

Il possesso del sequestratario

1. Un recentissimo studio di Giovanni Nicosia,¹ come sempre acuto, ricco di dottrina e scritto limpidamente, ha proposto la congettura per cui l'unica attestazione espressa d'una *possessio* del sequestratario, D.16.3.17.1 (Flor. 7 *inst.*), sarebbe il risultato d'un errore di amanuense che avrebbe scritto l'attuale *nam*, in luogo di un *nec* che viene supposto presente nel testo originario.

La ricerca del Nicosia è felicemente sintetica, ma egualmente articolata con completezza di argomentazione, perché, oltre a D.16.3.17.1, prende in attento esame vari altri testi. Tra essi, naturalmente, soprattutto D.16.3.17pr. ed il celebre e difficile passo giuliano, D.41.2.39 (Iul. 2 *ex Minic.*), che da gran tempo (già in età umanistica, e poi fin dal primissimo inizio del sec. XIX, allorché fu pubblicata la prima edizione del *Das Recht des Besitzes* del Savigny) è stato posto (e giustamente, anche a mio avviso) in relazione con D.16.3.17.1, da quanti hanno sostenuto, o assai più raramente negato, l'esistenza in epoca classica d'un "anomalo" possesso senza *animus* di tenere la cosa per sé, e tuttavia tutelato da interdetti, del sequestratario (accanto a quelli del creditore pignoratizio e del precarista).

D'altronde, questa indagine del Nicosia si confronta spessissimo con la brillante e acutissima ricerca molto ampia che, proprio sulla base fondamentale dello studio di D.13.6.17.1 e di D.41.2.39, aveva condotto pochi anni prima Giuseppina Aricò Anselmo;² e soprattutto ne condivide la decisa convinzione che il sequestratario non fu mai considerato possessore *ad interdicta*. La studiosa palermitana pensava ad una alterazione di D.16.3.17.1 per interpolazione, o più probabilmente per inserzione di un glossema.

Dico incidentalmente che, potendo fare richiamo ai due studi ricordati, approfonditi ed informatissimi, potrò secondare la mia naturale pigrizia nel non corredare queste poche pagine di numerosi e dettagliati richiami bibliografici (appena un poco meno avaro sarò nei richiami ad altre fonti), ma certo non trascurerò, per quanto saprò, la cospicua letteratura sul problema della posizione giuridica del sequestratario rispetto all'oggetto depositato, e specialmente sul problema dell'interpretazione dei citati passi di Giuliano e Fiorentino.

2. I punti su cui concentrerò la mia riflessione saranno soltanto questi: è veramente da condividere la tesi di una radicale alterazione di D.13.6.17.1, o per *lapsus* di amanuense, o per alterazione, o per glossema; e, questione strettamente connessa, è da condividere l'affermazione che in D.41.2.39 la *causa omittendae possessionis* prospettata possibile per un particolare tipo di sequestro non abbia nulla a che vedere con una perdita, per i sequestranti, del possesso tutelato con interdetti?

Scelgo l'ordine seguito dal Nicosia (quello della Aricò Anselmo è inverso)³; e svolgo anzitutto qualche riflessione su D.41.2.39 (Iul. 2 *ex Minic.*): *Interesse puto, qua mente apud*

¹ *La pretesa possessio del sequestratario*, in AA.VV., *Cunabula iuris - Studi storico-giuridici per Gerardo Broggin*, 2000, 277-309.

² *Sequestro "omittendae possessionis causa"*, in *AUPA* 40, 1988, 217-341.

³ Le differenti scelte hanno naturalmente una loro logica stringente. Il Nicosia è interessato soprattutto a D.13.6.7.1 (per negarne l'attuale portata), ma, per questo, trova utile premettere l'esame di D.41.2.39, soprattutto al fine di escludere che il frammento giuliano possa interpretarsi come affermazione implicita di un possesso interdittale del sequestratario. L'Aricò

*sequestrum*⁴ *deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.*

Credo che non si possa negare che Giuliano (certo si potrebbe pensare ad una citazione di Minicio, ma siamo quasi del tutto all'oscuro della natura di questo scritto di Giuliano, e conviene parlare soltanto di lui) intende distinguere due possibili configurazioni del sequestro, in dipendenza da due possibili distinte intenzioni degli autori del negozio⁵.

La prima configurazione è quella ellitticamente proposta con le parole *si omittendae possessionis causa* (la struttura completa di questa protasi avrebbe dovuto contenere una forma verbale di *deponere* e la menzione della *res*). Cioè, si prospettava un deposito *in sequestre* nel quale i sequestranti fossero mossi dall'intento di *omittere* il possesso. Giuliano pensava che se *id*, e cioè una configurazione del negozio con quella specifica causa, fosse stato espressamente (*aperte*) confermato e attestato (il verbo *approbare* ha entrambi i significati⁶, certamente), il possesso dell'oggetto sequestrato non potrebbe esser computato (naturalmente, dal momento del deposito a quello della restituzione ad uno dei sequestranti) ai fini dell'usucapione da parte d'uno dei sequestranti. Anche se nel sintetico discorso giuliano ciò non sia in alcun modo accennato, credo si debba ritenere evidente che questa *causa omittendae possessionis* sia considerata caratterizzante la struttura concreta del contratto reale di sequestro da parte di tutti gli interessati: quindi, non solo dai depositanti, ma anche dal *sequester* che, in quanto contraente, deve essere a conoscenza della *mens* delle controparti espressamente manifestata.

Considero anch'io sicuro, come fa il Nicosia, citando e valorizzando una precedente e ben argomentata presa di posizione della Aricò Anselmo, che il cenno a *possessio eius* non possa ragionevolmente considerarsi come riferimento ad un possesso del *sequester*, nominato solo all'inizio del frammento. *Possessio eius*, nel discorso di Giuliano, significa

Anselmo è interessata soprattutto a sostenere la tesi di un sequestro con speciali caratteristiche realizzato da più soggetti in vista dell'esperimento del *iudicium communi dividundo*, e per questo considera D.13.6.17.1 solo come un argomento preliminare per lo studio di D.41.2.39, che considera testimonianza essenziale per il tema trattato. Mi pare giusto notare come l'impostazione data alla sua ricerca da questa studiosa le dia occasione di discutere ampiamente del deposito oltre che del sequestro, con larga e approfondita conoscenza della cospicua letteratura sui due negozi.

⁴ G.Nicosia, *La pretesa possessio* cit., 292 nt. 35 emenda in *sequestrem*, che è certo la forma più frequente in età progredita. Ma, anche considerata la possibilità d'una risalenza a Minicio, non si può escludere la genuinità di *sequestrum* (cfr., ad es., Plaut., *Rud.* 1004: *dare sequestrum aut arbitrum; Vid.* 95, con cenno al *ponere apud sequestrum*).

⁵ Rilevi alla *mens*, quale intenzione di chi compie un atto giuridicamente rilevante non mancano naturalmente in altri passi di Giuliano: ad es., D.41.1.37.6 e D.46.3.34.7: *hac mente accipere, ut...* ed *ea mente acceperit, ut...* G.Nicosia adduce opportunamente Ulpiano, che in D.46.3.58pr. rileva che Giuliano *ait interesse, qua mente solutio facta esset*. Ad essere pedanti, si può sospettare che in D.41.2.39 *deponitur* sia errore di copista in luogo di un congiuntivo che sembrerebbe più corretto in dipendenza dall'infinito *interesse* (cfr. sulla fine del frammento *at si ... deponatur*).

⁶ Sul tratto *et hoc aperte fuerit approbatum*, più volte sospettato di alterazioni (certo, senza valide ragioni), cfr. con ottime osservazioni G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 275, che richiama, per *approbatum*, Gai 1.29, ove certo per *adprobare* il senso prevalente è quello di "dichiarare"; in D.41.2.39 è ben possibile anche il riferimento ad una possibilità, per l'interprete, di "provare" l'esistenza in concreto della *mens*.

“possesso della *res*”.⁷ Ciò tanto più che, come ho or ora detto, nella protasi *si omittendae possessionis causa* è taciuta, ma sostanzialmente è necessariamente presente una integrazione del tipo: *res deponatur* (come si trova nella successiva protasi relativa alla diversa forma di sequestro distinta da Giuliano; ma si può pensare anche, in considerazione del *procederet* che segue immediatamente, una integrazione tacita del tipo *res deposita sit* o *deponeretur*). Sicché, il riferimento di *eius* a *res* sembra obbligato. Riferire *possessio eius* al possesso del sequestratario, come si è fatto, per secoli, in dottrina, malgrado che il sequestratario sia stato menzionato nel testo prima della *res*, è arbitrario, ed appare chiaramente come un espediente per far dire al testo giuliano ciò che esso (a differenza da D.13.6.17.1) non dice; e cioè che il sequestratario possiede.

