adatto all'introduzione di qualsiasi principio giuridico nuovo¹⁶³.

La dottrina, tuttavia, appare divisa sul considerare realistica o meno da parte dei compilatori, l'inserimento dell'*animus* nel campo di ogni negozio in genere, all'infuori del possesso e della materia dei delitti.

Lo stesso Luzzatto sottolineava la diversità di considerazione dell'*animus*, quale reale volontà interna dietro le apparenze della manifestazione da parte dei compilatori, motivati da una concezione non tanto giuridica quanto filosofico-cristiana¹⁶⁴.

La diversità di valutazione dell'*animus* induce a soffermarsi su due considerazioni.

In primo luogo bisogna valutare che le sopravvivenze dell'antico accoglimento della volontarietà – *animus* – come caratteristica fondamentale del possesso da parte di Savigny¹⁶⁵, avevano, in qualche modo, evitato un attacco concreto all'*animus possidendi*.

Tale volontarietà fu riconosciuta, così, per la classicità romana ma fu ampiamente negata da Jhering¹⁶⁶.

Laddove, infatti, si accolga l'idea ormai comunemente e quasi pacificamente ammessa che i classici avevano riguardo ai soli effetti concreti raggiunti attraverso la volontà, si può non vedere perché nel possesso stesso vi fosse da considerare un *quid* al di fuori e al di sopra di un determinato rapporto dell'individuo con la *res* che è il solo che è valutabile attraverso l'apparenza esteriore.

¹⁶³ L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 275 ss.

¹⁶⁴ L. LUZZATTO, *Constitutum possessorium*, cit., 275 ss.

¹⁶⁵ F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht*, cit.

¹⁶⁶ R. VON JHERING, *Über den Grund*, cit.

Non si vede in altre parole per quale altra strada potesse essere giudicata l'esistenza del possesso, se non attraverso un rapporto esterno ed apparente con la cosa.

Mentre d'altra parte ove si accolga l'idea dell'*animus* nella comune accezione di un rilievo dato alla volontà interna in contrapposizione alla manifestazione, da cui si può diversificare, non è possibile non vedere come l'*animus possidendi* non rappresenti per i compilatori null'altro che la volontà del possessore, volontà appunto che per i Bizantini costituisce il punto discriminante di fronte al conduttore, usufruttuario, custode i quali si trovano di fronte alla cosa con un *animus* del tutto differente.

A questo hanno dovuto avere evidentemente riguardo i compilatori laddove per i classici la distinzione era basata esclusivamente sul rapporto esterno con la cosa e con l'altra parte (locatore, concedente etc.).

Già Jhering¹⁶⁷ del resto aveva notato, nella sua critica alla costruzione savignyana del possesso, che l'esistenza di questo è determinata da criteri non subbiettivi, ma obbiettivi cioè dalla protezione interdittale accordata al possessore.

Di conseguenza il possesso è sempre presunto, e, pertanto, tocca all'avversario addurre una *causa detentionis* che lo escluda.

Da questa relegazione dell'*animus* ad una semplice funzione distintiva del possesso dai meri rapporti di vicinanza, di insistenza senza coscienza, si può arrivare ad affermare che tale concetto non ha alcuna utile funzione nel diritto e che, pertanto, non può essere creazione di giuristi, ma di logici.

Del resto, rileva qui mostrare come l'*animus possidendi* abbia ricevuto dai compilatori attraverso la costruzione del possesso *alieno nomine* un senso del tutto diverso e sia stato deviato verso la significazione comune a tutti i tipi di *animus* introdotti nel diritto dalla commissione di Triboniano.

Va sottolineato, in secondo luogo, che normalmente ci si arresta alla constatazione del particolare rilievo dato all'*animus*

¹⁶⁷R. VON JHERING, *Über den Grund*, cit.

dai compilatori od alla contestazione di questo senza scendere ad indagare quale effettivamente sia la portata ed il significato di tale espressione.

Solitamente ci si limita ad affermare trattarsi di un rilievo dato dall'interno volere, d'un elemento subbiettivo di ricerca¹⁶⁸ o di un elemento necessario all'esistenza di un atto o alla produzione di un effetto giuridico. Ma con ciò non si va certo più in là del semplice rilievo dell'interpolazione da parte dei compilatori.

Affermare, pertanto, che essi danno un peso particolare alla volontà non significa nulla o poco meno quando non si specifichi la profondità di questo peso.

Di fatto, il trasportare l'indagine dal rapporto esteriore all'*animus* non significa introdurre una ricerca interna, difficile da apprezzare per il diritto, ma sostituire un ordine di pensiero ad un altro.

In altre parole, superando la prima apparenza del rapporto giuridico, i compilatori venivano per ciò stessi ad arrestarsi di fronte ad altra apparenza sia pur desunta, forse, da altri mezzi di indagine.

Ora quale sia questo nuovo ordine di apparenza messo in luce dai compilatori attraverso l'*animus*, quali i mezzi d'indagine da questi adottati per esso, è questo il punto da approfondire.

In esso si sono parzialmente addentrati solo alcuni difensori della classicità dell'*animus* o identificandolo senz'altro con il più antico *dolus malus* oppure anche riconoscendo in esso un elemento operativo di trasformazione giuridica risalente già ai classici senza approfondire oltre.

Scialoja sostenne: "L'animo come il dolo fu uno dei principali elementi tecnici che usò la giurisprudenza più progredita per elaborare con più precisa e sottile analisi la materia giuridica"¹⁶⁹.

