

ERIC POOL

Significati diversi di *causa* in tema di *possessio* e di *usucapio*.
Interpretazioni di qualche testo chiave.
Parte I

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA
UNIVERSITÀ DI PALERMO
(AUPA)

Estratto

VOLUME LIX
(2016)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzaella	Palermo
Enrico Mazzaese Fardella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

LESSICI E MODELLI PRECETTIVI NEL DISCORSO GIURIDICO ROMANO GIORNATA DI STUDIO CON GIANFRANCO PURPURA (Palermo, 28 gennaio 2016)

G. FALCONE, Una giornata di studio con Gianfranco Purpura	9
P. BUONGIORNO, <i>Senatus consulta</i> : struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C.-138 d.C.)	17
E. POOL, Significati diversi di <i>causa</i> in tema di <i>possessio</i> e di <i>usucapio</i> . Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte I	61
G. PURPURA, Il linguaggio precettivo delle immagini e il cd. <i>Missorium</i> di Teodosio	85
G. SANTUCCI, <i>Verba edicti</i> e <i>definitiones</i> : Labeone e Pedio nel commento ulpiano <i>de pactis</i>	101
E. STOLFI, I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani	111

ARTICOLI

P. CERAMI, Riflessioni in tema di ' <i>condictio Iuventiana</i> ' e ' <i>iniusta locupletatio</i> '	153
P. CERAMI, <i>Iuris publici interpretatio</i> e <i>contentio de iure publico</i> (a proposito di alcune riflessioni di Alberto Burdese)	183
A. CHERCHI, Riflessioni sulla condizione giuridica delle <i>metallariae</i> nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7	209
G. FALCONE, A proposito di Paul. 29 <i>ad ed.</i> - D. 13.6.17.3 (<i>officium, beneficium, commodare</i>)	241
R. LAURENDI, Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I <i>collegia iuuenum</i> tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato <i>de cognitionibus</i> D. 48.19.28.3	261

NOTE

G. FALCONE, La versione greca della cost. <i>Imperatoriam</i> e la sua attribuzione	289
G. NICOSIA, La nascita postdecemvirale della ' <i>mancipatio</i> ' e quella ancora posteriore della distinzione tra ' <i>res Mancipi</i> ' e ' <i>res nec Mancipi</i> '	303
F. TERRANOVA, Nota minima sul comodato c.d. <i>ad pompam vel ostentationem</i> ...	317
M. VARVARO, Gai 4.21 e la presunta <i>manus iniectio ex lege Aquilia</i>	333

ERIC POOL
(Vrije Universiteit Brussel)

Significati diversi di *causa* in tema di *possessio* e di *usucapio*.
Interpretazioni di qualche testo chiave.
Parte I

ABSTRACT

From an in depth analysis and interpretation of D. 41.4.2.1 follows irrefutably that Roman jurists made a sharp distinction between ‘cause of denomination’ (*pro emptore* etc.) and ‘cause of acquisition’ (*emptio* etc.). The Romans never considered *bona fides* an element of (*iusta*) *causa*. These two requirements for possession fit for *usucapio* were always seen as mutually independent. But judging the possessory position of a buyer in bad faith, some jurists held both elements of equal weight – *possessio pro possessore* – , others considered the valid sale as more important than the subjective element of *mala fides* – *possessio pro emptore* .

PAROLE CHIAVE

Causa possessionis et usucapionis; causae adquirendi; bona fide emere; D. 41.3.33pr.; D. 41.3.33.1; D. 35.1.110; Fr. Vat. 1.

SIGNIFICATI DIVERSI DI *CAUSA*
IN TEMA DI *POSSESSIO* E DI *USUCAPIO*.
INTERPRETAZIONI DI QUALCHE TESTO CHIAVE
PARTE I

1. Introduzione.*

Non sottrarrò tempo con considerazioni estese sulla confusione nella dottrina romanistica rispetto al significato del concetto di *causa* o *iusta causa* nel diritto classico in materia di possesso e particolarmente di *causa possessionis* e della cosiddetta **iusta causa usucapionis*. È risaputo che in questo campo v'è una divergenza enorme di opinioni. Pur cercando di darne una limitata visione d'insieme risulterebbe un ulteriore e poco proficuo aumento della letteratura controversa sull'argomento. Pertanto preferisco limitarmi a citare due affermazioni in materia. La prima risale a Lauria, che ha osservato: “La *iusta causa usucapionis* è la grande illusione della dottrina”. La seconda è più recente e proviene da Letizia Vacca: “Quanto alla *iusta causa*, la sua nozione è estremamente oscillante”.¹

Anticipando il risultato dell'interpretazione del primo e più importante tra i passi chiave i quali verranno analizzati e interpretati nel presente contributo – D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*) –, presenterò già a questo punto ciò che ritengo la ragione principale della confusione secolare sulla ‘*causa*’ nella romanistica. Al contrario dei giuristi romani, i romanisti non hanno mai distinto nettamente e coerentemente tra titoli del possesso come *pro emptore*, *pro donato*, *pro herede*, *pro suo* ed i fatti giuridici sottostanti (negozi, atti, altri fatti) come (i) la *emptio*, *donatio*, *datio bonorum possessionis*; (ii) i negozi atipici senza un proprio nome; (iii) altri fatti che valgono quali cause di acquisto e consistono nella specifica condizione giuridica di certe categorie di cose, come l'essere la cosa una *res hereditaria* senza possessore o una *res nullius* o *hostilis* ecc.

Ecco quindi la tesi fondamentale da sostenere nel presente saggio e da supportare con dati testuali attinti dalle fonti e con analisi ed interpretazioni scrupolose di brani singoli

* Trattasi della rielaborazione della relazione presentata al Convegno in onore di Gianfranco Purpura.

¹ M. LAURIA, *Usus*, in *Studi V. Arangio Ruiz* IV, Napoli 1953, 503; L. VACCA, *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*. Padova, 2012, 159 nt. 46; cfr. anche 157 nt. 42: “questa apparente concordia della dottrina si dissolve nel momento in cui si vuole definire in modo coerente con le fonti il concetto di *iusta causa*”.

tratti dal Digesto: nonostante l'ovvio rapporto causale e semantico tra il negozio *emptio* (una causa di acquisto) e il titolo *pro emptore* (una causa di qualifica), quest'ultimo non è identico al primo sotto nessun aspetto. Il titolo *pro emptore* non è una mera variante tecnica del negozio *emptio*, come vuole la dottrina unanime, ma ha il suo proprio carattere e la sua propria funzione specifica. Tra questi due concetti di *causa* presenti nelle fonti giurisprudenziali ci sono differenze di fondo. Un'osservazione analoga vale per tutti i titoli simili del possesso qualificato (*pro donato ... pro suo*): tali titoli non coincidono con i (f)atti giuridici sottostanti ma li presuppongono. In particolare, titoli come *pro emptore* caratterizzano o denominano i generi della *possessio* qualificata, cioè della *possessio* più importante nella dottrina classica, non solo tutelata dagli interdetti ordinari ma anche produttiva di effetti giuridici acquisitivi² e processuali³ di natura specifica. Per contro, cause di acquisto, come l'*emptio*, costituiscono il requisito primario ai fini dell'acquisto di tale possesso intitolato: il loro carattere specifico è che giustificano l'acquisto del possesso - si badi bene - *uti dominus* e così rendono possibile l'acquisto della proprietà, in contrapposizione al carattere degli atti che stanno ad es. alla base del possesso del creditore pignoratizio o del precarista, come risulta dai passi D. 6.2.13.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) e D. 9.4.22*pr.* (Paul. 18 *ad ed.*).

Già da tempo sto sostenendo la tesi sopra esposta e l'ho presentata in pubblicazioni precedenti le quali, tutte quante, sono da ritenere prodotti transitori di una ricerca in corso, di lunga durata.⁴ In quasi ogni pubblicazione nuova ho riferito di imprecisioni nella precedente e ho cercato di puntualizzare e arricchire di più le conseguenze di un'ipotesi, la quale si è avvalorata col tempo e si sta evolvendo sempre di più in una teoria alternativa della più importante parte della *possessio* romana del periodo classico. Tra le aggiunte e precisazioni nuove nel presente studio in confronto ai precedenti, giova menzionarne due in particolare.

(i) Ancora nel mio contributo or ora pubblicato negli Scritti in onore di Alessandro Corbino ho descritto il carattere dei titoli del possesso come *pro emptore* quale “un nome tecnico”, “una mera etichetta tecnica”. Ma ciò facendo ho fatto torto a una tra le caratteristiche tipiche degli stessi: si tratta dell'aspetto valutativo che è inerente a tutti questi titoli.

² L'acquisto della proprietà tramite *usucapio* della cosa posseduta, dei frutti prodotti o (nel caso di una schiava) dei nati dalla stessa, sempre sussistendo nella fattispecie gli ulteriori requisiti richiesti.