Del resto, se mai si volesse insistere nel tradurre *possessio eius* come possesso del sequestratario, ciò, in sé e per sé, non significherebbe nulla, dato che, com'è notissimo, i romani non di rado usavano, perfino in testi con valore sostanzialmente normativo come l'editto pretorio, i termini *possidere* e *possessio* anche senza alcuna specificazione limitativa, per indicare situazioni che oggi chiameremmo “detenzione”, cioè situazioni possessorie non tutelate in via interdittale.⁸

Conviene rilevare come sia giustificabile l'uso, che a prima vista potrebbe sembrare strano e sospettabile di alterazione,⁹ del termine *partes*. La fattispecie più comune di deposito *in sequestre* è quella realizzata da due (o più, ma su ciò non torneremo più) litiganti, a proposito di una situazione dominicale su una *res*: il deposito è materialmente realizzato dal litigante che possiede la cosa litigiosa; ma egli opera d'accordo con il suo avversario, tanto che entrambi sono considerati depositanti. Basti ricordare che D.16.3.17pr., che vedremo, considera essenziale perché vi sia sequestro il fatto che il deposito sia realizzato da *plures*. Stando così le cose, sembra che Giuliano avrebbe detto meglio menzionando non già *partes* cui avrebbe potuto giovare la *possessio* della cosa data in sequestro ai fini dell'usucapione, bensì solo il convenuto. In effetti, ad es., nel caso di una *rei vindicatio*, l'attore *dominus* non possessore non avrebbe avuto alcuna ragione o possibilità d'utilizzare il possesso della *res* litigiosa; se vincitore, egli avrebbe visto realizzato il riconoscimento del proprio *dominium*. Invece, il convenuto, possessore, avrebbe potuto sperare, se fosse stato possessore di buona fede e con giusta causa, che, prima della sentenza, e anche durante il tempo in cui la *res* si trovava presso il sequestratario, decorresse il periodo necessario per usucapire. Ma è probabile che Giuliano abbia scritto *partes* tenendo presente un'ipotesi nella quale entrambi i litiganti avrebbero potuto sostenere di contare sull'*usucapio*. Un'ipotesi possibile è questa: i due litiganti si pretendono entrambi possessori *ad usucapionem*; il convenuto, che è in rapporto materiale con la cosa, sostiene, ad es., di averla regolarmente comprata con vero *pretium* da un terzo (risultato poi *dominus*) in perfetta buona fede. L'attore sostiene che anch'egli aveva precedentemente acquistato regolarmente e in buona fede *a non domino*, e che il convenuto era stato da lui incaricato di tenere la cosa (era quindi, sostiene, un possessore *nomine alieno*, un suo *ministerium*: cfr. Celso in D.41.2.18pr.). Un'altra ipotesi è prospettata in tutta la ricerca della Aricò Anselmo: che Giuliano (ma anche Fiorentino) abbia in mente una lite tra

⁷ G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 279ss., con soluzione accettata e giustamente apprezzata da G.NICOSIA, *La pretesa possessio* cit., 294.

⁸ Si possono vedere i testi citati in B.ALBANESE, *Le situazioni possessorie in diritto privato romano*, 1985, 56-72.

⁹ E però è assunto come significativo indizio dell'esistenza di una particolare forma di sequestro realizzata da più condividenti da G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., spec. 273ss.

compossessori *ad usucapionem* per procedere ad una divisione giudiziaria dell'oggetto posseduto (cfr. D.10.3.7.2).

Un punto al quale, a mio avviso, deve veramente sospettarsi una lieve alterazione di D.41.2.39 è quello in cui vi si prospetta, con una seconda protasi, l'ipotesi di un sequestro non realizzato invece *omittendae possessionis causa*. Leggiamo nel testo attuale: *at si custodiae causa deponatur...* Il che, se è impeccabile dal punto di vista grammaticale ed elegantemente armonico con il reciso *procedere constat* dell'apodosi, è sorprendente dato che, per definizione (cfr. Paul. 2 ad ed. D.16.3.6: *Proprie...in sequestre est depositum, quod...custodiendum reddendumque traditur*), la *causa custodiae* è necessaria in ogni sequestro, sicché caratterizzare con quella *causa* solo una specie particolare di deposito sembra assurdo, e comunque non degno di Giuliano

Così come è strutturato nel testo attuale, il contrasto reciso tra le due *causae* chiamate in questione condurrebbe necessariamente alla conseguenza che il primo tipo di sequestro identificato da Giuliano non implicherebbe doveri di custodia per il sequestratario¹⁰; il che sembra assurdo, quale che sia la concreta portata della prima forma negoziale isolata in D.41.2.39.

La soluzione più facile che si prospetta è quella, in sé e per sé plausibilissima, di supporre caduto ad opera di un copista negligente un avverbio limitativo del tipo *tantum o solum* subito prima o subito dopo la struttura *custodiae causa*.

Più complessa soluzione si potrebbe prospettare se si dovesse ipotizzare una radicale alterazione di D.41.2.39, specie nel senso, astrattamente non da escludere, d'una originaria distinzione giuliana non già tra due forme di sequestro, bensì tra due fattispecie di deposito (sicché l'inizio originario del passo non avrebbe contenuto la specificazione *apud sequestrum*, che invece avrebbe dovuto essere espressa in relazione alla seconda configurazione negoziale). In quest'ordine di idee, il deposito *omittendae possessionis causa* non sarebbe affatto un sequestro (e a ciò non osterebbe la menzione delle *partes* che potrebbe riferirsi a parti negoziali e non processuali), ed il deposito *custodiae causa* (*apud sequestrum*, nell'ordine di congetture qui sommariamente delineato) non sarebbe affatto una specie particolare di sequestro, bensì il sequestro nell'unica sua struttura. Ma un siffatto cambio di riferimento nelle parole *apud sequestrum* per semplice svista di amanuense non potrebbe superare il livello d'una congettura non fondata su particolari indizi. Del tutto da escludere mi pare l'ipotesi di un'eventuale alterazione consapevole del testo nel senso accennato¹¹.

In ogni caso, è molto importante una ragionevole interpretazione del cenno all'intento di *omittere possessionem*, assunto nel passo come criterio per decidere sull'eventuale utilizzazione del tempo per cui dura il deposito ai fini dell'usucapione a favore di una delle *partes* depositanti.

E' stato sostenuto di recente, ed il Nicosia¹² si è schierato in questo senso, che l'*omittere possessionem* di cui si parla in D.41.2.39 non sarebbe stato altro, in pratica, che un

¹⁰ Cfr. un cenno rapido ad una mancanza di dovere di custodia nella particolare configurazione che viene supposta, in quella ricerca, per il sequestro *omittendae possessionis causa* (tra condividenti) in G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 278; ma cfr. già prima le riflessioni sulla locuzione *custodiae causa* a p. 244ss.

¹¹ Suppose genericamente, e non persuasivamente, una vasta rielaborazione compilatoria di D.41.2.39, il BESELER, *ZSS* 66, 1948, 348.

¹² *La pretesa possessio* cit., 294ss. (v. a. 305 nt. 65), con richiamo alla conforme posizione precedente su questo punto specifico, delineata già, con una lunga ed acuta trattazione esegetica, ma su presupposti che il Nicosia non condivide affatto, dall' Aricò Anselmo; e con l'aggiunta di

accordo tra i sequestranti (senza che in esso sia coinvolto il sequestratario, se ho ben capito) per dismettere il possesso solo per quel che riguarda la sua utilizzabilità ai fini dell'usucapione, senza che ciò implichi affatto il venir meno del possesso interdittale.

In sostanza, *omittere possessionem*, nel passo di Giuliano, non avrebbe implicato affatto perdita del possesso che sarebbe rimasto (specie per la tutela interdittale) a chi già l'aveva; bensì, perdita soltanto dell'utilizzabilità del possesso ai fini dell'usucapione.