¹⁶⁸H. HUVELIN, *Animus lucri faciendi dans la theorie romain du vol*, in *Nouv. Rév. de Droit français et étranger* 42, 1918, 73 ss.

¹⁶⁹*Le interpolazioni*, cit., 407 ss.

Più profondamente si è spinto solo Albertario in senso negativo alla classicità del concetto: “I bizantini e in generale i postclassici come richiedono che la volontà delle parti debba essere rivolta all’effetto giuridico del negozio ... richiedono pure la volontà dell’agente debba essere rivolta alla natura giuridica dell’atto illecito”. E ancora, con maggior precisione e profondità, anteriormente, nel suo scritto sull’*animus furandi*¹⁷⁰.

L’*animus furandi*, infatti, entrò come elemento nuovo nella nozione del furto e numerosi testi classici vennero sostanzialmente modificati.

E i Bizantini, i creatori della dottrina delle presunzioni, inserirono proprio tale dottrina in quella dell’*animus furandi*. E in testi interpolati nel Digesto e in scolii sparsi nei Basilici si presumono a seconda delle varie circostanze, la presenza o l’assenza di quest’*animus*.

La decisione classica in questi casi non è mutata, ma il concetto romano-classico è anche così mutato per sempre.

Che una simile sostanziale mutazione sia avvenuta nella materia possessoria risulta attraverso indizi non dubbi in numerosi passi del Digesto in particolare del titolo *De acquirenda vel amittenda possessione* nei quali appare quella considerazione meramente formale e non suscettibile di applicazioni giuridiche a meno di operare attraverso indizi e presunzioni dell’*animus* che non può essere opera di alcun giurista classico.

Particolarmente dimostrativi a questo riguardo sono due incisi tratti dal frammento D. 41.2.3.3, 6 (Paul. 54 *ad ed.*):

3 “*Neratius et Proculus et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam continuo me possidere,*

¹⁷⁰ E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, cit.; ID., *Possesso*, in *Studi Bonfante I*, Milano, 1930, 656; ID., *Animus furandi*, Milano 1923 (= in *Studi di diritto romano. III. Obbligazioni*, Milano, 1936, 209 ss.).

simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet ...”

6 “*In amittenda quoque possessione affectio eius qui possidet intuenda est. itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere: protinus amittes possessionem. igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest”*”.

Nel frammento 6 il *dominus* si trova tuttora nel fondo e, tuttavia, dal momento che non ha più l'*animus possidendi* cessa di *possedere*. Senonché ci si può chiedere quando e come una tale mutata volontà possa acquistare rilevanza dal punto di vista giuridico.

I rapporti dell'individuo con la cosa e con i terzi restano immutati. Attraverso quali elementi si possa giungere ad una tale analisi interna della volontà, da conoscere la trasformazione di essa, quando non vi sia una manifestazione esterna che di ciò dia dimostrazione, rimane dubbio nelle stesse parole di Paolo.

E l'affermazione rimane priva di conseguenze giuridiche ove non si voglia soltanto ammettere che Giustiniano abbia voluto intendere che non si doveva guardare alla mera permanenza sul fondo, ma anche valutare altri eventuali indizi, adentrandosi di più nella volontà.

In ogni modo il passo interpretato alla lettera risulta non facilmente attribuibile al pensiero del mondo classico ed è necessario forzarlo per trarne un qualche significato giuridico anche nel mondo giustiniano.

Rotondi¹⁷¹ non mancò di notare come per i classici non fosse affatto vero che la mancanza dell'elemento naturalistico venisse supplita dall'*animus*, mentre in realtà quello preesisteva e solo l'aggiunta di questo veniva a costituire il possesso vero e proprio.

¹⁷¹ G. D'ANGELO, *La perdita della 'possessio animo retenta' nei casi di occupazione*, Torino, 2007; G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, cit., 94 ss.

Il passo si prestava, peraltro, alla interpretazione schematica dei compilatori, i quali d'altra parte, non è assurdo pensare, sostituissero in armonia alla propria costruzione l'elemento dell'*affectus ... simul atque possidendi affectum habuero ...* all'elemento formale del *rem movere* quale ci risulta nella versione dei Basilici.

Non vi è ragione perché in essi si sia riportata una soluzione così antiquata rispetto al modo di sentire dei compilatori e ricordante ancora lo spirito dei Sabiniani se essa non derivava dall'esemplare classico di Nerazio.

Ciò tanto più in quanto il testo giuntoci è di Paolo, giurista che risulta il più sfruttato e rimaneggiato dai compilatori nella dottrina del possesso.

Alla base si può configurare solo un mutamento di concezione nei riguardi della volontà di possedere attraverso una formulazione astratta, logica sì, ma per nulla giuridica.

Quanto ai riflessi di tale trasformazione nei riguardi della *possessio alieno nomine* questi possono risultare da una rapidissima riassunzione in esame dei testi citati, al fine di provare come le interpolazioni siano tutte operate in base alla teoria dell'*animus* in concorso con quella delle presunzioni.

Ma dall'esame di essi è utile premettere un frammento del titolo *De pigneraticia actione vel contra* nel quale un tal punto di vista dell'*animus* risulta con tanta evidenza da non avere quasi bisogno di commento:

D. 13.7.37 (Paul. 5 ad Plaut.) “*Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem; quia antequam conduceret debitor non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi*”.

In esso è la formale considerazione dell'*animus* che domina nel duplice rapporto possessorio del creditore pignoratizio, locatore e del debitore conduttore in modo da avvicinarsi al massimo alla concezione che si suppone per la *possessio alieno nomine*.