³ Si tratta della funzione del possesso caratterizzato dai titoli *pro herede* o *pro possessore*, il quale legittima passivamente alla *hereditatis petitio* e ad altri mezzi giudiziari del diritto ereditario civile e pretorio o del possesso a titolo singolare (ad es. *pro emptore*) il quale proprio esclude tale legittimazione.

⁴ Nelle pubblicazioni che seguono si trovano le prime formulazioni di questa tesi (come detto, sotto molti aspetti ancora insufficientemente sviluppata): E.H. POOL., *D. 41.2.3.21 (Paul. 54 ad ed.). Rapporti e differenze fra causae acquirendi (emptio ecc.) e titoli di possesso (pro emptore ecc.)*, in *Scritti per Alessandro Corbino* VI, 2016, 57 ss.; ID., *D. 41,2,3,21: Titulierten Besitzarten, Erwerbsgründe und das unum genus possidendi*, in *TR* 81, 2013, 529 ss.; ID., ‘*Die (iusta) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss: Erwerbsgrund (emptio) oder Besitztitel (pro emptore)?*’, in *Libellus ad Thomasium, Essays in Roman law, Roman-Dutch law and legal history in honour of Philip J Thomas*, *Fundamina* 16 (1), editio specialis, R. van den Bergh, G. van Niekerk and L. Wildenboer (eds), Pretoria 2010, 299ss.; ID., *Zur Bedeutung und Stellung der ‘causa’ im System klassischer Ersitzungsvoraussetzungen*, in *Roman law as formative of modern legal systems, Studies in honour of Wiesław Litewski*, J. Sondel, J. Reszczyński [and] P. Ścislicki (eds.), Krakow 2003, 37ss.

Tocca infatti ai giuristi, non alle persone private, di decidere come sia da valutare e qualificare un certo possesso acquistato da una tale persona, avendone soppesato e valutato le circostanze specifiche dell'acquisto. In questa valutazione da parte dei giuristi vi possono essere differenze di opinioni come risulta spesso dalle fonti e risulterà anche subito dal primo passo chiave che tratteremo. Il titolo *pro emptore* quindi non è solo un 'nome tecnico' o una 'mera etichetta' nel linguaggio giuridico in materia della *possessio* ma, più precisamente, una denominazione (caratterizzazione) valutativa del possesso di una cosa comprata. Agli ulteriori requisiti di tale possesso *pro emptore* accanto a una *emptio* valida (una *iusta possessio* e talvolta la buona fede dell'acquirente) ci siamo già riferiti negli studi precedenti e ci ritorneremo ancora brevemente più oltre.

(ii) Nei miei studi precedenti ho considerato i passi Paulini D. 41.2.5 e in particolare D. 41.2.3.21 i due più importanti tra i passi-chiave per fornire la prova della tesi che il titolo *pro emptore* non coincide con una *emptio* valida. Ma sotto quest'aspetto ho cambiato opinione. Ormai mi risulta chiaro che si deve prendere le mosse dal passo di Paolo D. 41.4.2.1, perché questo ce ne fornisce la prova irrefutabile. Generalmente il contenuto di questo breve brano, sempre sottovalutato nella letteratura, accumula in modo concentrato informazioni giuridiche sul possesso qualificato (= possesso intitolato) che rivestono la massima importanza per comprendere meglio il pensiero in materia dei giuristi romani e l'evoluzione storica dello stesso. Ma anche rispetto all'evoluzione terminologica nel campo del possesso qualificato questo testo è di grande rilevanza. Passiamo dunque alla spiegazione del nostro primo passo chiave a sostegno della tesi⁵ formulata qui sopra.

1. Traduzione e spiegazione introduttiva del passo D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*).

Paul. D. 41.4.2.1 (54 *ed.*) *Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.*

‘Occorre distinguere tra la causa [di qualifica] del possesso e quella dell'usucapione. Infatti è vero che si dice che qualcuno ha comprato, ma in mala fede, come colui che compra sapendo essere d'altrui un bene; egli possiede *pro emptore* ma non usucapisce [*pro emptore*, si intende]’.

Dalla mia traduzione è già desumibile come occorra mettere in luce il concetto di *causa* nel suo senso doppio nell'affermazione introduttiva di Paolo. Il giurista richiama l'attenzione su una sottodistinzione della causa di qualifica, una causa che caratterizza la *possessio*, l'altra che denomina l'*usucapio*. Nondimeno, ad una più attenta considerazione, rendendoci conto anche delle ultime parole dell'esempio esplicativo (*pro emptore possidet, licet usu non capiat*), diviene chiaro che entrambe le cause si riferiscono implicitamente alla *possessio*. La *causa usucapionis* caratterizza l'usucapione e quindi anche il possesso *ad usucapionem* di una cosa

⁵ Di recente A.J.B. SIRKS, *Causae acquirendi eius quod nostrum non sit (D. 41,2,3,21): 'rechtmäßiger Eigenbesitz'?*, in TR 82, 2014, 209 ss., ha mosso critiche gradite alla mia tesi, sia negative che costruttive, le quali contengono dei suggerimenti utili, ma non tali da farmi cambiare opinione. Piuttosto, mi sono convinto dell'esattezza della mia tesi a causa delle sue affermazioni non fondate su una accurata osservazione dei dati testuali delle fonti.

altrui (*rem alienam*). Infatti non si può usucapire *pro emptore* senza un possesso *pro emptore* utile all'usucapione. Nella fattispecie del compratore di mala fede non si usucapisce, perché un tale possesso manca.

La *causa possessionis* caratterizza quindi, in questo contesto specifico, il possesso di un bene altrui non utile all'usucapione⁶ ma positivamente qualificato (*pro emptore* e non *pro possessore*), nonostante sia acquistato in mala fede. Questo è il nucleo del passo, il punto essenziale che conta per Paolo. Vi sono due cause diverse di qualifica positiva, perché vi sono due situazioni del possesso di una cosa altrui, acquisito in base a una causa di acquisto valida e pertanto positivamente qualificato. Nel caso di una *emptio* vi è un possesso *pro emptore* di un bene altrui non utile all'usucapione (perché acquistato in mala fede), e vi è un altro meritevole dell'usucapione (sottinteso: perché non acquistato in mala fede). Ciò significa che il titolo *pro emptore* è divenuto ambiguo; vedremo dopo in qual modo già nel periodo altoclassico quest'ambiguità terminologica è stata risolta dai giuristi. Dobbiamo ancora affrontare un aspetto della frase iniziale, il quale è legato strettamente alla nostra interpretazione del significato di *causa* nel senso di causa di qualifica del possesso caratterizzato da titoli come *pro emptore* ecc.

Dall'esemplificazione esplicativa dell' *emit* e del *possidet pro emptore* si evince che con l'espressione *causa usucapionis* nell'affermazione generale *separata est ...* Paolo non ha potuto intendere lo stesso di quanto i romanisti indicano con la locuzione *iusta causa usucapionis*, e cioè, i vari negozi ed atti giuridici nella lista nota di Voci⁷. Sia il possesso *pro emptore* del compratore di mala fede che il possesso *pro emptore* utile all'usucapione richiedono una *emptio* valida. Per quanta riguarda la causa di acquisto *emptio*, le due situazioni possessorie non si distinguono quindi l'una dall'altra. Ma i titoli caratterizzanti di queste situazioni, cioè le due cause di qualifica *pro emptore*, sono separati, perché denominano situazioni possessorie diverse rispetto all'elemento soggettivo del possesso (in mala fede; non in mala fede).

Da quest'esempio segue quindi in modo irrefutabile che per Paolo è naturale fare una distinzione tra il titolo del possesso *pro emptore* e il negozio *emptio*.

E come possono esistere due titoli diversi *pro emptore* accanto a una sola *emptio* sottostante, così si possono essere in generale due cause di qualifica separate (*causa possessionis et usucapionis*) accanto a una sola causa di acquisto sottostante. Poiché la dottrina romanistica non ha mai fatto questa distinzione in modo chiaro e esplicito, non è riuscita a spiegare questo passo paulino in modo soddisfacente. Ciò risulta soprattutto dalla spiegazione che Talamanca ne ha dato, come chiariremo di seguito.

⁶ Come qui, anche nei §§ 12 (*eadem sit causa possessionis*) e 14 (*durare primam causam possessionis*) del frammento D. 41.4.2; in entrambi i passi si tratta dell'acquisto in mala fede da parte di uno schiavo e dell'esclusione dell'usucapione in capo del loro proprietario. Nel passo D. 41.4.2.21 Paolo riporta con riferimento a Giuliano un caso in cui si tratta di una mutazione lecita della *causa possessionis*: da un possesso *ad usucapionem* originario ad un simile possesso nuovo sulla base di un'altra causa di acquisto.