Non è chi non veda quanto sia sottile questa interpretazione. Per mio conto, considerando anche i pochi altri testi¹³ nei quali i giuristi accennano al fenomeno dell'*omittere possessionem* (o *rem*, o simili), ritengo che il patto cui allude Giuliano sia un sequestro in cui i sequestranti rinunziano al possesso in generale, e cioè al possesso sotto ogni pensabile profilo.

3. Va citato anzitutto D.4.7.4.1 (Ulp. 13 *ad ed.*), un testo che, per la parte che ci interessa, è riprodotto come *regula iuris* in D.50.17.119. Viene considerato l'editto pretorio sull'*alienatio iudicii mutandi causa facta*, con il quale si dava azione (*in factum* ed al *quantis actoris interest*) contro chi, convenuto in una rivendica, avesse fraudolosamente alienato la cosa contesa al solo scopo di far sì che l'attore venisse a trovarsi davanti ad un nuovo convenuto più ostico (cfr., per tutti, Gai 4 *ad ed. prov.* D.4.7.4pr.). Ulpiano rileva come sia possibile che un convenuto in rivendica operi *dolo malo* in modo da *desinere possidere*, al fine di sottrarsi all'altrui rivendica, e però non vi sia *alienatio* a terzi. E Ulpiano formula la regola *neque enim alienat, qui dumtaxat omittit possessionem*.

Pare del tutto naturale pensare che qui Ulpiano metta in luce la perdita del possesso in generale, allorché parla di *omittere possessionem*; e non già solo una rinunzia ad una eventuale usucapione.¹⁴

In D.41.6.5 (Scaev. 5 *resp.*) ci si chiede se sia da considerare interrotta l'usucapione di un servo, allorché chi lo possedeva *ad usucapionem* l'abbia manomesso. La manumissione in questione è certo, ancorché ciò non sia esplicitamente detto nel testo, da considerare come *manumissio iuris civilis: vindicta* (o *censu*, se ancora in uso al tempo di Scevola); ma non *testamento*, data la logica del caso prospettato.¹⁵ La risposta al quesito è positiva. Si dice che

alcuni testi con distinzioni tra la dismissione del possesso e la trasmissione di esso. Si tratta di D.41.2.18.1 (Celso afferma che la *traditio* ad un *furiosus* fa perdere il possesso al *tradens*, pur se il *furiosus* ovviamente non l'acquista; sarebbe ridicolo, spiega Celso, dire che la volontà di *dimittere possessionem* sia legata necessariamente al possesso di essa, dato che, anzi, il trasferimento è voluto proprio per *dimittere possessionem*; per vero il ragionamento è alquanto sofisticato, ed il passo meriterebbe un esame più attento che qui non è il caso di svolgere), D.41.2.34pr. (Ulpiano cita Celso e Marcello come sostenitori della possibilità di *deponere et mutare possessionem* con l'*animus* - e questa tesi è certo alla base della soluzione in D.41.2.18.1 or ora ricordato - ; ed ipotizza un altro caso in cui vi è una *traditio* ma non acquisto di possesso per il soggetto cui la *traditio* è fatta; e per questo caso, a differenza da Celso, esclude che il *tradens* perda la *possessio*). Fattispecie come queste, comunque, implicano, non già un semplice *omittere possessionem* con intento (*causa*) di chi realizza un negozio, bensì una *traditio* posta regolarmente in essere o con autonomo negozio o come negozio conseguente ad un contratto.

¹³ La maggioranza di essi è stata considerata attentamente dall'Aricò Anselmo, come si dirà caso per caso; alla studiosa è sfuggito solo qualche passo, come pure si vedrà.

¹⁴ Questa ultima possibilità è considerata realistica, ancorché prospettata come interpretazione "più sottile", da G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 272 nt. 149.

¹⁵ Così sembra, a prima vista. In ogni caso, anche a supporre che il quesito sia posto in relazione ad una *manumissio testamento* (e quindi con riferimento al dubbio che un *de cuius* abbia, prima di morire, usucapito il servo), la soluzione non sarebbe diversa. Quil che è decisivo è il

videtur...omisisse possessionem et ideo usucapionem interruptam. Ora, benché la questione riguardi specificamente l'usucapione, sembra chiaro che l'interruzione di essa sia presentata come effetto (*et ideo*) della rinuncia alla *possessio* in genere, non solo sotto il profilo dell'usucapione. Sebbene non sia esplicitata nel breve testo, a me pare che la *ratio* della decisione consista nel fatto che con la manumissione civile invalida il possessore del servo non ha conseguito la concessione della libertà a lui (Scevola dice *nihil agit*), ma ne ha perduto il possesso, in quanto, se si trattò di *manumissio vindicta*, egli non negò la pretesa dell'*adsertor in libertatem* o addirittura dichiarò egli stesso che il servo era libero (in entrambi i casi è necessariamente implicita la concessione al servo della possibilità di *se gerere pro libero*); e analogamente, in caso di *manumissio censu*, egli stesso dichiarando all'organo pubblico che il servo doveva essere registrato ormai come libero, aveva concesso al servo la facoltà di comportarsi da libero. In ogni caso, questi atteggiamenti sono incompatibili con un persistere del possesso sul servo, sicché Scevola dice sinteticamente *omisisse videri possessionem*, cioè "sembra che egli abbia rinunciato al possesso". Di fronte alla recisa formulazione del giurista, non pare pensabile che egli supponesse (e perché mai, poi?) un persistere del possesso ai fini della tutela interdittale.¹⁶

D.43.16.1.25 (Ulp. 69 *ad ed.*) è un testo famoso perché vi si cita l'insegnamento di Proculo per cui la *regula vulgata* sulla *retentio possessionis solo animo* dei *saltus* ad utilizzazione stagionale (*hiberni* o *aestivi*) menzionava quel tipo di fondi solo a titolo di esempio. Infatti, qualunque sia il genere di fondo, chi si allontana da esso (si parla di *recedere*) senza l'intenzione (*mens*; è il termine stesso usato da Giuliano in D.41.2.39) di volerne *omittere possessionem*, conserva la *possessio solo animo*. E' evidente che anche qui non si saprebbe certamente come ammettere un *omittere possessionem* con effetto limitato all'usucapione.¹⁷

D.43.16.18pr. (Pap. 26 *quaest.*), per quel che ha riguardo ai problemi qui trattati, va segnalato per le seguenti (sostanzialmente equivalenti) regole. Nessun venditore può avere *animus* di *omittere possessionem* in favore del compratore prima che il compratore abbia effettivamente preso possesso della cosa venduta;¹⁸ il venditore non rinuncia al possesso (si parla di *omissa possessio*) finché la cosa non sia stata consegnata al compratore.¹⁹

Che nel testo papiniano debbano, o almeno possano, esser considerati errori di copista i cenni all'*omittere possessionem* ed alla *omissa possessio*, in luogo di *amittere possessionem*

comportamento del manumissore, che dopo il suo atto di affrancazione certo non poteva più possedere il servo.

¹⁶ Parere diverso in G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 272 nt. 149: la manumissione inefficace avrebbe "cancellato anticipatamente l'effetto acquisitivo che il possesso avrebbe prodotto di lì a qualche tempo." Ciò è esatto, ma non si vede ragione per pensare che tutti gli altri profili possessori fossero rimasti intatti.

¹⁷ Il frammento non è considerato, se non mi sbaglio, dall'Arìcò Anselmo.

¹⁸ D.43.16.18pr.: *...quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset.* Non si può escludere che sia caduto un *ante* correlato al *quam*; ma il passo è chiarissimo anche nell'attuale stesura. Va notato che il cenno papiniano all'*animus, ut possessionem omitteret* è sostanzialmente identico al riferimento alla *mens* intesa ad *omittere possessionem* che si trova in Giuliano (D.41.2.39; qui la *mens* è specificata sotto il profilo dell'intento negoziale con il riferimento all'operare con *causa omittendae possessionis*) ed in Proculo e Ulpiano (D.43.16.1.25; qui la *mens* sotto il profilo del contenuto concreto è precisata con il cenno a *ut omisisse possessionem vellemus*).

¹⁹ D.43.16.18pr.: *...neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori.* Questa regola è enunziata prima dell'altra riferita nella nota precedente. Il testo papiniano forse è alterato nel tratto *non enim - ablata*.

ed *amissa possessio*²⁰ non mi pare possibile. Del resto, parlare di un animo volto all'*amittere possessionem* sarebbe sgraziato; l'*animus* sarebbe stato in ordine al *desinere* di possedere; l'*amittere* è un evento oggettivo, più che un oggetto di volizione. In altre parole, sarebbe stato ragionevole parlare di volontà di cessare di possedere, più che di volontà di perdere il possesso.