La decisione di Paolo era chiarissima: invece che di pegno si trattava di *fiducia* ed in questa (nella quale la proprietà e il possesso erano del creditore) il possesso poteva essere ritrasferito nel debitore quale conduttore o precarista, conforme alla già classica possibilità di *retinere possessionem per colonum*.

I compilatori dopo aver sostituito con superficialità il pegno alla *fiducia* si sono arrestati alla constatazione esterna che si trattava di locazione.

Da qui l'applicazione del loro concetto dell'*animus*: si conserva il possesso perché si ha l'*animus retinendi* attraverso il conduttore e questi, d'altra parte, non ha l'*animus possessionem adipiscendi*.

Ma così il significato del passo risulta incomprensibile: da un lato il debitore possessore in proprio attraverso l'assunzione di un rapporto di conduzione sulla sua cosa diviene di essa possessore in nome altrui; dall'altro il creditore possessore per i compilatori in nome altrui assume attraverso la locazione la figura di possessore in proprio di cosa d'altri.

Il paradosso delle due figure è evidente.

In questo problema interpretativo giuridico è evidente che le difficoltà sono dovute al formale inserimento del possesso in nome altrui in funzione dell'*animus* attraverso una costruzione sostanzialmente quasi identica a quella alla quale si può supporre vada riferito il *constitutum possessorium*.

Fra i passi a questo riferiti il testo dal quale risulta principalmente una tale intrinseca trasformazione, come visto, è D. 6.1.77 (Ulp. 17 *ad ed.*).

Nella parte più antica di esso è espressa la necessità che il donatario si trovi sul fondo al momento in cui riceve l'epistola.

Il donatario si mette in rapporto diretto con la cosa e ciò è necessario e sufficiente all'acquisto del possesso.

È quanto è già notato in tutti i frammenti classici, come D. 41.2.51 (Iav. 5 *ex post Lab.*), da cui i compilatori hanno tratto figure di *traditio ficta* e nei quali la necessità della presenza della cosa, seppure deformata attraverso le necessità commerciali, ha preso un altro senso o è stata addirittura soppressa:

D. 41.1.9.6 (Gai. 2 *rerum cott. sive aur.*) “*Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem*”.

Con Giustiniano viene introdotto l’acquisto mediato *per colonam* e questo è interpolato nel frammento accanto alla precedente figura classica.

Nella mente dei compilatori il frammento in questione va inteso in questo senso: una donna donò *non marito* un fondo per lettera; l’acquisizione del possesso può compiersi o per apprensione diretta qualora il donatario si trovasse sul fondo quando gli giunse la lettera ovvero per apprensione mediata qualora la donatrice fosse rimasta sul fondo come colona.

I due modi di acquisto riguardo al punto della presa di possesso, si equivalgono perfettamente e per questo sono posti parallelamente nella trattazione. Ma non bisogna dimenticare che per i compilatori con speciale rilievo il possesso si acquista attraverso la concordanza di due elementi *animus* e *corpus*.

Questi si riscontrano evidentemente nell’acquisto diretto: in quello *per colonam* devono pur risultare e tale risultanza è determinata dal fatto che attraverso la colonia si presume (e qui subentra la teoria delle presunzioni) che il conduttore detenga la cosa non con l’*animus* proprio, ma con quello del locatore il quale, quindi, verrebbe artificiosamente raffigurato quasi detentore diretto della cosa *per corpus coloni*.

Ed ecco come il punto di vista dei Bizantini si trasporta dall’indagine esteriore all’*animus* inteso non come ricerca volta per volta della volontà attraverso singole documentazioni, ma come un *quid* la cui esistenza si presume attraverso un esterno comportamento dell’individuo.

La trasformazione il più delle volte non sarà che formale e ciò significa che quanto distinguerà il possessore, per esempio, dal conduttore e dall’usufruttuario, non sarà sempre altro che il rapporto esterno, considerato soltanto sotto il nuovo punto di vista che nel comportamento dell’individuo si distingue un *animus possidendi* o, invece, non vi può scorgere questo, ma

soltanto un *animus pro alieno possidendi ut colonus, usufructuarius, custos* a seconda dei casi.

Certo, però, con una costruzione così artificiosa si è aperta la strada ad innovazioni compiute secondo il sistema di Giustiniano non per via diretta, ma copertamente, semplicemente agendo sulle trasformazioni dell'*animus*.

Alla luce di una tale presunzione d'*animus* che in questo frammento risulta più chiaramente, non è difficile interpretare anche gli altri.

In ordine a D. 41.2.21.3 (Iav. 7 *ex Cass.*) si è visto come alla perdita del possesso sia stato dai compilatori sostituito il riacquisto al *dominus*; a questo punto è facile comprendere i motivi di questa sostituzione, in quanto il *colonus* detiene la cosa con l'*animus* di acquistarla al *dominus*, questi a sua volta la detiene mediatamente *corpore alieno* attraverso l'*animus* di averla come propria *per colonum*.

In ordine a D. 41.2.19pr. (Marcell. 17 *dig.*) si è visto come, qui, tale acquisto mediato non fosse espresso, ma sottinteso. Ne è prova l'essere il frammento in tal senso interpretato dai maestri del diritto comune, i quali ben intesero il senso generale della riforma dei compilatori.

Una tale ipotesi trova del resto ancora conferma nella lettera del frammento D. 41.2.18.1 (Cels. 23 *dig.*).