⁷ P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano 1952, 179.

2. La spiegazione discutibile del passo D. 41.4.2.1 da parte di Talamanca (I).

Tra i pochissimi romanisti⁸ che hanno prestato attenzione al passo di Paolo il grande studioso romano è quasi l'unico ad averci dedicato più di un breve e superficiale commento. Per questo motivo la spiegazione di Talamanca merita la nostra attenzione particolare. Un primo punto da segnalare è quanto osservato da lui sulla frase iniziale *separata est ...* ecc. Secondo il suo parere non si tratta di "due categorie distinte" di *causa* ma di una relativamente recente "distinzione fra *causa* e *bona fides*"⁹. A quest'opinione si possono sollevare diverse obiezioni.

(i) Anzitutto il parere di Talamanca è in totale contraddizione con le parole stesse di Paolo, che non parla di una separazione fra "*causa* e *bona fides*" ma di una separazione tra la *causa possessionis et usucapionis*.

(ii) Alla base di questo malinteso del grande studioso è naturalmente in primo luogo il fatto che neanche lui fa una distinzione tra causa di qualifica e causa di acquisto. Non ha dunque visto che si tratta di una sottodistinzione della causa di qualifica, cioè di due denominazioni di due figure diverse del possesso qualificato.

(iii) Ma vi è anche un motivo specifico per cui Talamanca non ha riconosciuto il significato di *causa* nel senso di qualifica del possesso. Egli ha negato esplicitamente che questo significato esista nelle fonti affermando: "I romani infatti, per indicare le varie qualifiche che la *possessio* può assumere (*bonae e malae fidei; civilis e naturalis*, ecc.) non si sono mai riferiti al concetto di *causa*".¹⁰ Ma di nuovo quest'affermazione contrasta con delle fonti chiare dalle quali è desumibile l'esatto contrario, e cioè che i giuristi si sono riferiti al concetto di *causa* per indicare diversi titoli specifici qualificanti della *possessio*.

Trascurando tali fonti, Talamanca, come la dottrina in genere,¹¹ ha trascurato le più importanti qualifiche della *possessio*: i numerosissimi titoli *pro emptore ... pro suo* che caratterizzano il possesso qualificato da una causa di acquisto e dalla *iusta possessio*. Dai passi che seguono risulta chiaro che i giuristi hanno utilizzato sul serio il concetto di *causa* - si badi bene, mai¹² *iusta causa* - riferendosi a questi titoli.

⁸ S. v. T. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, Graz-Köln 1962, 67 con indicazione della letteratura nt. 59; cfr. il commento di B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, nt. 362: "[Paolo] avverte che la *causa usucapionis* va distinta dalla *causa possessionis* (nel senso che questa può esser giusta o ingiusta, quella deve essere necessariamente giusta)". Mancando un'esplicazione del significato della "*causa*" questo commento risulta poco accurato e non spiega nulla. Secondo quali criteri una *causa* viene qualificata come "giusta o ingiusta"? In qual senso il titolo *pro emptore* del compratore di mala fede nell'esempio di Paolo può essere "ingiusto"? Nella nota 363 si riferisce per sbaglio al passo D. 41.4.2.1 invece di D. 41.2.3.21.

⁹ M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"*, Milano 1956, 74, nt. 186.

¹⁰ M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 68 nt. 168.

¹¹ S. v. per tutti H. HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen recht*, Wien – München 1964, 93, secondo il quale ogni qualifica del possesso si attaccherebbe all'acquisto dello stesso. Quest'affermazione contrasta con le fonti dalle quali risulta che le più importanti qualifiche della *possessio* (*pro emptore ... pro suo*) non si uniscono mai agli atti di acquisto del possesso come *tradere, occupare, adquirirere*, ma occorrono solo nelle locuzioni fisse *possidere / usucapere pro emptore* ecc. S.v. le mie critiche in E.H. POOL, *D. 41,2,3,21: Besitzarten*, cit., 540.

¹² Nel linguaggio giuridico la locuzione *iusta causa* viene utilizzata per indicare le cause di acquisto del possesso *uti dominus*, quindi in primo luogo negozi e atti giuridici; parlando di *iusta causa* nessun giurista si

(iiia) D. 41.4.6 (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?*

Con le parole *ex prima causa possidere* il giurista rinvia all'alternativo possesso *ad usucapionem* sottinteso nelle parole *pro herede vel pro emptore usucaperet*. È ovvio che Pomponio con la locuzione *prima causa* indica uno dei due titoli alternativi il quale denominava il possesso originario, prima che il possessore diventasse precarista.

(iiib) D. 41.2.3.4 (Paul. 54 *ad ed.*): *ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, ...* ecc. Paolo fa notare che si può possedere la stessa cosa sulla base di diversi (= più di uno) titoli del possesso coesistenti e fornisce due esempi di un tale possesso caratterizzato da un doppio titolo: il possesso *et pro emptore et pro suo* e quello *et pro emptore et pro herede*. Anche qui la parola *causis* viene usata nel senso di 'causa di qualifica', la quale in questo passo comprende tre titoli (o denominazioni) specifici. Finora la dottrina non è riuscita a spiegare questo passo nella sua stesura classica, perché non ha mai compreso il carattere e la funzione di queste specifiche cause di qualifica. Daremo più oltre un'interpretazione approfondita di questo brano di Paolo (Parte II).

(iiic) D. 41.3.33pr. (Iul. 44 *dig.*): *Non solum bonae fidei emptores [= possessori pro emptore] sed et omnes qui possident ex ea causa quam usucapio sequi solet partum ancillae furtivae ususuum faciunt... ecc.*

Nella parte del discorso 'tutti quanti possiedono sulla base di una causa tale da essere di solito seguita dall'usucapione' (*et omnes ... sequi solet*) la locuzione *ex ea causa* può soltanto indicare una causa di qualifica del possesso *ad usucapionem* del tipo *pro donato ... pro suo*.¹³ Il motivo è che l'usucapione succede soltanto ad un possesso caratterizzato da simili titoli. Nel linguaggio giuridico romano non ricorrono locuzioni del tipo **usucapere ex causa emptionis / ex empto* ecc. nonostante si trovino espressioni del tipo *possidere ex causa emptionis*.

Anche in questo passo quindi troviamo una *causa* nel senso di 'causa di qualifica'. Ma vi è ancora un altro aspetto di grande rilevanza ai fini dell'analisi accurata della *usucapio* e dei requisiti della stessa nel periodo classico. Giuliano, seguito da Paolo,¹⁴ ci fornisce la più esplicita descrizione nelle fonti del concetto di 'possesso *ad usucapionem*': *possidere ex ea causa quam usucapio sequi solet*. Come risulta dalla formulazione di Giuliano (e Paolo), i giuristi

riferisce alle denominazioni valutative del possesso qualificato come *pro emptore ... pro suo*. Ci ritorneremo spiegando l'espressione *causae acquirendi* nel passo paulino D. 41.2.3.21.

¹³ Sotto ogni aspetto inaccettabile è l'opinione di H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 8, il quale, omettendo le parole essenziali *qui possident ex*, interpreta quelle rimanenti *ea causa quam usucapio sequi solet* come "Ersitzungssituation". Prima di lui J.C. van OVEN, *Iusta causa usucapiendi*, in TR 16, 1939, 434 ss. era già caduto nello stesso errore, sostituendo la locuzione *qui possident ex causa ...* con un 'trovarsi in *ea causa ...*' e parlando di un [sich befinden] "in einer Ersitzungslage" (441). Un'interpretazione del passo intero con riferimento alla letteratura si trova in KAREN BAUER, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB*, Berlino 1988, 73 ss.

¹⁴ D. 41.3.4.3 (Paul. 54 *ad ed.*): *sed haec persona [furiosus] ita demum usucapere potest, si ex ea causa possideat ex qua usucapio sequitur*. Anche nel parte finale di questo passo (*si ... sequitur*) si tratta del concetto di 'possesso *ad usucapionem*' caratterizzato da titoli quali *pro emptore ... pro suo (ex ea causa)*. *Causa* nel senso di causa di qualifica si trova anche nella locuzione fissa *usucapere ex causa*: Iul. D. 41.3.33pr.; Ulp. D. 6.2.11.4.

romani erano completamente consci di questo concetto ed è strano che Nicosia non ha menzionato questi passi nel suo studio recente in materia.¹⁵

Molto più importante però è il fatto che troviamo questo concetto di ‘possesso utile all’usucapione’ proprio in fattispecie, in cui l’usucapione non è possibile, perché si tratta di una *ancilla furtiva*.¹⁶ Quest’osservazione chiarisce che per quanto riguarda l’analisi dell’usucapione, si deve nettamente distinguere tra l’acquisto del possesso *ad usucapionem* e l’acquisto della proprietà tramite l’*usucapio*. Si deve quindi anche essere consci del fatto che uno può essere possessore *ad usucapionem* non essendo un usucapiente. Possesso utile all’usucapione significa solo che i requisiti per un tale possesso sono soddisfatti, non che si usucapisce realmente la cosa posseduta.