In tutti i casi veduti, *omittere possessionem* significa certamente, o così mi pare, rinunciare al possesso in tutto, non già solo rinunciare a valersi del possesso ai fini dell'usucapione.

Nello stesso senso di rinuncia in tutto e non solo per alcuni aspetti particolari sembrano da intendersi altri riferimenti presenti nelle fonti.

Ad es., nel celebre D.41.2.7.1 (Paul. 54 *ad ed.*), si parla di un *omittere rem* che determina un *desinere* di esser *dominus* della *res* stessa. Qui Paolo cita Giuliano che, in dissenso da Proculo, dice che la perdita del dominio è conseguenza della sola rinuncia alla *res* (in sostanza, della *derelictio*), senza che occorra che si verifichi un impossessamento da parte di un terzo. Evidentemente Giuliano porta alla logica conseguenza l'ordine di pensiero che valutava decisivo l'*animus* in relazione alla *possessio*, un ordine di pensiero che troviamo rispecchiato nella regola relativa al mantenimento del possesso *solo animo* dei fondi non continuamente posseduti, in ordine ai quali non vi sia volontà di *omittere possessionem* (una regola che vedemmo or ora attestata proprio da Proculo citato da Ulpiano in D.43.16.1.25). Ancora, in D.42.1.15.4 (Ulp. 3 *de off. consulis*), un testo forse alterato dai compilatori, si parla di *dimittere rem* e *dimittere pignus*; si allude sempre ad una rinuncia generica e non già limitata ad un solo profilo. Più rilevante per noi è D.41.2.18.1 (Cels. 23 *dig.*), in cui si afferma che basta *dimittere possessionem* per *desinere possidere*, anche se non sia realizzato un acquisto, da parte di terzi, della cosa oggetto del *dimittere*. Il caso discusso è una *traditio* a favore di un *furiosus*, e Celso sostiene che il *tradens* ha cessato di possedere. Qui *dimittere* sembra del tutto equivalente ad *omittere*, e predica, come *omittere*, una rinuncia al possesso sotto ogni suo profilo.²¹ Identico valore di rinuncia in generale si ha per *omittere* in altri testi giuridici non relativi al possesso. Ad es., D.28.2.14.1 (Afr. 4 *quaest.*) che parla di *omittere hereditatem*, così come D.29.2 *R.*; D.29.2.7.2; 24; 60; 76; 80pr.; D.29.4.1.8 e 13; D.29.4.4.2; D.29.4.6pr.; D.29.4.17 (molto più frequente è l'espressione *repudiare hereditatem* o, a seconda dei casi, *se abstinere*; probabilmente d'origine edittale è la terminologia, per una fattispecie particolare, di *omittere causam testamenti*: cfr., ad es., parecchi testi in D.29.4). Si vedano anche, ad es., *omittere bonorum possessionem*, *omittere legatum*, per cui basti citare, ad es., D.37.11.2.8 e D.39.6.31.2.

4 Ammesso che D.41.2.39 sia un testo da attribuire sostanzialmente a Giuliano, e non un frutto di gravi stravolgimenti volontari o accidentali; e ammesso, quindi, che, in età classica, vi sia stato un sequestro *omittendae possessionis causa*, sorge il problema di intuire ciò che nel passo non è minimamente accennato intorno alla situazione possessoria dell'oggetto depositato presso il sequestratario.

Se *omittere possessionem* significa letteralmente "rinunciare al possesso", come conferma stringentemente il confronto con i testi addotti nel paragrafo precedente, a me pare impossibile la tesi, cui abbiamo accennato, di un persistere del possesso di chi l'aveva prima del sequestro, a tutti gli effetti, salvo che ai fini del computo del tempo dell'usucapione.

²⁰ Così ritiene G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro cit.*, 267 nt. 132.

²¹ Questo passo è richiamato anche da G. NICOSIA, *La pretesa possessio cit.*, 295 nt. 45 con un cenno pure a D.46.2.34pr. di cui dovremo brevemente occuparci tra poco anche noi.

Se mai Giuliano avesse voluto dire qualcosa del genere non avrebbe certo parlato seccamente di *omittere possessionem*; avrebbe usato espressioni che indicano specificamente soltanto la rinuncia all'utilizzazione del periodo di durata del sequestro.

Detto ciò, si deve pensare, a me sembra, ad una rinuncia al possesso per ogni pensabile profilo, pur se fatta ovviamente allo scopo specifico di evitare una utilizzazione in tempo di durata del sequestro per completare una usucapione già iniziata (davvero, o solo nell'opinione d'un interessato).

E dato che questa rinuncia al possesso viene fatta proprio in concomitanza con la consegna dell'oggetto conteso al sequestratario, sembra naturale ritenere che Giuliano, ancorché non dica nulla al riguardo (e però nel sintetico quadro espositivo che caratterizza D.41.2.39 una precisazione sul punto sarebbe stata superflua), considerasse realizzato un passaggio del possesso al sequestratario.

Costui, insomma, oltre al detenere *nomine alieno* l'oggetto depositato presso di lui, era, per effetto della *omissio possessionis* da parte dei sequestranti, un possessore ai soli fini dell'eventuale difesa interdittale del possesso; quindi, in una situazione analoga a quella di altri soggetti ai quali il diritto romano riconosceva una tutela interdittale in ordine ad una *res* da essi detenuta *nomine alieno* (precarista e creditore pignoratizio).

Che una difesa interdittale del possesso fosse necessaria nel periodo di durata del sequestro anche se *omittendae possessionis causa* è di per sé evidente. Non vale, in senso opposto, il rilievo (*infra*, nt. 22) per cui, essendo il sequestro limitato, come sembra, a *res mobiles*, e quindi essendo la tutela possessoria, nel caso in specie, affidata all'esperimento dell'interdetto *utrubi* che assicurava vittoria a chi avesse posseduto senza vizi rispetto all'avversario per la maggior parte dell'ultimo anno, il sequestrante (o i sequestranti, se entrambi presunti possessori *ad usucapionem*) normalmente sarebbe prevalso su chi si fosse impossessato dell'oggetto sequestrato, anche non essendo più possessore attuale per effetto dell'*omittere possessionem*, dato che egli era stato precedente possessore. In realtà, nessuno può escludere un sequestro a lunga durata, e quindi tale da far venir meno, nel sequestrante o nei sequestranti, il vantaggio della maggior durata del possesso nell'ultimo anno.

Inoltre, al riguardo, va rilevato che è certo vero, come osservano gli studiosi ai quali più volte qui mi sono già riferito, che *omittere possessionem* non significa affatto "trasmettere il possesso"²², ma è altrettanto vero che quella locuzione non può essere usata ragionevolmente per predicare una fattispecie nella quale la *possessio omissa* in concreto non sarebbe *omissa* affatto, e nella quale ciò che sarebbe oggetto di *omissio* non sarebbe la *possessio* bensì solo una potenzialità di essa (l'utilizzazione ai fini dell'usucapione). Giuliano sarebbe stato incredibilmente stravagante se avesse usato una locuzione che esprime nel

²² Cfr. G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 266ss., a conforto della tesi per cui Giuliano in D.41.2.39 con l'espressione *omittendae possessionis causa* non intendeva alludere ad un passaggio della *possessio* al sequestratario. Vanno segnalate le acute riflessioni e la vasta analisi dei testi (ma non mi è possibile accettare senza esitazioni conclusioni del tipo: "*omittere* non vuol dire propriamente perdere, ma mancare di acquistare" a p. 270, con richiamo a D.4.4.44, in ordine al quale il valore affermato di *omittere* nasce solo dal fatto che si legge *adquirere omiserint*, ma quando non vi siano simili specificazioni e si trovi *omittere* a reggere solo un oggetto, il verbo non può non significare "rinunciare all'oggetto"); G.NICOSIA, *La pretesa possessio* cit., 294ss. (è ovvio che, come rileva il Nicosia, "l'espressione *omittendae possessionis causa*...non è certo la più adatta ad indicare il ...trasferimento del possesso..."; ma è altrettanto ovvio che Giuliano non parlava, né per affermarlo, né per negarlo, del trasferimento del possesso, e però usando *omittere possessionem* non avrebbe potuto certo pensare ad un mantenimento del possesso; sul punto, diremo qualcosa più avanti).

modo più netto possibile la rinuncia al possesso per parlare di cosa tutta diversa dalla rinuncia al possesso.