Le interpolazioni ... *eo quod forte ... fuerit constitutus ... Illud nim ... quis dimittere ...* sono introdotte nel senso di dar rilievo al fatto che il *furiosus* non acquista perché non può avere l'*animus possidendi*. Si introduce, cioè, il comune elemento compilatorio dell'*animus* pur mantenendo di fatto la soluzione classica originale che il *furiosus* non può acquistare il possesso.

Per il precarista è sufficiente ricordare come la sua trattazione venga dai compilatori affiancata alla locazione e come abbiamo visto che soltanto in funzione della *possessio alieno nomine* e della costruzione animistica con quella connessa sia concepibile un *constitutum possessorium*.

Restano da valutare la riserva di usufrutto e il famoso frammento in D. 41.2.18pr. (Cels. 23 *dig.*).

Quanto alla prima per Onorio e Teodosio si trattava solo di una eccezione alla tradizione corporale in materia di donazione che si giustifica appunto in quanto sancita da legge senza derivare da alcun principio generale.

La cosa è ben diversa nel mondo giustiniano.

L'eccezione sancita per il solo campo delle donazioni, si trova ormai in armonia con la concezione bizantina delle presunzioni e, pertanto, viene inserita in essa ed estesa nelle sue applicazioni, intendendosi ormai senz'altro presunta nella ritenzione di usufrutto la volontà di acquistare il possesso ad altri, ritenendolo per essi.

Significativo del resto, a tal proposito, è l'impiego dell'espressione *iure facta intellegis* nella CI. 8.53.35.5, ad indicare che l'essere la tradizione sottintesa nella *retentio ususfructus* discende armonicamente dai principi generali del nuovo diritto.

Il rilievo all'*animus* puro e semplice raggiunge il suo apice nel famoso D. 41.2.18pr. (Cels. 23 dig.).

Il testo, come ci si presenta nelle compilazioni, è abbastanza enigmatico e non interviene, certo, a chiarirlo la menzione del procuratore nell'ultima parte, sopravveniente troppo bruscamente e senza che si veda in che rapporto sia con il principio.

Non ci è dato ricostituire in base a quali tagli ed aggiunte i compilatori siano pervenuti a questo risultato.

In ogni modo dalla lettera del passo risultano due punti fondamentali: che per un mero atto di volontà interna è possibile trasformarsi da possessore in detentore e questo in genere come mostra la costruzione personale del frammento; che la giustificazione di questa possibilità generica, indipendente da qualsiasi causa o forma dalle quali mostra apertamente di prescindere il frammento in questione, deriva da un duplice *animus* e cioè l'*animus* del successore nel possesso il quale ha la volontà di detenere la cosa per mezzo di chi la possiede in nome suo e l'*animus* di colui che acquista ad altri il possesso attraverso la volontà di detenere la cosa in nome altrui.

Attraverso una tale interpretazione si spiega l'uso a prima vista stupefacente della parola *procurator*; i compilatori in tale co-

struzione teorica generale (e i ritorni sull'espressione, le chiarificazioni inutili ... *nec idem* ... *nomine possidere* ... le ripetizioni dimostrano che si tratta di una teorizzazione di origine compilatoria) si sono valse una volta di più di un termine classico, intendendo per altro che quel *procurator* che per i giuristi dell'impero era mezzo all'acquisto in forza di un rapporto determinato, fosse senz'altro da identificare in chi è mezzo all'acquisto in quanto pur sempre *praestat ministerium*.

A questo punto pare risulti sufficientemente dimostrato come la costruzione del *constitutum possessorium* sia in diretta funzione della teorica animistica e, pertanto, pare ci siano elementi sufficienti per risolvere le due questioni secondarie: se si possa far risalire la pratica del costituito anteriormente alle compilazioni; se si debba parlare di costituito astratto o concreto.

Quanto alla prima questione pare senz'altro si possa risolvere negativamente e ciò perché una tale forma di trasferimento del possesso in funzione diretta ed esclusiva della volontà non era neppure concepibile, se non nel quadro di quella schematizzazione astratta meramente logica di essa che è creazione nuovissima dei compilatori.

Eccezioni alla tradizione materiale si erano già avute come appare dalla *retentio ususfructus*.

Ma si tratta di casi singoli, ammessi solo in forza della speciale legge che li sancisce.

Solo nel quadro della riforma di Giustiniano essi possono trovare un'estensione ed una posizione coerente e non eccezionale in quanto sia in essi senz'altro presumibile la volontà di possedere *pro alieno*.

Anche rispetto al punto dell'astrattezza o meno del nostro istituto ci è di guida l'*animus* compilatorio.

Dato, infatti, lo spirito informatore di esso, piuttosto filosofico che giuridico il costituito possessorio pare concepibile astrattamente quale ci appare nella teorizzazione del frammento D. 41.2.18pr. (Cels. 23 *dig.*).

I testi nei quali si vorrebbe veder fondata la necessità di una concreta *causa detentionis* vanno intesi nel senso che i compila-

tori in appoggio della loro teoria del *constitutum* si valsero di testi classici nei quali posta la particolare *forma mentis* dei giuristi romani, il pensiero era formulato attraverso una rappresentazione concreta.

Soltanto per questo fatto è stato possibile scorgere nel nostro istituto un carattere di concretezza che i compilatori, come appare dal frammento 18, non avevano neppure lontanamente concepito.