Dai testi citati sopra risulta che l’osservazione di Talamanca non è esatta. Accanto ai numerosissimi esempi del tipo *pro emptore ... pro suo* che ricorrono nella casistica delle fonti quali manifestazioni specifiche della causa di qualifica, quest’ultimo concetto generale viene anche espresso nelle fonti dal termine *causa* stesso. Anche la sua altra opinione rispetto al legame tra *bona fides* e “*causa possessionis*” non è condivisibile, come vedremo nel paragrafo seguente.

3. La spiegazione discutibile del passo D. 41.4.2.1 da parte di Talamanca (II)

Secondo l’autore¹⁷ il nostro passo avrebbe mostrato “come soltanto in epoca relativamente recente si è giunti a fare della *bona fides* un requisito dell’usucapione indipendente dalla *causa possessionis*”. Quest’opinione è una modificazione e un affinamento dell’ipotesi di Van Oven, secondo il quale la *bona fides* sarebbe da considerare un elemento della “*causa*”, cioè da ritenere subordinata alla “*iusta causa*”.¹⁸ Talamanca ha adottato quest’idea ma diversamente

¹⁵ G. NICOSIA, *Possessio ad usucapionem?*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* 28, 2015, 739 ss. Sono del tutto d’accordo con l’autore sull’uso discutibile da parte dei romanisti della locuzione *possessio ad usucapionem*. Generalmente va evitato l’uso di tali locuzioni latine di attestazione dubbia o anzi del tutto assenti nelle fonti, non marcandole chiaramente come tali, ad es. **iusta causa usucapionis*. Ma dal punto di vista metodologico è un punto debole dell’approccio di Nicosia il fatto che egli non distingue nettamente tra la terminologia del linguaggio giuridico dei romani ed i concetti sottintesi nella stessa, i quali vengono resi a parole proprie nel (meta)linguaggio descrittivo dei romanisti. Il compito di noi moderni è tutt’altro rispetto a quello dei giuristi romani e la nostra terminologia è necessariamente diversa dalla loro. Non si può fare la minima obiezione sull’uso di espressioni come ‘possesso *ad interdicta*’ (*Interdiktenbesitz*) o possesso *ad usuapionem* (*‘Usukapionsbesitz*) nelle nostre descrizioni e discussioni sul diritto romano per esprimere concetti sottintesi nel loro linguaggio giuridico. Quest’aspetto metodologico della scienza romanistica è degno della massima attenzione, anzi di un congresso speciale.

¹⁶ S. v. B. ALBANESE, *Situazioni*, cit., 112; nella nota 424 manca però accanto a Gai. 2.45 il passo molto più importante di Giuliano.

¹⁷ M. TALAMANCA, *Studi* cit., 74 nt.186; cfr. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 425.

¹⁸ J.C. van OVEN, *Iusta causa usucapiendi*, cit., 443, 446, 456 e *passim*. Prendendo posizione contro Savigny l’autore afferma: “Eher [cioè, piuttosto che di una subordinazione della *iusta causa* alla *bona fides*] könnte man das umgekehrte behaupten: weil es ohne *bona fides* keine *iusta causa* gibt, ist die *bona fides* unter die *iusta causa* subordiniert”. La mancata distinzione tra causa di qualifica e causa di acquisto costituisce il tallone d’Achille dell’ipotesi dell’autore, la quale è per questo motivo insostenibile.

dall'autore olandese l'ha limitata ad una prima fase della dottrina classica: la *iusta causa* e la *bona fides* si sarebbero presentate “per lungo tempo, fortemente intrecciate fra di loro”.¹⁹ Sia quest'ultima che la prima affermazione citata sopra sono contestabili sotto diversi aspetti, ma anzitutto a causa dell'uso nella prima della locuzione ambigua “*causa possessionis*”.

Quest'espressione, che risale ai *veteres*, viene utilizzata da Talamanca sempre di nuovo in modo equivoco nei suoi *Studi* (cit.), una volta nel senso di causa di qualifica, l'altra in quello di causa di acquisto e talvolta anzi nel senso dell'acquisto del possesso. Ci ritorneremo occupandoci degli altri passi in cui si tratta di un possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una *emptio* o un'altra causa di acquisto valida.

Per il momento mi limiterò ad addurre gli argomenti contro l'esattezza dell'affermazione iniziale, intendendo la locuzione “*causa possessionis*” prima nel senso di causa di acquisto e poi in quello di causa di qualifica. Per tal scopo comincerò con gli argomenti contro il parere di Talamanca, secondo cui i giuristi romani avrebbero ritenuti *bona fides* e “*causa possessionis*” requisiti della *usucapio* indipendenti l'uno dall'altro soltanto in una fase avanzata della loro dottrina. Tale parere è opposto alla dottrina prevalente a partire da Stinzling e Bonfante secondo la quale fin dal principio “la *iusta causa* e la *bona fides* sono requisiti indipendenti ... e non sono in alcuna relazione dommatica”.²⁰ Ritengo questa dottrina ancora esatta in base agli argomenti che seguono, l'insieme dei quali solo raramente viene esplicitato nella letteratura romanistica.

(i) La *iusta causa* o, più precisamente, la causa di acquisto è un requisito oggettivo del possesso qualificato; la *bona fides* è un requisito soggettivo del possesso *ad usucapionem* di una cosa altrui. Che i giuristi (pre)classici non siano stati consapevoli fin dal principio della differenza ovvia tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo è del tutto improbabile.

(ii) La causa di acquisto, l'elemento oggettivo, si riferisce ad un negozio o atto giuridico spesso nato dall'agire di due parti; la *bona fides* costituisce sempre un *nescire* o un *putare* erroneo da parte del solo acquirente sul difetto che impedisce un acquisto immediato (il difetto di legittimazione dell'alienante).

(iii) Anche sotto il profilo probatorio quella differenza di fondo tra l'uno e l'altro requisito è lampante. In un processo la parte che si richiama a un'usucapione²¹ compiuta dovrà provare la sua causa di acquisto e il momento dell'acquisto del possesso. Qualora si tratta di una cosa altrui, non è necessario che lui stesso presenti prove della propria buona fede. Tocca alla controparte addurre prove del contrario: il difetto di *bona fides* (la *scientia* o *mala fides*) al momento dell'acquisto.²²

¹⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 423.

²⁰ R. STINZLING, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre*, Heidelberg 1852, 52 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, La proprietà* II, (ristampa) Milano 1968, 334. Del resto, lo stesso vale per ogni causa di acquisto, anche quelle che non rientrano nella categoria delle *iustae causae* richieste per la concessione dell'*actio Publiciana*. J.C. VAN OVEN, *Iusta causa usucapiendi*, cit., 446 ss. osserva in modo chiarificatore la discussione in dottrina a partire da Savigny sulla relazione tra *iusta causa* e *bona fides* come requisiti dell'azione Publiciana e dell'usucapione. Entra anche più in dettaglio nel cambiamento nel pensiero di Bonfante sul quesito.

²¹ Lo stesso vale per chi intenta la *actio Publiciana*.

²² Un'esposizione chiarificatrice sugli aspetti probatori rispetto alla *bona / mala fides* si trova in A. BIGNARDI, *Brevi considerazioni sulla funzione della buona fede nell'usucapio, in particolare nel pensiero di Paolo*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* II, Milano 2003, 214 ss. Gli

(iv) Per quanto riguarda la compravendita, la causa di acquisto più frequente *inter vivos*, le decine di locuzioni del tipo *bona fide emere*,²³ *bona fide emptio*, *bona fide emptor* rendono chiaro che i giuristi hanno sempre distinti e differenziati nettamente tra il negozio oggettivo e l'elemento soggettivo dell'acquisto, mettendoli l'uno accanto all'altro come due requisiti del possesso *ad usucapionem* di una cosa altrui (e quindi della *actio Publiciana* relativa) indipendenti l'uno dall'altro.

(v) Facendo coincidere causa di qualifica e causa di acquisto né Van Oven né Talamanca né loro seguaci hanno visto che già nella prima fase del periodo classico si tratta di una diversità di valutazione del possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una causa di acquisto valida. Questa valutazione diversa da parte di due correnti dottrinarie (Sabiniani e Proculiani?) non ha niente a che vedere con una dipendenza della "causa" dalla *bona fides* ma piuttosto con un soppesare in modo diverso l'elemento oggettivo (la causa di acquisto valida) e quello soggettivo (la mala fede dell'acquirente). Ci ritorneremo più oltre.