Conclusione provvisoria che si deve desumere, a mio avviso, da tutto ciò che si è visto a proposito di D.41.2.39 è, quindi, la seguente. Giuliano accenna ad una forma di sequestro che comporta il venir meno della preesistente situazione possessoria in ordine all'oggetto conteso, e non dice nulla della nuova situazione che nasce. Nuova situazione che, tuttavia, non sembra poter essere altra che quella di una attribuzione della tutela possessoria al sequestratario.

Sul passo di Giuliano torneremo brevemente, dopo aver discusso di D.16.3.17.1, per cercare di intendere meglio la distinzione tra le ipotesi di sequestro in relazione alla *mens* del deponente.

5. A questo punto, è necessario addurre il passo di Fiorentino che menzionammo all'inizio e che una tradizione dottrinale secolare ha giustamente collegato a D.41.2.39. E cioè è necessario studiare D.16.3.17.1, ed è opportuno trascriverne anche il *pr.*

D.16.3.17pr.-1 (Flor. 7 *inst.*): *Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur. Itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt. 1. Rei depositae proprietates apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.*

Il *pr.* si può considerare immune da fondati sospetti.²³ Esso è costituito con attenta simmetria binaria. A) Nella prima parte, cioè all'inizio, si enuncia come sia essenziale, nel sequestro, un deposito fatto da più persone; mentre, si chiarisce, un normale deposito può essere effettuato invece o da un solo soggetto o da più soggetti. Al riguardo, giova notare che il passo di Fiorentino è escerpito da un manuale istituzionale, sicché è ben giustificato lo scrupolo di confronto fra fattispecie per qualche verso simili ed anche è giustificata la palese ovvietà del rilievo della possibilità di depositi con uno o più deponenti. E subito dopo si spiega (con la frase che comincia con *nam, id, ove id* è un neutro che allude al *deponere apud sequestrem* precedente) come la necessità di una pluralità di deponenti discenda direttamente dal fatto che il sequestro si usa per cose oggetto di controversia. B) Poi, in una seconda parte, allo stesso modo, dapprima si trae una conseguenza (*Itaque*) di ciò che era stato detto: e cioè che, nel sequestro, ciascuno dei depositanti era considerato come depositante della cosa per l'intero (*in solidum deposuisse*, sicché, è implicito, il vincitore della controversia avrà diritto alla riconsegna da parte del sequestratario della cosa per l'intero e non già solo per una quota) e subito dopo si spiega che un *deponere in solidum* non si ha nel caso di più condomini che depositino un oggetto comune.

In sostanza, in entrambe le parti del breve passo, ad una affermazione iniziale segue un rilievo: nella prima parte, una spiegazione; nella seconda una differenza.

In ordine all'ultima frase di D.16.3.17pr. (*quod deponitur*), è stato sostenuto di recente dalla Aricò Anselmo, con grande e brillante impegno argomentativo, che accennando a *plures* che *rem communem deponunt* Fiorentino si sia riferito ad un sequestro con caratteri

²³ Su alcune ipotesi di alterazione e sulla loro confutazione, cfr. G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 229 nt. 24 (D.16.3.17 è studiato con grande ampiezza e approfondimento a p. 229ss.). Sul frammento di Fiorentino cfr. anche, più brevemente, ma con attenzione e acutezza, G. NICOSIA, *La pretesa possessio* cit., 297ss.

particolari (più condividenti affidano la cosa da decidere, in attesa della sentenza in un *iudicium communi dividundo*, ad un sequestratario).²⁴ Questa conclusione è stata contestata brevemente, per ultimo, dal Nicosia;²⁵ ed anche a me sembrerebbe, a prima vista, che Fiorentino si riferisca, non già ad un sequestro particolare, ma ad un normale deposito effettuato da più condomini in ordine ad una *res communis*; per questo caso ognuno dei depositanti (a differenza dai sequestranti) aveva diritto alla riconsegna solo della sua quota (eventualmente *pro indiviso*; cfr. D.16.3.1.44).²⁶ Ma sarebbe temerario esprimere qualcosa di più di un'impressione al riguardo senza più approfondito studio.

6. Naturalmente, ai nostri fini, è più importante ciò che segue nel passo di Fiorentino. In D.16.3.17.1 leggiamo anzitutto che la cosa depositata resta di proprietà del deponente (naturalmente, se egli era proprietario). Si è espressa, talvolta, sorpresa per questa affermazione considerata troppo ovvia, dimenticando, a mio avviso, che essa poteva essere un'annotazione opportuna, specie se il discorso di Fiorentino (in un'opera istituzionale, ripeto) aveva contenuto una preliminare distinzione tra *fiducia cum amico* a titolo di deposito, con trasferimento del dominio) e contratto reale di deposito.²⁷

Del resto, giova tenere presente che, in altro frammento escerpito dalle sue *Institutiones*, questa volta dal libro ottavo, che non mi risulta essere stato utilizzato da quanti hanno discorso di eventuali guasti della parte iniziale di D.16.3.17.1, Fiorentino segue un ordine espositivo assai vicino a quello che abbiamo messo in rilievo. In effetti, in D.13.7.35.1 Fiorentino spiega ai suoi allievi che il pegno, *manente proprietate debitoris*, trasferisce al creditore *solum possessionem*, un'affermazione che, come quella quasi identica di D.16.3.17.1, era dunque considerata utile ai fini didattici, malgrado la sua ovvietà.

Segue il rilievo che la stessa situazione segnalata per il dominio si verifica anche in ordine al possesso della *res deposita*; ed è il caso di segnalare che identica riflessione sul possesso che permane in chi consegna la cosa, identicamente si legge in un breve testo di Pomponio (che abbiamo citato nell'ultima nota). Tuttavia, ed è il punto più importante, la permanenza del possesso nel deponente è presentata come non sussistente in una fattispecie particolare di deposito. Permanenza ed eccezione sono espresse nella brevissima frase *Sed et possessio* [deve intendersi, per coerenza con ciò che nel testo precede, *apud deponentem manet*] *nisi apud sequestrem deposita est*.

Si è discusso su quale sia il soggetto che occorre considerare sottinteso per il verbo *deposita est*. Il Savigny (seguendo soprattutto Duarenus) ebbe occasione di affermare con la massima nettezza possibile che occorre leggere "*deposita (possessio) est, nicht deposita (res*

²⁴ Così, G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro cit.*, 229ss.

²⁵ *La pretesa possessio cit.*, 297 nt. 49; 301 nt. 57.

²⁶ Il testo, di Ulp. 30 *ad ed.*, è opportunamente richiamato a proposito di D.16.3.17pr. da G. NICOSIA, *La pretesa possessio cit.*, 300; sul passo ulpiano esaurienti considerazioni, sotto diverso profilo, in G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro cit.*, 219s. Il fatto che D.16.3.1.44 giustamente specifichi che uno dei depositari di una *res communis* ha diritto alla riconsegna solo della *pars*, soltanto in caso che non sia stato convenuto tra i depositanti *ut vel unus tollat totum*, non basta a far escludere che sul finire di D.16.3.17pr. Fiorentino si riferisse ad un normale deposito di *res communis* (per questa tesi, cfr. *supra*, nt. 24): nella sua opera istituzionale e nel contesto del suo particolare discorso, Fiorentino può non aver fatto menzione del deposito di più condomini con patto *ut vel unus tollat totum*.