Indice degli Autori

- ABATANGELO C.: 10 nt. 10; 18 nt. 16
ABBATE A.: 10 nt. 10
ALAMANNI A.: 18 nt. 16
ALBANESE B.: 1 nt. 1; 24 nt. 41
ALBERGO M.: 10 nt. 10
ALBERTARIO E.: 24 nt. 36 (3); 68 nt. 112; 77 nt. 135; 102 nt. 170 (3)
ALBRECHT W.: 4 nt. 4
ALCARO F.: 6 nt. 6; 10 nt. 10
ALIBRANDI I.: 2 nt. 1; 20 nt. 19; 22 nt. 28
AMADIO G.: 18 nt. 16
ANDREOLI R.: 3 nt. 3
ARANGIO-RUIZ V.: 15 nt. 15; 67 nt. 111
ARU L.: 46 nt. 65; 66 nt. 103
- BARASSI L.: 4 nt. 4
BARTELS W.: 22 nt. 29
BARTON J.L.: 24 nt. 34
BAVIERA G.: 22 nt. 28
BEKKER E.I.: 2 nt. 1; 22 nt. 28
BENÖHR H.P.: 2 nt. 1
BESOZZI F.: 10 nt. 10
BETTI E.: 20 nt. 17
BIAVASCHI P.: 86 nt. 153
BIERMANN J.: 69 nt. 114
BISAZZA G.C.: 63 nt. 99
- BONFANTE P.: 1 nt. 1 (2); 11 nt. 11; 21 nt. 21; 23 nt. 33 (4); 67 nt. 109; 72 nt. 130; 82 nt. 141; 84 nt. 144
BOZZA F.: 2 nt. 1(2); 24 nt. 39
BRUNS C.G.: 71 nt. 122
BURDESE A.: 12 nt. 13; 14 nt. 14; 24 nt. 40 (3); 31 nt. 52; 34 nt. 54; 45 nt. 65; 50 nt. 78
BUSNELLI F.D.: 6 nt. 6
- CANNATA C.A.: 1 s. nt. 1(3); 5 nt. 4 (2); 21 nt. 23 (3); 25 nt. 45; 25 nt. 46 (2); 64 nt. 100
CAPOGROSSI COLOGNESI L.: 14 nt. 14 (2); 24 nt. 42; 53 nt. 82; 62 nt. 96
CARCATERA A.: 2 nt. 1
CASTRO SÁENZ A.: 24 nt. 43
CATERINA R.: 6 nt. 6
CERVANI R.: 53 nt. 82
CHECCHINI A.: 70 nt. 119
CIAN M.: 10 nt. 10
CIAPESSONI P.: 54 nt. 82; 92 nt. 156; 93 nt. 160
CICALA F.B.: 25 nt. 44
CICU A.: 6 nt. 6
CONTE E.: 4 nt. 4
CONTICINI P.: 3 nt. 3

- DALLA MASSARA T.: 1 nt. 1
 D'ANGELO G.: 103 nt. 171
 DE FRANCISCI P.: 72 nt. 129
 DERNBURG H.: 23 nt. 32
 DUSI B.: 62 nt. 95
- ERNOUT A.: 31 nt. 52
 EUGENIO F.: 24 nt. 34
- FABI B.: 21 nt. 22; 25 nt. 45
 FADDA C.: 2 nt. 1
 FALCHI G.L.: 22 nt. 28
 FALCONE G.: 53 nt. 82
 FERRETTI P.: 20 nt. 17 (2); 26 nt. 49
 FERRINI C.: 20 nt. 20; 22 nt. 28; 67
 nt. 106; 71 nt. 125; 77 nt. 133
 FORLANI F.: 2 nt. 2
- GANDOLFI G.: 50 nt. 77
 GAROFALO L.: 4 s. nt. 4 (2)
 GORDON W.M.: 65 nt. 102
 GRASSO G.: 10 nt. 10
 GROSSO G.: 20 nt. 20
 GUYET C.J.: 20 nt. 17; 22 nt. 29 (2)
- HÄGERSTRÖM A.: 21 nt. 23
 HEUSLER L.: 4 nt. 4 (2)
 HOFFMANN J.B.: 31 nt. 52
 HONSELL H.: 15 nt. 15
 HUVELIN H.: 101 nt. 168
- JHERING (VON) R.: 2 nt. 2; 22 nt. 30
 (2); 67 nt. 110; 71 nt. 123; 99 nt.
 166; 100 nt. 167
- KASER M.: 1 nt. 1; 15 nt. 15
 KLEIN F.: 2 nt. 1; 22 nt. 28
 KNIEP F.: 23 nt. 32; 67 nt. 105; 71
 nt. 124; 76 nt. 132; 85 nt. 148; 85
 nt. 149; 85 nt. 151
- KNÜTEL R.: 15 nt. 15
- LABRUNA L.: 54 nt. 82
 LAMBRINI P.: 21 nt. 23 (2); 23 nt.
 31; 25 nt. 48 (3)
 LAURIA M.: 2 nt. 1; 24 nt. 37 (2)
 LENEL O.: 84 nt. 147
 LUZZATTO L.: 66 nt. 103; 67 nt. 108;
 77 nt. 134; 79 nt. 136; 81 nt. 139;
 82 nt. 142; 83 nt. 143; 84 nt. 146;
 86 nt. 153; 91 nt. 155 (2); 93 nt.
 159; 98 nt. 162; 99 nt. 163; 99 nt.
 164
- MACCORMACK G.: 20 nt. 17; 24 nt. 34
 MARRONE M.: 6 nt. 6
 MASTROPIETRO B.: 18 nt. 16
 MAZZON R.: 5 nt. 4
 MEDICUS D.: 2 nt. 1
 MEILLET A.: 31 nt. 52
 MENGONI L.: 6 nt. 6
 MESSINEO F.: 6 nt. 6
 MÖHLER R.: 24 nt. 38
 MONTEL A.: 5 nt. 5; 7 nt. 7
- NATOLI U.: 5 nt. 5
 NICOSIA G.: 1 s. nt. 1(2); 52 nt. 80;
 62 nt. 96; 64 nt. 101
- PALAZZOLO N.: 31 nt. 51
 PEROZZI S.: 21 nt. 22; 25 nt. 44
 PIRO I.: 22 nt. 26
 PRINGSHEIM F.: 20 nt. 17; 24 nt. 34
 PUGLIATTI S.: 20 nt. 17
- RICCOBONO S.: 23 nt. 32 (5); 67 nt.
 111; 70 nt. 118; 71 nt. 126; 76 nt.
 131
 ROSSETTI G.: 14 nt. 14
 ROSSHIRT F.K.: 20 nt. 18; 22 nt. 27