In forza degli argomenti addotti sopra e partendo dal presupposto che la locuzione "*causa possessionis*" è stata intesa nel senso di causa di acquisto, l'affermazione di Talamanca è da ritenere inesatta. L'idea che soltanto in una fase avanzata della dottrina i giuristi romani abbiano ritenuto la *bona fides* e la causa di acquisto come requisiti indipendenti dell'usucapione, è infondata.²⁴ Eliminando la prima spiegazione di *causa possessionis*, resta quella alternativa e forse più probabile - viste le parole di Paolo *pro emptore possidet, licet usu non capiat* -, e cioè che Talamanca intende con questa locuzione equivoca la causa di qualifica, nel caso di D. 41.4.2.1 il titolo *pro emptore*.

Ma anche questa interpretazione dell'affermazione di Talamanca porterebbe a un'opinione del tutto inaccettabile, perché allora non si tratta affatto di due requisiti dell'*usucapio*. Il titolo *pro emptore* non è un requisito dell'usucapione, ma caratterizza la *possessio* qualificata come tale idonea all'*usucapio pro emptore*. Non distinguendo tra causa di qualifica (*pro emptore*) e causa di acquisto (*emptio*: il vero requisito), lo studioso metterebbe sullo stesso piano due cose del tutto diverse: da un canto la *bona fides*, elemento soggettivo che (come l'*emptio*) appartiene alla sfera di influenza dei contraenti e delle parti in causa e che vale davvero come requisito del possesso *ad usucapionem*; dall'altro canto la denominazione valutativa *pro emptore*, la quale, come abbiamo già visto, appartiene al campo delle attività dei giuristi e caratterizza o il possesso meritevole o quello non meritevole dell'usucapione.

errori in questo bello studio sono quasi sempre da attribuire alla mancanza della distinzione tra cause di qualifica e cause di acquisto.

²³ Questa locuzione ricorreva di certo nell'editto pretorio: o già nell'editto promissorio dell' *actio Publiciana* (D. 6.2.3: *et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana*) o nella formula della stessa (D. 6.2.7.11: *praetor ait 'qui bona fide emit'*) o sia nell'uno che nell'altra. Per spiegare il *bona fide emere* come "il caso privilegiato di *b.f.* possessoria" nelle fonti ritengo questo fatto più importante dell'ipotesi di L. LOMBARDI (*Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961, 209ss.), in particolare 212: "La prevalenza della *b.f.* nell'*emptio* è insomma il frutto di una doppia radice negoziale e possessoria".

²⁴ Della stessa opinione erronea (e in seguito allo stesso difetto di distinzione tra causa di qualifica e causa di acquisto) è anche H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 18 s. Diversamente da Giuliano (D. 41.3.33.1: oltre nr. 5) Paolo avrebbe separato nettamente "*causa e fides*" e quindi "die Ersitzungsvoraussetzungen *bona fides* und *Besitztitel*".

L'idea che i giuristi romani (pre)classici non abbiano distinto fin dal principio tra l'elemento costitutivo del possesso *ad usucapionem* e il nome qualificante di questo possesso, è poco credibile per non dire assolutamente da scartare. A parte quanto detto sul carattere completamente diverso dei concetti di *bona fides* e di causa di qualifica, questo mio giudizio negativo trova anche riscontro in un fatto negativo riferito alla terminologia romana. Nonostante le numerosissime locuzioni del tipo *bona fide emere, emptio, emptor* non occorre nelle fonti tardoclassiche l'espressione **possidere et pro emptore et bona fide*.

Se autori come Talamanca e Hausmaninger avessero ragione affermando che Paolo abbia differenziato la *bona fides* più nettamente degli altri giuristi dalla "causa" nel senso di causa di qualifica (*pro emptore*), dovrebbe trovarsi nelle opere del giurista o di Ulpiano quest'espressione per esprimere il possesso utile all'usucapione del compratore di buona fede. Ma essa manca del tutto: un fatto inspiegabile per gli studiosi menzionati, ma facile da comprendere secondo la mia analisi. Il carattere diverso dei due concetti è d'ostacolo a combinarli in una locuzione. Vedremo più oltre (Parte II), trattando tra altri il passo ulpiano D. 41.10.1, quale espressione i giuristi altoclassici hanno escogitato per esprimere in modo univoco il possesso di una cosa altrui utile all'usucapione.

Dobbiamo infine indicare un altro effetto negativo che consegue al far coincidere causa di qualifica e causa di acquisto. Talamanca non ha riconosciuto nelle parole (*separata est causa possessionis et usucapionis*) la sottodistinzione del significato di *causa* nel senso di caratterizzazione del possesso qualificato. In seguito a ciò l'essenza dell'affermazione di Paolo -anche il possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una causa di acquisto valida è un possesso di qualifica positiva (*pro emptore* ad es.) - si è spostata nella sua spiegazione dalla valutazione di un tale possesso nella dottrina classica ai "requisiti" dell'usucapione. Sarebbe stato più preciso parlare dei requisiti del possesso *ad usucapionem* (si veda quanto osservato sopra sul passo D. 41.3.33pr.), ma rimarrebbe pure vero che, ciò facendo, non si rende giustizia né al nucleo contenutistico del passo né alla sottintesa evoluzione dottrinarica che se ne può evincere. Per quanto riguarda quest'evoluzione, è stato proprio Talamanca a far notare agli interpreti il testo che contribuisca al chiarimento e alla comprensione della stessa, come diverrà chiaro più oltre (nr. 5). Ma dobbiamo prima prestare attenzione a qualche altro aspetto del passo paolino degno di una più attenta considerazione.

4. Spiegazione degli ulteriori aspetti del passo D. 41.4.2.1 (Paul. 54 ad ed.).

Dopo l'interpretazione della prima frase di D. 41.4.2.1 nel contesto del passo, possiamo entrare nei dettagli degli ulteriori elementi testuali di questo brano. Saranno trattati uno dopo l'altro gli elementi testuali che seguono: (i) il termine *emit*; (ii) *emisse, sed mala fide*; (iii) *alienam rem*; (iv) *nam vere dicitur*. A tal scopo sarà utile riprodurre di nuovo il testo latino:

Paul. D. 41.4.2.1 (54 ed.) *Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.*

(i) Il termine *emit*. Cominciamo con un punto apparentemente insignificante ma in realtà di gran rilevanza per la tesi che vi è una differenza di fondo tra una causa (titolo) di quali-

fica (*pro emptore*) e una causa (titolo) di acquisto (*emptio*). Dalle parole *qui sciens ... emit, pro emptore possidet* si evince che il significato del termine *emit* comprende nel contesto specifico sia il contratto della compravendita che l'atto dell'acquisto del possesso (attraverso *traditio*). Nel linguaggio giuridico romano quest'uso ben noto di *vendere / emere* e l'uso simile di *donare* ricorre spesso e è stato segnalato all'attenzione dei romanisti in particolare da Ernst Levy.²⁵ Ciò che conta è essersi consapevoli che si tratta di un uso puramente terminologico, che non influisce sull'interpretazione dogmatica dei testi nei quali si trova un tal uso.

Interpretando questi e altri testi giuridici va sempre fatta una distinzione netta tra la terminologia del linguaggio giuridico e i concetti dogmatici sottostanti. La terminologia romana è spesso equivoca, ma ciò non ha mai, che io sappia, impedito ai giuristi classici di essere molto accurati nelle loro affermazioni e decisioni dogmatiche. Non essendo giuristi romani, noi giusromanisti dobbiamo essere all'erta riguardo a questa terminologia ambigua, per non farci depistare dalla stessa. Per quanto riguarda del resto la distinzione tra i concetti di causa di qualifica e di causa di acquisto, la terminologia dei giuristi classici è tutt'altro che equivoca. Rispetto alla locuzione ambiguissima *causa possessionis* dei *veteres* la terminologia in materia del possesso nel periodo (pre)classico è molto più precisa. Ci ritorneremo spiegando la locuzione *causae adquirendi* nel passo D. 41.2.3.21.

Dal punto di vista dogmatico quindi si deve sempre distinguere nettamente tra il negozio contrattuale e l'atto del trasferimento o dell'acquisto del possesso, non solo rispetto ai negozi *emere / vendere* o *donare* ma in tutti i casi in cui si tratta di negozi o fatti giuridici, riconosciuti come cause di acquisto, vale a dire (*iustae*) *causae* (dell'acquisto) del possesso *uti dominus*. Per due motivi volevo sottoporre questo punto espressamente all'attenzione degli interpreti. In primo luogo, si può dedurre dalle parole *possidet pro emptore* riferite al compratore di mala fede che il suo possesso è qualificato dai due elementi necessari di ogni possesso caratterizzato da questo o un simile titolo: una causa di acquisto valida e una *iusta possessio*, qui acquistata, come di solito, tramite *traditio* (sottintesa).