²⁷ Considera del tutto corretta questa prima notazione di Fiorentino G. NICOSIA, *La pretesa possessio cit.*, 301, che opportunamente adduce identica affermazione, in ordine al comodato, in D.13.6.8 e richiama anche utilmente D.13.6.9.

est)”. E questa lettura è stata accettata di recente, anzitutto, dalla Aricò Anselmo,²⁸ che ne ha tratto un argomento per la tesi di fondo della sua ricerca; e, da ultimo, anche dal Nicosia.²⁹

Per essa, tuttavia, almeno per quanto mi è parso, non è stata prospettata alcuna motivazione sul piano esegetico. Su questo piano va notato che la lettura del passo come se esso contenesse la struttura *nisi apud sequestrem res deposita est* è effettivamente meno probabile di quella, adottata dal Savigny e dai suoi predecessori e ora ripresa dagli studiosi recenti cui ci siamo riferiti, che intendesse presente la struttura *nisi apud sequestrem possessio deposita est*. A favore di quest’ultima sta anzitutto il fatto che *possessio*, non *res*, è il sostantivo più vicino cui il verbo *deposita est* potrebbe riferirsi. Un riferimento a *res*, poi, non pare probabile perché, se si volesse collegare *deposita est*, non a *possessio* (che immediatamente precede la forma verbale) bensì ad un sostantivo più lontano, si dovrebbe supporre la struttura *rei depositae possessio deposita est* (di *res deposita*, non di *res*, il testo faceva menzione all’inizio); la struttura in questione con la ripetizione *rei depositae e deposita est* sarebbe difficilmente accettabile. Del resto, va aggiunto, ed è ciò che più conta, che è vero che *deponere possessionem* non è locuzione frequente; ma è certo sbagliato considerarla locuzione linguisticamente impossibile e ignota alle fonti.³⁰

In realtà, vi è almeno un passo (non utilizzato, per quel che mi sembra, dai moderni studiosi di D.16.3.17.1) che parla proprio di *deponere possessionem*; ed è D.41.2.34pr. (Ulp. 7 disp.), testo celebre per la teoria dell’errore negoziale e per quella dell’*animus* nel possesso. In esso, si citano Celso e Marcello, che affermano la possibilità di *animus deponere (et mutare) possessionem*.³¹ Sicché l’interpretazione del Savigny ed altri del *nisi deposita est* in D.13.6.17.1 è del tutto ammissibile sul piano lessicale.

Ma le questioni più importanti, in ordine al frammento di Fiorentino, sono altre e sono state molto ampiamente discusse in dottrina.

Allorché Fiorentino afferma che il possesso non rimane presso il deponente se la *possessio deposita est apud sequestrem*, egli vuole dire che in ogni sequestro si ha una perdita del possesso per il sequestrante? Oppure che ciò è vero soltanto per un tipo di sequestro?

²⁸ G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 234ss., con esaurienti indicazioni bibl. non solo sul Savigny (e su Duarenus, che aveva avanzato la stessa tesi alcuni secoli prima), ma anche su tutta la folta lett. successiva.

²⁹ *La pretesa possessio* cit., 302.

³⁰ Così, ad es., F.EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, in ZSS 11, 1890, 18-19; V.ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro*, 1 (del 1906), ora in *Scritti di diritto romano*, I, 1974, 70 nt. 1. Altri studiosi, per qualche verso contrari alla lettura del Savigny, in G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 235 nt. 40.

³¹ E’ appena il caso di dire che l’accostamento a *mutare* esclude del tutto che *deponere possessionem* in D.41.2.34pr. si riferisca alla *possessio* nel senso vulgato di oggetto del possesso. Si sa quanto spesso i romani abbiano sbrigativamente chiamato *possessio* la *res* (un elenco di questi passi si può trovare nel mio studio *Le situazioni possessorie* cit., 14 nt. 30): nella stessa celebre definizione di possesso di Elio Gallo riferita in Fest., v. ‘*Possessio*’ (260 L.), si sente il bisogno di escludere che a rigore *possessio* potesse indicare *fundus aut ager*, segno che questo uso oggettivo di *possessio* era diffuso nel discorrere comune. Ma *deponere possessionem* in D.41.2.34pr. significa certo “abbandonare la situazione possessoria”. E *possessio* in senso di “situazione possessoria”, non di “cosa posseduta” ricorre anche nella locuzione abbastanza frequente *tradere possessionem* (ad es., D.41.2.39; 17.1; 18.2.21pr.; 33; 34.1; 38.1) che è concettualmente del tutto parallela a *deponere possessionem*, per non parlare dei comunissimi costrutti *accipere, adquirere, adipisci possessionem*, con eguale accezione di *possessio* come situazione.

Credo che sia necessario giungere alla conclusione, sostenuta da una forte e autorevole corrente dottrinale (ed anche dai due valorosi studiosi con le cui ricerche questo mio breve studio si è più volte confrontato),³² per cui Fiorentino parla di un tipo particolare di sequestro, quello con rinuncia al possesso, quindi della stessa fattispecie di cui parlava Giuliano in D.41.2.39.

E in effetti, il seguito del passo di Fiorentino mostra chiaramente che l'ipotesi da lui considerata è quella di un caso di sequestro in cui, come in quello prospettato da Giuliano, in D.41.2.39, è rilevante il rischio di usucapione nelle more della decisione di una lite fra i sequestranti (cfr. *id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*). In sostanza, Giuliano distingueva compiutamente fra sequestro *omittendae possessionis causa*, per il quale segnalava il non procedere del tempo per l'eventuale usucapione di uno o di entrambi i sequestranti, e sequestro soltanto *custodiae causa*, per il quale segnalava una situazione opposta alla precedente, quanto al computo del tempo per l'usucapione. Invece, Fiorentino individuava un tipo di sequestro caratterizzato dal fatto che *possessio deposita est apud sequestrem*, una locuzione che può considerarsi del tutto equivalente all'*omittere possessionem* di Giuliano; e per questo tipo di sequestro segnalava, analogamente a Giuliano, ma più sommariamente, il non procedere della *possessio* (non credo che sia rilevante, come è stato talora sostenuto in dottrina, che Fiorentino parla sommariamente di non procedere del tempo *possessionis* senza cenno espresso all'usucapione; anche in tal modo il discorso di Fiorentino è chiarissimo).

E' certamente vero che in D.16.3.17.1 non vi è una compiuta distinzione esplicita tra due tipi diversi di sequestro (come accade nel passo di Giuliano), bensì vi è l'isolamento, mediante un *nisi*, del regime possessorio d'un tipo di sequestro (con *possessio deposita*) rispetto al regime possessorio del deposito in generale. Ma ciò non pregiudica la convergenza piena dei discorsi di Giuliano e Fiorentino, specie se si suppone, come è necessario fare (sempre anche in considerazione del carattere elementare dell'opera di Fiorentino), che questo giurista avesse parlato, prima dell'attuale D.16.3.17, del sequestro, sottolineandone la natura essenziale di deposito (sia pur caratterizzato dalla necessaria pluralità di deponenti e da una particolare *condicio certa*, per cui cfr. D.16.3.6 e D.16.3.33; v. a. D.4.9.9.3), sicché, contrapponendo un deposito *apud sequestrem*, del tipo specifico che segnalava, al deposito in generale, egli distingueva contemporaneamente un tipo di sequestro particolare da un altro tipo di sequestro identico al deposito normale per il profilo che egli intendeva sottolineare (situazione possessoria e computo del tempo per l'usucapione).

Indizio essenziale per ritenere che D.16.3.17.1 trattasse dello stesso tipo di sequestro particolare di cui parlava D.41.2.39 è costituito dall'insistenza identica di Giuliano e Fiorentino sulla possibilità di rinunciare (per quel che più conta, ai fini dell'eventuale usucapione) alla *possessio* da parte di entrambi i sequestranti. Ciò è palese nel cenno giuliano al non procedere *ad usucapionem* della *possessio* per le *partes*, nonché nel simmetrico

³² Citazioni particolarmente indicative e utilissime per la dottrina più antica, in ordine allo stretto collegamento tra D.16.3.17.1 e D.41.2.39, in G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 235 nt. 35; 274 ntt. 154 e 155; ed in G. NICOSIA, *La pretesa possessio* cit., 277 nt. 3 (ove si trascrivono opportunamente alcuni passi essenziali della Glossa accursiana, di Odofredo, di Cuiacio, di Duareno e di Savigny); 302 nt. 60. Questa dottrina tradizionale riteneva o che il sequestratario possedeva di regola, salvo il caso in cui il sequestro fosse stato fatto solo *custodiae causa*; o che il sequestratario non possedeva di regola, salvo il caso in cui il sequestro fosse stato realizzato *omittendae possessionis causa*. Aricò Anselmo e Nicosia, al contrario, pensano che il sequestratario non abbia mai posseduto in entrambi i casi di sequestro.

cenno di Fiorentino al non procedere del tempo (durante il quale l'oggetto è presso il sequestratario) *neutrius possessioni*. Non sembra che sia possibile attribuire al caso questa coincidenza nel sottolineare l'equivalente situazione possessoria per *partes* (tutti i sequestranti) e per *uterque* (che si deve integrare volgendo al positivo il *neuter* menzionato nella locuzione *neutrius possessioni id tempus procedat*).³³ Certo, sorprende, a prima vista, il fatto che la fattispecie di un sequestro con rinuncia al possesso da parte dei depositanti, presentata, secondo l'interpretazione dei passi di Giuliano e Fiorentino che ci è parso dovere accettare, come eccezione (rispetto al sequestro solo *custodiae causa* o rispetto al sequestro in quanto negozio sostanzialmente consistente in un deposito), non sia più incisivamente isolata e approfondita nelle fonti. Ma questa circostanza non può essere addotta certo come motivo di sospetto, dato lo stato frammentario (per definizione) delle testimonianze contenute nel Digesto, e soprattutto data la singolarità della fattispecie (sequestro operato da due depositanti che ritengono entrambi d'esser possessori *ad usucapionem*).