- ROTONDI G.: 20 nt. 17; 24 nt. 35
(3); 103 nt. 171
- RUSSO RUGGERI L.: 31 nt. 51
- SACCO R.: 6 nt. 6
- SAVIGNY (VON) F.C.: 3 nt. 3; 21 nt.
25; 71 nt. 120; 99 nt. 165
- SCACCHETTI M.G.: 22 nt. 28; 64 nt.
100
- SCHERILLO G.: 78 nt. 135; 91 nt.
155; 93 nt. 157; 93 nt. 158
- SCHLESINGER P.: 6 nt. 6
- SCHULZ F.: 67 nt. 107; 70 nt. 115;
72 nt. 127; 72 nt. 128; 80 nt. 137;
81 nt. 138; 82 nt. 140; 84 nt. 145;
84 nt. 147; 85 nt. 150; 85 nt. 152
- SCHUPFER F.: 4 nt. 4
- SCIALOJA V.: 88 nt. 154; 101 nt. 169
- SEILER H.H.: 2 nt. 1
- SERRAO F.: 50 nt. 78
- SINTENIS C.F.F.: 22 nt. 27
- SOLIDORO MARUOTTI L.: 5 nt. 4
- STEINWENTER A.: 86 nt. 153
- TOMASETTI A.: 10 nt. 10
- VACCA L.: 1 nt. 1(2); 4 s. nt. 4 (2);
nt. 14 (5); 31 nt. 51
- WALDE A.: 31 nt. 52
- WARNKÖNIG L.A.: 22 nt. 29
- WESENBERG G.: 66 nt. 103
- WESENER G.: 2 nt. 1
- WINDSCHEID B.: 71 nt. 121
- ZAMORANI P.: 21 nt. 24; 25 nt. 45;
25 nt. 47; 64 nt. 100

Indice delle Fonti

1. FONTI ANTICHE

Fonti letterarie pregiustiniane

APPIANUS

De bellis civilibus

1.7: 34 nt. 54

1.8: 34 nt. 54

CICERO

Caecina

19.55: 55 nt. 87; 55 nt. 88

21.59 s.: 55 nt. 88

30.88: 55 nt. 88

Pro Tullio

19.44: 54 nt. 84; 54 nt. 85; 54 nt. 86

FESTO

De verborum significatu

s.v. *possessio*

260: 32; 53

277: 32

ISIDORUS

Origines

15.13.3: 32 nt. 53

LIVIUS

Ab urbe condita

10.3.14: 34 nt. 54

PLAUTUS

Stichus

696: 50 nt. 77

750: 50 nt. 77

TERENTIUS

Eunucus

319: 50 nt. 77

Fonti giuridiche pregiustiniane

CODEX THEODOSIANUS

8.12.8: 75; 97

8.12.9: 68 nt. 113; 75; 97

9.10.3: 59 nt. 93
11.3.5: 79 nt. 135

GAIUS

2.89: 46 nt. 68
2.95: 47 nt. 69; 76 nt. 132
4.139: 38; 61
4.141: 51 nt. 79
4.144: 53 nt. 81
4.145: 53 nt. 81
4.146: 53 nt. 81
4.147: 53 nt. 81
4.148: 52
4.150: 54 nt. 83
4.151: 39 nt. 59; 52 nt. 80
4.153: 28; 29; 42 nt. 62; 47
4.160: 53 nt. 82; 54 nt. 83
4.163: 51 nt. 79; 58 nt. 92
4.164: 59 nt. 92
4.165: 59 nt. 92
4.166: 56 nt. 90
4.166a: 51 nt. 79
4.170: 56 nt. 89; 57 nt. 91

PAULI SENTENTIAE

4.14.3: 48 nt. 74
5.2.1: 26; 31 nt. 51; 45
5.2.2: 47 nt. 69

VATICANA FRAGMENTA

47.47a: 97
313: 97

Fonti giustiniane

CODEX

2.3.20: 69; 71
3.19.2: 78 nt. 135 (2)

4.65.33: 91
4.65.35: 78 nt. 135
7.30.1: 78 nt. 135
7.32.1: 47 nt. 71
7.32.12: 48 nt. 73; 78 nt. 135
7.39.2: 78 nt. 135 (2); 91 (2)
7.39.7.2b: 78 nt. 135
8.4.2: 49 nt. 75
8.40.10: 91
8.5.1: 78 nt. 135
8.53: 83
8.53.28: 75; 97 (2)
8.53.35.5: 75; 97; 108
8.54: 65 nt. 102
10.48.12.4: 78 nt. 135 (2)
11.7(8).7.1: 78 nt. 135
11.48.4.1: 79 nt. 135
11.62.12.1: 78 nt. 135
11.66.3: 78 nt. 135