In secondo luogo, volevo sottolineare la differenza di fondo tra la causa di acquisto e l'acquisto del possesso, avendo constatato che anche studiosi eminenti come Kaser e Talamanca sono caduti nell'errore di far coincidere talvolta l'acquisto del possesso per sé (= *uti dominus*) e la circostanza giustificatrice di tal acquisto, cioè la causa di acquisto. Ci ritorneremo trattando il passo D. 41.2.3.21 e spiegando più dettagliatamente le differenze tra cause di qualifica e cause di acquisto. Dal punto di vista dogmatico i giuristi del periodo classico hanno sempre differenziato nettamente tra la causa di acquisto e l'atto (di solito *traditio*) attraverso il quale si acquista il possesso, come risulta già chiaro dalle formule dell'*actio Publiciana* (Gai. 4.36: *qui ex iusta causa traditam sibi rem*) e della *exceptio rei venditae et traditae* (Hermog. D. 21.3.3).

(ii) Ma la rilevanza di questa differenziazione dal punto di vista dogmatico e probatorio trova anche riscontro nella frase finale del passo paulino che precede direttamente il nostro

²⁵ E. LEVY, *Verkauf und Übereignung*, in *Iura* 14, 1963, 1 ss. Avendo prima indicato le numerose attestazioni dove *vendere* e *tradere* vengono menzionati separatamente (p. 3 ss.), l'autore enumera gli esempi dell'uso di *vendere / emere* nel senso di 'vendere / comprare e trasmettere / acquistare il possesso' (p. 10 ss.). Mi limito a fornire un solo esempio di un passo in cui si tratta dell'alienare una cosa altrui senza commettere il delitto di *furtum* (Gai. 2.50). Dapprima il giurista menziona entrambi gli atti separatamente (*qui alienam rem vendidit et tradidit*) e poi parla due volte di *vendiderit aut donaverit*, nel senso di concludere un accordo e consegnare (*tradere*), come risulta dalle parole precedenti *si ex alia causa tradatur*.

brano: *igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse* (D. 41.4.2pr.).²⁶ Interpretando le parole *emisse, sed mala fide* dobbiamo quindi avere presente questa ben nota dottrina paulina dei due momenti rilevanti per il requisito della *bona fides* del compratore. Il termine *emisse* in D. 41.4.2.1 - a differenza del *emisse* nella frase finale di D. 41.4.2pr. - comprende, come abbiamo visto sopra (*emit*), sia il negozio *emptio* che l'acquisto del possesso. Per escludere l'acquisto del possesso *ad usucapionem* sarà quindi sufficiente che la *mala fides* del compratore, cioè il suo essere a conoscenza dell'alienità del bene comprato (*sciens alienam rem emit*), sussista a uno solo dei due momenti rilevanti.

(iii) Potrebbe sembrare superfluo prestare ancora attenzione all'*alienam rem* dopo il chiarimento delle parole *emisse mala fide*. Ma vorrei ribadire che una separazione tra *causa possessionis et usucapionis* è solo possibile se si tratta dell'acquisto di una cosa altrui. Nel caso della *traditio ex iusta causa* di una *res Mancipi* da parte del proprietario civile o bonitario²⁷ manca la separazione tra un possesso qualificato non utile all'usucapione e un possesso *ad usucapionem*. In tale fattispecie esiste solo quest'ultima situazione possessoria e quindi solo una *causa usucapionis* nel senso di denominazione di tale situazione. Una separazione tra due cause qualificanti è impossibile.

Ciò ha a che vedere col fatto che la *mala o bona fides* dell'acquirente non ha nessuna rilevanza se si acquista dal proprietario stesso, perché in tal caso manca il difetto²⁸ nell'acquisto al quale si può riferire la mala (o buona) fede di cui a D. 41.4.2.1 e in tanti altri passi. Dalle fonti risulta sia positivamente (*plus est in re quam in existimatione*, Paul. D. 22.6.9.4)²⁹ sia negativamente - in nessun passo delle fonti viene menzionata la buona fede nel caso di acquisto *a domino* - che in tal caso la mala o buona fede sulla legittimazione dell'alienante non ha rilevanza ai fini dell'usucapione.

Non in ogni figura quindi dell'*usucapio* del diritto classico questa buona fede svolge un ruolo. A parte altre obiezioni gravi, risulta già da questa sola osservazione che l'esametro notissimo (*res habilis, titulus ecc.*) è da bollare come uno strumento anacronistico e poco adatto

²⁶ In questo studio interessano soltanto le fattispecie nelle fonti in cui si tratta di cause di acquisto valide. I passi, quindi, in cui si tratta del cosiddetto 'titolo putativo' nel senso più accurato di 'causa di acquisto putativa' rimangono fuori considerazione. Questi passi hanno ricevuto nella letteratura un'attenzione quasi eccessiva, il che è andato a discapito dell'osservazione e analisi accurate dei brani molto più numerosi dove occorrono i casi normali di una causa di acquisto valida. Parlando dunque, in quanto segue, della *bona fides* (o assenza di *mala fides*) richiesta per il possesso *ad usucapionem* qualora venga acquistata una cosa altrui, con quella buona fede intendo sempre (fino ad indicazione contraria) l'ignoranza dell'acquirente o la sua credenza erronea sul difetto di legittimazione da parte dell'alienante.

²⁷ Sulla differenza tra dominio bonitario (Gai. 1.54 e 2.41) e possesso (*ex iusta causa*) di buona fede (acquisto *a non domino*, Gai. 2.43) sono dello stesso parere di M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 393.

²⁸ Sulla mancata rilevanza della mala o buona fede dell'acquirente *a domino* già R. STINZING, *Das Wesen von bona fides*, cit., 60: "daß nur insofern eine *bona fides* erfordert wird, als wirklich Mängel vorhanden sind". L'opinione di Stinzling è stata seguita a ragione da P. BONFANTE, *La proprietà* II, cit., 334 s. e da H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 75 ss.; cfr. anche le sue critiche a Albanese in Rec. a B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., in IURA 36, 1985, 160. L'autore austriaco, troppo spesso sottovalutato nella letteratura italiana, tratta in modo quasi sempre convincente tutti i passi sulla *bona fides* menzionati da Stinzling (p. 61 ss; 70 ss.).

²⁹ Cfr. A. WACKE, *Plus est in re quam in existimatione (Die Realität gilt eher als die Vorstellung). Zur Relevanz vermeintlicher Wirksamkeitshindernisse*, in TR 64, 1996, 309 ss.

per analizzare l'*usucapio* dei giuristi classici. Ci ritorneremo più oltre spiegando il passo D. 41.2.3.21.

5. Spiegazione dell'ultimo aspetto (iv) del passo D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*): i retroscena storici delle parole *nam vere dicitur* (I): D. 5.3.13.8.

Sopra ho sollevato critiche sull'interpretazione da parte di autori come Talamanca (e Hausmaninger) della frase iniziale *separata est ...ecc.* e dell'esempio esplicativo che Paolo ne ha dato. Ho chiarito che il giurista non parla di una separazione tra *causa* e *bona fides* né s'interessa in primo luogo dei requisiti dell'*usucapio*. Delle due situazioni possessorie caratterizzate dalle due rispettive cause di qualifica, il possesso *ad usucapionem* per lui non è quella primaria.

Abbiamo constatato che l'essenza del passo è che anche il possesso acquistato in mala fede, ma in virtù di una causa di acquisto valida, è un possesso di qualifica positiva (*pro emptore* ad es.). Quest'opinione dottrinarica però non risale a Paolo stesso. Dalle parole *nam vere dicitur* ("è esatto ciò che si dice") si può ricavare che Paolo aderisce al parere di altri giuristi. Non era sua l'idea che anche il compratore di mala fede possieda la cosa *pro emptore* anziché *pro possessore*, come voleva una corrente contraria tra i giuristi. Spiegando il frammento ulpiano D. 41.10.1 vedremo che l'opinione seguita da Paolo veniva già sostenuta nella giurisprudenza altoclassica.