7. Fiorentino fa seguire all'osservazione per cui la *possessio non manet apud deponentem se apud sequestrem deposita est* due brevi frasi: '*nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.*'

Mi sia consentito di esporre quella che mi sembra la più probabile interpretazione di questo tratto senza confrontarmi ad ogni momento con la vastissima letteratura accumulatasi su di esso. Come ho fatto per altri profili dei due testi considerati nelle pagine seguenti, mi limiterò a rinviare di tratto in tratto, brevemente, e senza alcun proposito di fastidiosa contestazione, soltanto ai due studi recenti ed importanti di Aricò Anselmo e Nicosia, tante volte utilizzati fin qui.

Il rilievo per cui la *possessio* non resta nel deponente se *apud sequestrem deposita est* è immediatamente seguito nel passo di Fiorentino dalle parole *nam tum demum sequester possidet*. Se si attribuisce a *tum demum* il valore attestato nettamente in altri passi (ad es., Plaut., *Men.* 346; Cic., *Cat.* 3.2.4), questa breve e discussa³⁴ frase deve certamente essere intesa nel senso che, a conferma (*nam*) del non possedere da parte del depositante sta il fatto che soltanto allora (*tum demum*) il sequestratario possiede. Quindi, nel senso che il sequestratario è possessore dell'oggetto sequestrato solo nel caso che la *possessio deposita est* presso di lui.

Il passo si conclude con un ulteriore rilievo contenuto in una frase la cui connessione con ciò che precede è rappresentata dalla struttura *id enim agitur, ut*, quindi con cenno al fatto che la *possessio* (solo nel caso indicato) del sequestratario ha una ragione (*enim*). In particolare, la ragione è che con quel tipo di deposito ciò che si attuava (*id agitur*) era il fine (*ut*) di non far valere per nessuno dei sequestranti il tempo di durata del sequestro.

Il discorso di Fiorentino che, in questa finale del frammento, è parso mal congegnato³⁵ ha invece una sua logica stringente. Dapprima, si precisa com'è che i sequestranti in un

³³ L'importanza e la coerenza dei cenni alle *partes* (in Giuliano) e alla *neutrius possessio* (in Fiorentino) sono state acutamente rilevate e trattate specialmente da G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 243ss.; 273ss., però in collegamento con la tesi fondamentale d'un sequestro di cosa non litigiosa: a me pare che alcuni dati testuali (*victor* e *partes* in D.41.2.39) rendano assai probabile l'ipotesi di un sequestro di cosa contesa in una lite normale.

³⁴ Cfr., con bibl., G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 236.

³⁵ G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 237 cita adesivamente studiosi che hanno (per me, inspiegabilmente) ritenuto sospetta la locuzione *nam tum demum*; e sottolinea un'asserita "goffa

caso non possiedano, osservando che ciò accade perché (solo in quel caso) possiede il sequestratario. E poi si spiega che il sequestratario possiede perché il sequestro è stato congegnato in modo da escludere una utilizzazione del *tempus* della durata del sequestro ai fini dell'usucapione a favore dei sequestranti.

In altre parole, non si tratta di una sovrapposizione sgraziata dei due rilievi preceduti da *nam* ed *enim*; ma di un'ordinata spiegazione, prima, del perché più diretto d'un fenomeno: mancanza del possesso dei sequestranti (costoro non possiedono più perché allora possiede il sequestratario); e poi del perché i sequestranti decisero di non possedere (ciò fecero per evitare un vantaggio indesiderato per effetto dell'usucapione).

Dunque, non si vede, almeno restando sul piano della correttezza formale del ragionamento, perché non si debba accettare il discorso di Fiorentino, e pervenire al giudizio di inesistenza d'una tutela interdittale per il sequestratario anche in certi casi particolari di possesso (quando, precisamente, la *possessio* sia stata *deposita apud sequestrem*, che è ciò che Giuliano dice con l'espressione *omittere possessionem*); e quindi o espungere il tratto *nam tum demum sequester possidet*,³⁶ o correggere quel tratto supponendo che essa, nell'originale, sonasse *nec tum demum sequester possidet* e che il *nam* sia frutto di una svista d'amanuense.³⁷

Del resto, contro l'ipotesi di un'interpolazione compilatoria sta il fatto che, se Giustiniano avesse davvero voluto attribuire al sequestratario (o in ogni caso, o solo in certe fattispecie) il possesso sull'oggetto sequestrato, non avrebbe perseguito questo scopo solo mediante un cenno sommarissimo in un solo testo. E contro l'ipotesi di una glossa scivolata nel testo sta il fatto che alla conclusione di supporre un'aggiunta che abbia stravolto del tutto il passo sembra giusto ricorrere solo se il passo non ha assolutamente un senso accettabile. Il che non si dà nel nostro caso, secondo quanto ci è parso di dovere affermare. Del resto, perché mai un glossatore avrebbe dovuto inventare un regime ignoto a Fiorentino?

E infine, la possibilità di un errore di copiatura sembra congettura ultima in caso di enunziati che non hanno senso, il che non è, crediamo, nel nostro caso.

8. In effetti, contro la circostanza di un *sequester* che possa esser stato considerato, eccezionalmente,³⁸ possessore solo in ordine alla tutela interdittale relativa all'oggetto che tiene fino alla decisione della controversia, con conseguente restituzione al *victor*, non mi pare siano state proposte obiezioni persuasive.

Anzitutto, occorre insistere sul fatto che, secondo quanto ci è parso dover desumere da D.16.3.17.1 (per la cui comprensione è essenziale D.41.2.39), una tutela interdittale del sequestratario era eccezionale. Essa, intanto, presupponeva un'accertata rinuncia esplicita al possesso da parte dei sequestranti; e poi, e soprattutto, aveva luogo solo in un caso particolarissimo di sequestro: quello in cui i sequestranti non disputavano sulla proprietà della cosa affidata al sequestratario, ma erano, o si pretendevano, possessori *ad usucapionem* di essa.

pesantezza" delle due proposizioni esplicative rispettivamente connesse con *nam* e con *enim*; cfr. anche G.NICOSIA, *La pretesa possessio* cit., 303ss.

³⁶ Così, con molti altri studiosi, da ultimo, G.Aricò Anselmo.

³⁷ Così, come si è detto all'inizio, in modo brillante il Nicosia.

³⁸ Abbiamo chiarito perché, sia in D.41.2.39 che in D.16.3.17.1, il caso della perdita del possesso per i sequestranti (perdita predicata una volta in termini di *possessio omissa*, un'altra volta in termini di *possessio deposita*) ci sembri prospettato, formalmente, come un'eccezione (in una frase introdotta da un *si*, o da un *nisi*).

E, sempre pregiudizialmente, occorre sgombrare il campo da un equivoco. L'attribuzione della tutela interdittale non implica affatto un'assurda trasformazione del sequestratario in un soggetto che tiene la cosa *suo nomine*. Egli possiede sempre *alieno nomine*, cioè nell'interesse dei sequestranti, così come possiedono *alieno nomine* altri soggetti cui è eccezionalmente accordata la tutela interdittale, come il precarista e il creditore pignoratizio, anche se si differenzia da essi perché non ha un interesse proprio per la cosa che tiene. Solo che eccezionalmente può trovarsi in una situazione che esiga l'attribuzione temporanea della tutela possessoria dell'oggetto che egli possiede *alieno nomine*.

Il rilievo che il sequestratario, in quanto tenuto a custodire la cosa d'altri, è in una situazione particolarmente profilata, in tanti testi, come incompatibile con una *possessio* tutelata interdittalmente (o peggio, *ad usucapionem*)³⁹ è assolutamente esatto. Solo che, eccezionalmente, anche ad un soggetto che ha obbligo di custodire si può attribuire, per ragioni pratiche, la tutela possessoria.