DIGESTA

4.6.19 (Papin. 3 *quaest.*): 35
6.1.58 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*): 81
6.1.77 (Ulp. 17 *ad ed.*): 65 nt. 102;
75; 82 ss.; 84 nt. 146; 105
6.2.7.10 (Nerat. 3 *membr.*): 47 nt.
70
6.2.13.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): 44 nt.
64
8.2.32.1 (Iul. 7 *dig.*): 62 nt. 96
12.1.9.9 (Ulp. 26 *ad ed.*): 45 nt. 65
13.7.11.6 (Ulp. 28 *ad ed.*): 47 nt. 70
13.7.37 (Paul. 5 *ad Plaut.*): 104
17.2.1.1 (Paul. 32 *ad ed.*): 76
17.2.2 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): 76
40.5.28.4 (Ulp. 5 *fid.*): 33
41.1.9.5 (Gai. 2 *rerum cott. sive aur.*):
45 nt. 65
41.1.9.6 (Gai. 2 *rerum cott. sive aur.*):
106

- 41.1.13 (Nerat. 5 *reg.*): 47 nt. 69
 41.1.13.1 (Nerat. 5 *reg.*): 47 nt. 70
 41.2.1pr. (Paul. 54 *ad ed.*): 32
 41.2.1.1 (Paul. 54 *ad ed.*): 62 nt. 97
 41.2.1.3 (Paul. 54 *ad ed.*): 35; 62
 41.2.1.4 (Paul. 54 *ad ed.*): 63 nt. 99
 41.2.1.9-10 (Paul. 54 *ad ed.*): 46 nt. 67
 41.2.1.20 (Paul. 54 *ad ed.*): 40 nt. 60; 47 nt. 70
 41.2.1.21 (Paul. 54 *ad ed.*): 45
 41.2.3pr. (Paul. 54 *ad ed.*): 38; 60; 62 nt. 96
 41.2.3.1 (Paul. 54 *ad ed.*): 31 nt. 51; 45
 41.2.3.1.6 (Paul. 54 *ad ed.*): 26
 41.2.3.3 (Paul. 54 *ad ed.*): 27
 41.2.3.3,6 (Paul. 54 *ad ed.*): 102 s.
 41.2.3.5 (Paul. 54 *ad ed.*): 32
 41.2.3.6 (Paul. 54 *ad ed.*): 49
 41.2.3.7 (Paul. 54 *ad ed.*): 31 nt. 51
 41.2.3.8 (Paul. 54 *ad ed.*): 47; 48 nt. 72
 41.2.3.8-12 (Paul. 54 *ad ed.*): 31 nt. 51
 41.2.3.18 (Paul. 54 *ad ed.*): 33
 41.2.3.21 (Paul. 54 *ad ed.*): 37 nt. 55
 41.2.3.22 (Paul. 54 *ad ed.*): 38 nt. 56
 41.2.3.23 (Paul. 54 *ad ed.*): 37 nt. 55
 41.2.5.2 (Ven. 1 *interd.*): 62 nt. 97
 41.2.6pr. (Ulp. 70 *ad ed.*): 52 nt. 80
 41.2.8 (Paul. 65 *ad ed.*): 26
 41.2.10.1 (Ulp. 69 *ad ed.*): 91 nt. 155
 41.2.12.1 (Ulp. 70 *ad ed.*): 35; 62 nt. 97
 41.2.18pr. (Cels. 23 *dig.*): 46 nt. 66; 66; 70; 73; 76(2); 109(2); 107; 108
 41.2.18.1 (Cels. 23 *dig.*): 107
 41.2.19pr. (Marcell. 17 *dig.*): 75; 81; 107
 41.2.21pr. (Iav. 7 *ex Cass.*): 96
 41.2.21.3 (Iav. 7 *ex Cass.*): 46 nt. 66; 75; 80; 107
 41.2.24 (Iav. 14 *epist.*): 39 nt. 58
 41.2.25.2 (Pomp. 23 *ad Q. M.*): 30
 41.2.27 (Proc. 5 *epist.*): 29
 41.2.28 (Paul. 65 *ad ed.*): 31 nt. 51
 41.2.29 (Ulp. 30 *ad Sab.*): 63 nt. 99
 41.2.32.1 (Paul. 15 *ad Sab.*): 82
 41.2.34pr. (Ulp. 7 *disp.*): 45 nt. 65
 41.2.42.1 (Ulp. 4 *reg.*): 47 nt. 69
 41.2.44.1 (Pap. 23 *quaest.*): 28
 41.2.44.2 (Pap. 23 *quaest.*): 29 nt. 50; 49
 41.2.45 (Pap. 2 *def.*): 29 nt. 50
 41.2.46 (Pap. 23 *quaest.*): 29 nt. 50
 41.2.49 (Papin. 2 *def.*): 62 nt. 98
 41.2.49pr. (Papin. 2 *def.*): 36
 41.2.49.1 (Pap. 2 *def.*): 63 nt. 99
 41.2.51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*): 27; 84; 84 nt. 146; 105
 41.3.4.26 (Ulp. 54 *ad ed.*): 62 nt. 96
 41.3.13pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*): 78 nt. 135
 41.3.15.3 (Paul. 15 *ad Plaut.*): 40 nt. 61
 41.3.33.6 (Iul. 44 *dig.*): 91 nt. 155 (2)
 41.3.41 (Nerat. 7 *membr.*): 47 nt. 69; 77
 41.4.6pr. (Pomp. 32 *ad Sab.*): 74; 96
 41.5.2.1 (Iul. 44 *dig.*): 38 nt. 57
 43.1.2.3 (Paul. 63 *ad ed.*): 53 nt. 81
 43.3.1.8 (Ulp. 67 *ad ed.*): 62 nt. 96
 43.3.1.9 (Ulp. 67 *ad ed.*): 42 nt. 63
 43.16.1pr. (Ulp. 69 *ad ed.*): 54 nt. 86
 43.16.1.13 (Ulp. 69 *ad ed.*): 54 nt. 85
 43.16.1.24 (Ulp. 69 *ad ed.*): 30
 43.16.1.25 (Ulp. 69 *ad ed.*): 29
 43.16.1.26 (Ulp. 69 *ad ed.*): 30
 43.16.1.28 (Ulp. 69 *ad ed.*): 52 nt. 80
 43.16.3.10 (Ulp. 69 *ad ed.*): 55 nt. 87