Nel quadro della spiegazione del passo D. 41.4.2.1 interessano, per il momento, i retroscena storici della controversia dottrinarica sottintesa nelle parole *nam vere dicitur*. È soprattutto merito di Talamanca aver chiarito questi retroscena del dibattito tra i giuristi sulla qualifica del possesso acquisito in mala fede ma in virtù di una causa di acquisto valida (di solito una *emptio*). Trattando in modo sintetico i passi da lui addotti illustreremo contro quali aspetti della sua interpretazione è da prendere posizione e quali, invece, sono convincenti perché si conciliano con i dati testuali. In quest'ultima categoria rientra anzitutto il passo ulpiano D. 5.3.13.8, il quale aiuta in modo particolare a chiarire il contenuto del passo di Paolo. Infatti, mentre dalle parole *nam vere dicitur* del brano D. 41.4.2.1 (e specialmente dal termine *vere*) è deducibile solo un'allusione velata a una controversia tra i giuristi, tale discussione si esprime in modo esplicito nel passo di Ulpiano:

D.5.3.13.8 (Ulp. 15 *ad ed.*) *Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet; et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram. Nemo enim praedo est qui pretium numeravit. Sed ut emptor universitatis utili tenetur.*

Confutando i sospetti infondati di interpolazione da parte di interpreti precedenti Talamanca ha mostrato che questo passo è da ritenere genuino³⁰. Come nel brano di Paolo si tratta di un compratore di mala fede (*sciens*) di una cosa altrui, così qui, nel contesto palinogenetico della *hereditatis petitio*, si tratta di un'eredità che non appartiene al venditore (*alienam hereditatem*). Ma a differenza del passo paulino Ulpiano presenta esplicitamente l'opinione contrastata implicitamente da Paolo: secondo il parere di certi giuristi (*quidam putant*) un

³⁰ M. TALAMANCA, *Studi*, cit. 24 e 26 ss.

tale compratore possiede *pro possessore* e per questa ragione si può intentare contro lui l'azione di eredità (*et sic peti ab eo hereditatem*)³¹. Quest'opinione viene respinta da Ulpiano in base all'argomento che chi paga un prezzo non è da ritenere un *praedo* (= possessore *pro possessore*: D. 5.3.13.1). Paolo per contro ha messo in rilievo la sussistenza di una *emptio* valida (*nam vere dicitur emisse*) per confortare l'opinione che il compratore di mala fede possiede *pro emptore*, non (sottinteso) *pro possessore*³².

Dalle fonti tramandateci conosciamo alcuni giuristi che appartenevano ai *quidam* anonimi di cui Ulpiano fa menzione. Tra i passi che presentano l'opinione contraria sulla qualifica del possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una *emptio* valida spicano quello di Giuliano e di Pomponio.

6. Spiegazione dell'ultimo aspetto (iv) del passo D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad ed.*); i retroscena storici delle parole *nam vere dicitur* (II): D. 41.3.33.1 e D. 35.1.110.

Consideriamo dunque:

D. 41.3.33.1 (Giul. 44 *dig.*) ... *Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore*³³.

Si tratta di una situazione possessoria quasi identica a quella nel passo di Paolo ma caratterizzata in modo contrario: non *pro emptore* ma *pro possessore*. Il motivo di questa denominazione negativa del possesso acquistato in forza di una *emptio* valida ma in mala fede è la valutazione³⁴ negativa dello stesso da parte di Giuliano. Poiché la valutazione risulta

³¹ Cfr. M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 53 nt. 133 "Che il *possessor pro possessore*, identificato attraverso un criterio sostanziale, fosse legittimato passivamente all'azione ereditaria è indubbio": D. 35.1.110; D. 5.3.13.1 e 8; *h.t.* 16,4; ecc. Come è noto, la tesi principale negli *Studi* è che i giuristi romani hanno seguito un criterio sostanziale di qualifica del possesso (non un criterio processuale) per distinguere la *possessio pro herede* dalla *possessio pro possessore*. Le prove addotte da Talamanca in sostegno di questa tesi non vengono in nessun modo inficiate dalle mie obiezioni alle spiegazioni da parte sua di diversi passi. Queste obiezioni concernono sempre, di nuovo, la mancata distinzione da parte dell'autore fra causa di qualifica e causa di acquisto e in particolare l'uso della locuzione *causa possessionis* in senso molto ambiguo. Sono anche del tutto d'accordo con l'esposizione sull'evoluzione storica del rapporto tra queste due categorie del possesso nelle *Istituzioni* cit., 703.

³² Su questa differenza tra i due giuristi severiani v. M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 120, nt. 277, il quale osserva giustamente: "è infatti l'esistenza di un negozio valido, non il pagamento del prezzo che esclude la *possessio pro possessore*". Che l'affermazione di Ulpiano non sia esatta, consegue anche - un'osservazione molto sottile di Talamanca - dal passo ulpiano D. 5.3.13.1, sul quale ritorneremo più oltre (Parte II).

³³ Questo testo breve (non sospettato di rimaneggiamenti) fa parte di una casistica ampia in cui Giuliano tratta varie eccezioni alla regola dei *veteres* sul divieto di cambiare la propria *causa possessionis*. Sul passo esiste una letteratura estesa la quale non interessa per il mio scopo. Mi limito a rinviare a H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 48 e 56 ss., che ritiene il testo a ragione genuino e ne dà un'interpretazione accurata e convincente.

³⁴ Sopra [nr. 3 (v)] ho già avuto modo di esporre brevemente che l'opinione seguita da Paolo in D. 41.4.2.1 va collegata ad una valutazione diversa del possesso in questione, la quale è fondata su un soppesare in modo diverso la mala fede in confronto alla *emptio* valida. Un non essere più "intrecciati fra di loro" di questi due

negativa, ciò si ripercuote sulla qualifica (il nome) del possesso in questione. Soppesando le circostanze dell'acquisto Giuliano, diversamente da giuristi come Paolo e Ulpiano, fa valere la mala fede dell'acquirente tanto quanto la compravendita valida. Secondo il giurista l'elemento soggettivo (la mancanza della buona fede) e quello oggettivo (la *emptio* valida) sono di peso eguale, quando si tratta dell'acquisto di una cosa altrui. In tal caso vi sono soltanto due possibilità: o si tratta di un possesso *ad usucapionem* (quando sussistono sia una *emptio* valida che la *bona fides*) o di un possesso valutato e denominato negativamente, *pro possessore* (quando uno di questi due requisiti manca).

Quest'analisi spiega secondo criteri giuridici³⁵ la differenza essenziale fra Giuliano e i giuristi seguiti da Paolo e Ulpiano nella valutazione del possesso acquistato in mala fede ma in virtù di una *emptio* valida. Mentre Giuliano fa pesare ambedue gli elementi costitutivi del possesso in modo eguale, quelli fanno pesare l'elemento oggettivo più di quello soggettivo e ammettono pertanto due situazioni possessorie *pro emptore*: una *ad usucapionem*, l'altra, del compratore di mala fede, non utile all'usucapione³⁶. Secondo tutti i giuristi per contro vi è sempre un possesso *pro possessore* del compratore o un altro acquirente di mala fede, qualora la sua consapevolezza (*scientia*) verta sull'assenza, illiceità o invalidità della *emptio* o la causa di acquisto in genere³⁷.

La stessa valutazione e denominazione di una situazione possessoria simile a quella nel caso di Giuliano, ma sorta in virtù di un'altra causa di acquisto (l'essere d'accordo sullo scopo della *traditio*, vale a dire *condicionis implendae causa*), si trova in:

D. 35.1.110 (Pomp. 9 *epist.*) *Etiamsi invitis heredibus ex peculio statuliber pecuniam Titio det, liber quidem fit: sed Titius qui invitis heredibus sciens accepit, pro possessore videtur eam pecuniam possidere, ut avocare eam hi, qui inviti fuerunt, possint.*

In una prima interpretazione questo passo (di certo genuino) viene anzitutto trattato da Talamanca in considerazione della prova da ricavarne a favore della sua tesi che il contenuto del possesso *pro possessore* - "indizio decisivo per ritenere che l'azione a cui Pomponio si riferiva, era l'*hereditatis petitio*" - viene determinato secondo un criterio sostanziale.³⁸

elementi non c'entra per nulla. I due elementi sono da sempre ritenuti indipendenti l'uno dall'altro.

³⁵ Pesare e valutare gli elementi costitutivi di una situazione giuridica produttiva di certi effetti giuridici e qualificarla di conseguenza, costituisce il nucleo delle attività del giurista. Per questo motivo ho parlato di una spiegazione secondo criteri giuridici, al contrario dello schema interpretativo degli autori che si fondano su delle metafore molto vaghe e quindi poco accurate parlando della correlazione fra *bona fides* e "*iusta causa*" (Van Oven), "*causa*" (H. Hausmaninger), "*causa possessionis*" (Talamanca), "*titulus*" (Bignardi). Si tratta di metafore come 'Subordination' (Van Oven), 'there is much overlapping' (Daube), 'Verflechtung' (Mayer-Maly), 'essere intrecciati' (Talamanca), 'sovrapposizione' (Vacca), 'intrinseca correlazione' (Bignardi) ecc., espressioni di linguaggio figurato che non spiegano nulla sotto il profilo giuridico.

³⁶ Vedremo lo stesso più oltre in un caso comparabile nel passo FV. 1.