Questa attribuzione appare opportuna proprio perché i sequestranti, nel caso eccezionale di cui si parla, si sono dovuti - per evitare un'eventuale, ingiusta, realizzazione dell'usucapione d'una cosa che è controversa - spogliare della *possessio* che avevano, o pretendevano di avere.

La prova di questo venir meno della *possessio* dei sequestranti (o anche di un solo sequestrante) è costituita dall'attestazione giuliana dell'*omittendae possessionis causa* in un'applicazione particolare del sequestro, confortata appieno, molto probabilmente, dall'attestazione sulla *possessio deposita apud sequestrem* di Fiorentino. Abbiamo visto come *omittere possessionem* e *deponere possessionem* sono locuzioni attestate in altri passi giurisprudenziali, ed anche per questo insospettabili. E soprattutto abbiamo visto come non sia ragionevole e possibile, se non per conformarsi ad una tesi preconcepita che deve escludere ogni possibilità di *possessio* interdittale del sequestratario, attribuire all'omissione ed al deposito del possesso menzionati in D.41.2.39 e D.16.3.17.1 un effetto diverso da quello che le parole (ed i testi di confronto) indicano nel modo più palese, e cioè la rinuncia totale alla *possessio*. Per indicare quel che sostengono gli studiosi rispetto ai quali abbiamo preso posizione divergente più volte in questo breve scritto, e cioè una convenzione tra sequestranti che si impegnano a non utilizzare il tempo del sequestro ai fini dell'usucapione, non si sarebbero potute scegliere locuzioni più inadatte, per via della loro evidente relazione con la *possessio* in genere e non con la sola *possessio ad usucapionem*.

Tornando alla fattispecie che noi riteniamo corrispondente al pensiero di Fiorentino, sembra necessario che l'oggetto così non più posseduto da chi l'aveva avuto in possesso dovesse esser difeso, in caso di lesione possessoria, da qualcuno. Non poteva darsi ad un estraneo la facoltà di venire in possesso, sia pure *nec vi nec clam nec precario* (in caso diverso, sarebbe stata esperibile *actio furti* da parte degli interessati, pur se avevano rinunciato al possesso), dell'oggetto del sequestro.

Il rilievo per cui sarebbe impossibile, sotto il profilo processuale, un possesso del sequestratario, proprio perché oggetto del sequestro è una *res in controversia deducta* (D.16.3.17pr.; v. a. D.50.16.110: *res de qua controversia est*), pur argomentato con intenso impegno,⁴⁰ non ci sembra fondato.

Si è detto che un possesso del sequestratario sarebbe impensabile, perché, essendo la *res in controversia*, si deve pensare ad una *rei vindicatio* che si instaura tra i sequestranti; e che nella *rei vindicatio* sarebbe impensabile che il possesso dell'oggetto disputato fosse, non del convenuto, ma d'un terzo (il sequestratario, appunto).

³⁹ G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 246ss.

⁴⁰ G.ARICÒ ANSELMO, *Sequestro* cit., 248ss.

Al riguardo, va osservato preliminarmente che questa obiezione potrebbe aver ragion d'essere in relazione a chi sostenesse, e non è il mio caso, un possesso interdittale d'ogni sequestratario (e non solo di quello costituito nelle circostanze eccezionali più volte richiamate). Si può aggiungere, comunque, che le difficoltà connesse al mancato possesso del convenuto sono limitate, eventualmente, solo all'ipotesi d'una rivendica *per formulam petitoriam*.⁴¹

In questa prospettiva, si è detto che, nella *rei vindicatio*, il possesso del convenuto sulla *res* controversa è alla base della concessione della *cautio iudicatum solvi* (per la quale basti citare Gai 4.91 e D.46.6.7.6, con le tre clausole: *de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo*). Ma i tre impegni del convenuto che presta questa *cautio* (dare la somma di denaro del *iudicatum, defendere rem* e cioè giungere alla *litis contestatio*, astenersi da ogni *dolus malus*) non implicano per nulla, mi sembra, la permanenza del possesso del convenuto.

Si è aggiunto che, sempre nella rivendica con formula petitoria perderebbe senso il *iussus de restituendo* che, nell'formula, esclude la condanna pecuniaria se il convenuto soccombente *rem restituit*, perché non si potrebbe ordinare di *restituere rem* ad un non possessore. Ma è facile osservare che la previsione formulare di *restituere rem* (locuzione che non è equivalente a "restituire la cosa", bensì ha significato molto più ampio: *tota restitutio iuris est interpretatio*, dice Pomponio in D.50.16.264.1 - con ogni probabilità è una citazione da Labeone) sarà realizzata dal convenuto (che così eviterà la condanna pecuniaria), anche se non restituisce materialmente la cosa controversa del cui possesso si è spogliato, ma avrà assicurato, fin dal principio della lite, all'attore, se vincitore, di venire in possesso della cosa stessa, proprio in forza del contratto di sequestro cui ha cooperato.

In conclusione non mi pare che si possa negare che Fiorentino in D.16.3.17.1 parlasse effettivamente di un caso di sequestro particolare (liti tra soggetti per cui aveva rilievo la prospettiva d'un eventuale acquisto per usucapione dell'oggetto controverso) con rinuncia al possesso (e quindi alla possibilità di utilizzare per l'usucapione il possesso durante il tempo di durata del sequestro). Un oggetto al cui possesso avevano rinunciato il precedente possessore effettivo, e pure il suo avversario che, come pare doversi ricostruire la fattispecie, si pretendeva possessore tramite il *ministerium* della controparte, non poteva restare senza difesa possessoria; da qui, la logica conseguenza che *tum demum sequester possidet: id enim agitur...ut neutrius possessioni id tempus procedat* (D.16.3.17.1).

La stessa figura eccezionale di sequestro considerata da Fiorentino veniva in questione, a mio avviso, in D.41.2.39; ma nel breve passo di Giuliano non si fa alcun cenno al possesso del sequestratario. E ciò può spiegarsi per il fatto che, a differenza di Fiorentino, che tentava un discorso centrato proprio sulle situazioni possessorie in caso di deposito e di sequestro, Giuliano era interessato solo al problema dell'inutilizzabilità ai fini dell'usucapione del periodo di possesso coperto dal sequestro, in quel caso.

⁴¹ In effetti, nell'*actio in rem per sponsionem* non vi è né *cautio iudicatum solvi* (bensì *cautio pro praede litis et vindiciarum*: Gai 4.91 e 94; comunque si sa che questa *cautio* aveva sostanzialmente le stesse clausole di quella *iudicatum solvi*, sicché anche per essa si può rilevare ciò che ho accennato appunto per la *cautio iudicatum solvi*), né *iussus de restituendo* (dato che la formula era connessa alla *sponsio praeiudicialis: formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere*: Gai 4.92). D'altra parte, occorrerebbe non dimenticare che i litiganti, nel sequestro particolare cui si riferiscono Giuliano e Fiorentino non erano impegnati in una rivendica di *ius civile*, dato che erano o si pretendevano soltanto possessori *ad usucapionem*. Sicché bisognerebbe pensare all'*actio Publiciana*.

9. La congettura proposta in questo nostro breve studio dà ragione anche di una circostanza acutamente e attentamente rilevata dal Nicosia.⁴²

Questo studioso ha giustamente notato, con esauriente corredo di citazioni di testi giurisprudenziali, come i giuristi romani abbiano sovente affermato la *possessio* del precarista e del creditore pignoratizio, che anzi in due noti frammenti (D.6.2.13.1 e D.9.4.22.1) sono nominati insieme come titolari di *iusta possessio*, mentre tutto ciò non accade per il sequestratario, il cui *possidere* è attestato solo nel controverso testo di Fiorentino in D.13.6.17.1. E da questa situazione testuale ha arguito che il sequestratario non fu mai considerato possessore e che D.13.6.17.1 è frutto di una svista di copista.

Ora, la situazione testuale così limpidamente richiamata dal Nicosia non contrasta affatto con la conclusione che ci è parso dover enunciare. Il fatto è che normalmente il sequestratario non era affatto titolare di *iusta possessio*, ma semplice possessore *nomine alieno*, senza alcuna tutela; ma che esistette un caso particolare, e certo non frequente, di sequestro (con *possessio deposita*, dice Fiorentino; con *omittendae possessionis causa*, dice Giuliano) per il quale fu necessario riconoscere il sequestratario come possessore tutelato.

⁴² *La pretesa possessio* cit., 285-292.