- 43.16.3.17 (Ulp. 69 *ad ed.*): 38
 43.16.20 (Labeo 3 *pith. a Paulo epit.*):
 54 nt. 84
 43.17.1pr. (Ulp. 69 *ad ed.*): 53 nt. 82
 43.17.1.2 (Ulp. 69 *ad ed.*): 31; 35;
 50; 62 nt. 97
 43.26.1 (Ulp. 1 *inst.*): 87
 43.26.1.3 (Ulp. 1 *inst.*): 90
 43.26.2pr. (Ulp. 71 *ad ed.*): 56
 43.26.6.2 (Ulp. 71 *ad ed.*): 92
 43.26.2.3 (Ulp. 71 *ad ed.*): 52 nt. 80
 43.26.6.3 (Ulp. 71 *ad ed.*): 74; 86
 (2); 89; 93
 43.26.8.3 (Ulp. 71 *ad ed.*): 90
 43.26.22pr.-1 (Venul. 3 *interd.*): 74
 43.26.22pr. (Venul. 3 *interd.*): 87; 95
 43.31.1 (Ulp. 72 *ad ed.*): 54 nt. 83
 44.2.14.3 (Paul. 70 *ad ed.*): 35; 62
 nt. 98
 47.4.11.5 (Ulp. 38 *ad ed.*): 63 nt. 99;
 63
 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): 87; 91
 50.17.153 (Paul. 65 *ad ed.*): 26
- INSTITUTIONES
- 2.9.5: 47 nt. 69
- NOVELLE
- 11.27: 77 nt. 135
- THEOPHILUS
- Paraphrasis*
- 2.9.4: 20 nt. 17
 3.29.2: 20 nt. 17
 4.15.7: 53 nt. 82
 4.15 pr.: 61 nt. 94
- Fonti postgiustinianee
- AZZONE DA BOLOGNA
- Summa codicis* (Venezia 1581)
Tit. de poss.
- n. 7-8: 66 nt. 104; 70 nt. 117; 96 nt.
 161
 742: 70
- BASILICI
- 50.2.22.1: 49 nt. 76
- UBERTO GIFANIO (HUBERT VAN
 GIFFEN)
- Lecturae altorphinae*, (Francoforte
 1606)
ad l. 20 D. 41.2: 70 nt. 116
2. FONTI MODERNE
- Codici
- ABGB – ALLGEMEINES
 BÜRGERLICHES GESETZBUCH
- § 309: 4
- BGB – BÜRGERLICHES
 GESETZBUCH
- § 854: 3
 § 856 II: 19
 § 929: 18
 § 930: 18

CODICE CANONICO	1470: 64 nt. 12
1694: 5 nt. 5	ZGB – SCHWEIZERISCHES
1699: 5 nt. 5	ZIVILGESETZBUCH
CODICE CIVILE ITALIANO	§ 920: 3
II Libro (1865): 4	Legislazione
III Libro: 4	DECRETI LEGGE
art. 686 (1865): 16	n. 133/2014: 10
art. 690 (1865): 4	LEGGI
832: 6	n. 164/2014: 10
1140: 4; 7; 18	Sentenze
1140 co. 1: 6; 7(2)	CASSAZIONE CIVILE
1140 co. 2: 7(2)	18.12.1964 n. 2918: 9 nt. 9
1141: 8; 9	18.4.2003 Sez. II, n. 6331: 14 nt. 14
1145: 6	24.3.2014 n. 6893: 14 nt. 14
1153: 5 nt. 4	29.1.2016 Sez. II, n. 1723: 8 nt. 8
1158 ss.: 16	30.1.2017 Sez. II, n. 2295: 12 nt. 12
1168: 5 nt. 4; 64 nt. 101	
1168 ss.: 20	
1168 co. 2: 5	
1169: 64 nt. 101	
1170: 64 nt. 101	
1171: 64 nt. 101	
1172: 64 nt. 101	

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

Volumi pubblicati

1. V. CARRO, *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, 2018, pp. XII-140.
2. V. CARRO, *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, Seconda edizione, 2019, pp. XII-140.
3. A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, 2020, pp. XIV-146.
4. M. SCOGNAMIGLIO, *Lex Fabia. Le origini del plagio*, 2022, pp. VIII-184.
5. V. CARRO, *Riflessioni su possesso e costituito possessorio tra corpus e animus*, 2022, pp. VI-122.