³⁷ V. la casistica nel passo D. 5.3.13.1 del quale darò un'interpretazione approfondita più oltre (Parte II). La differenza essenziale fra la mala fede sul difetto di legittimità dell'alienante (Iul. D. 41.3.33.1pr. e Pomp. D. 35.1.110, da un canto; D. 41.4.2.1; D. 5.3.13.8, dall'altro) e quella su qualsiasi difetto della causa di acquisto (D. 5.3.13.1) viene talvolta oscurata in dottrina, p.es. da H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 8 nt.3 e A. BIGNARDI, *Considerazioni*, cit., 211 e nt. 11.

³⁸ Sul passo M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 19; nonché 53 nt. 133. Cfr. *supra*, nt. 31.

Poi il contenuto del testo viene analizzato più in dettaglio in altra sede³⁹ confrontandolo col caso trattato da Giuliano. Viene osservato che nel frammento la mala fede dell'acquirente (*sciens accepit*) è ovvia, perché l'accipiente "riceve i denari dallo statulibero a conoscenza del divieto dei *domini*". Ma interessa più quanto prima viene osservato da Talamanca sul passo di Pomponio in confronto al testo di Giuliano: "La *possessio pro possessore* non deriva, anche in questo caso, da un vizio del negozio nell'ambito del quale si verifica il trasferimento del possesso, bensì dalla mala fede..." ecc. Con le parole da me sottolineate sono del tutto d'accordo, ma l'autore si espone alle critiche di incongruenza rispetto al modo in cui ha spiegato poco prima il passo di Giuliano.

Vista la mia analisi e la mia spiegazione sopra proposte di quest'ultimo passo e viste le mie critiche già esposte prima (nr. 3), non desterà stupore che ho gravi obiezioni da opporre al modo in cui Talamanca ha cercato di spiegare la differenza tra l'opinione di Giuliano nel passo D. 41.3.33.1 e quella di Paolo e Ulpiano nei passi D. 41.4.2.1 e D. 5.3.13.8. Non distinguendo tra causa di qualifica e causa di acquisto, utilizzando quindi la locuzione *causa possessionis* in modo molto equivoco, l'autore è caduto in imprecisioni.

(i) Secondo Talamanca, Giuliano avrebbe seguito "una corrente dottrinarina che vede nella mancanza di buona fede ... un vizio che si ripercuote sulla validità della *causa possessionis*". Un'affermazione simile manca nella sua analisi del passo di Pomponio. Al contrario: secondo l'opinione corretta dell'autore, il possesso *pro possessore* in entrambi i passi ha a che vedere, non già con un vizio del negozio sottostante - della causa di acquisto quindi nella mia terminologia -, bensì solo con la mala fede dell'acquirente. Ciò significa che la locuzione *causa possessionis* nella frase citata sopra non può riferirsi alla *emptio* ma solo al titolo di qualifica *pro emptore*.

Qui vien fuori un altro effetto negativo del fare coincidere *pro emptore* e *emptio* e quindi dell'equivocità della locuzione *causa possessionis*⁴⁰. Solo una causa di acquisto (negozio o atto giuridico) può essere valida o invalida; ad una causa di qualifica come *pro emptore* tali qualifiche non sono applicabili in linea di principio, perché questa è una denominazione valutativa del possesso acquistato dal possessore. Nei nomi (*pro emptore ... pro suo e pro possessore*) si manifesta la valutazione da parte dei giuristi del possesso - qualificato o meno da una causa di acquisto valida, una *iusta possessio* e la bona fede dell'acquirente - e tali nomi non possono essere validi o invalidi. Non distinguendo fra causa di qualifica e causa di acquisto, anche Kaser e la dottrina in genere sono caduti nello stesso errore di Talamanca⁴¹.

(ii) Legando la mala fede dell'acquirente direttamente alla causa di qualifica (il nome) del possesso, Talamanca ha fatto spostare l'essenza giuridica del passo - la valutazione sottintesa del possesso sulla base del soppesare mala fede e *emptio* valida - a un punto secondario, la denominazione del possesso valutato negativamente da Giuliano. Per comprendere correttamente il nesso tra mala fede e causa di qualifica negativa (*pro possessore*) o positiva (*pro*

³⁹ M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 118 nt. 274.

⁴⁰ Altrove questa locuzione ha ancora un altro significato, il quale comprende secondo M. TALAMANCA [*Studi*, cit., 120, in relazione a D. 41.4.2.1] anche il possesso: "l'indipendenza fra la *causa possessionis*, che consiste nell'acquisto del possesso in base ad un valido atto di disposizione del precedente possessore e la *bona fides*, che ormai non è più concepita come elemento della *causa possessionis*". Abbiamo già constatato che la *bona fides* non è mai così concepita nella dottrina romana.

⁴¹ Anche altrove [per es. M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 74 nt. 186] l'autore parla di "valide *causae possessionis*" nel senso di qualifiche del possesso.

emptore), si deve quindi prendere spunto dal possesso da valutare e denominare. La ragione è naturalmente che gli effetti giuridici vengono prodotti in primo luogo da un tale possesso, non dalla denominazione dello stesso. Quest'ultima è solo l'aspetto esteriore, da cui si evince di quale specifica situazione possessoria si tratta. Questo possesso specifico costituisce quindi l'anello mancante fra mala fede e qualifica del possesso nell'analisi discutibile da parte di studiosi quale Talamanca.

(iii) Possiamo quindi constatare che la mala fede dell'acquirente si ripercuote⁴² non sulla "validità della *causa possessionis*", ma sul modo in cui il possesso acquistato viene valutato dal giurista. E questa valutazione non ha niente a che vedere con una dipendenza della "causa" dalla *bona fides*. Questa non è mai concepita come un elemento della causa: piuttosto, causa di acquisto e *bona* o *mala fides* dell'acquirente sono da sempre considerate e trattate dai giuristi quali elementi indipendenti l'uno dall'altro. La differenza tra le due correnti dottrinarie nel valutare il possesso del compratore di mala fede è da attribuire, come abbiamo visto, al modo diverso in cui soppesavano la *emptio* valida e la mancanza della buona fede.

Se la sua analisi dogmatica dà adito a critiche, nondimeno Talamanca ha anche contribuito al chiarimento dei retroscena storici della controversia sulla situazione possessoria del compratore di mala fede, confrontando questa situazione con quella trattata nel passo tramandato in FV. 1 (Paul. 8 *ad Sab.*), di cui mi occupo subito di seguito.

7. Il possesso del compratore non di buona fede in FV. 1 e quello nei passi D. 41.3.33.1 (Giuliano) e D. 41.4.2.1 (Paolo).

FV. 1 (a) <*Qui a quolibet rem emit, quem putat ipsius esse, bona fide emit. at qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem Mancipi emit vel falso tutore auctore quem scit non esse, non videtur bona fide emisse: itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt.* (b) *Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus, pro emptore quod est verius; nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest.* (c) *Julianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.*

La spiegazione più approfondita e anche più convincente, a mio parere, di questo passo molto interessante è stata data da Hausmaninger.⁴³ L'autore ha eliminato decisamente tutti sospetti infondati sulla stesura classica del testo e sulla paternità dello stesso (Paulus) e ne ha integrato in modo credibile la frase iniziale (riprodotta da me) confrontandolo col passo D.18.1.27 (Paul. 8 *ad Sab.*).⁴⁴ Per questo motivo non entrerò nelle particolarità della lettera-

⁴² Cfr. anche M. TALAMANCA, *Studi*, cit., nt. 277 sul passo di Pomponio: "la teoria per cui il difetto della *bona fides* incide sulla *causa possessionis*".

⁴³ H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 13 ss. con indicazione della letteratura e 39 (sintesi). Si v. anche M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 119 nt. 274.

⁴⁴ Ho soltanto qualche dubbio sulla parola *sciens* che sembra superflua. In qual modo il compratore potrebbe essere *nesciens* che si tratta di una donna che agisce senza tutore? In qual senso la sua consapevolezza dell'assenza del tutore può costituire una mala fede? Non è questa la sede, però, per entrare in questo problema.

tura ampia sul passo, ma mi limiterò sulla scia del autore austriaco e di quella di Talamanca a qualche punto rilevante per il mio tema. La discussione sulla vendita (e *mancipatio*?) di *res Mancipi* da parte di una donna senza l'*auctoritas tutoris*, viene ambientata da Hausmaninger nella storia evolutiva della tutela muliebre. Quest'istituto appariva sempre di più privo di giustificazione (Gai. 1.190), veniva minato alle basi poco a poco ed è finito a venir abolito praticamente già nei tempi di Papiniano.⁴⁵

Al mio scopo non interessa in primo luogo la posizione del frammento nell'eliminazione progressiva della *tutela mulierum*. Io prenderò le mosse da un confronto accurato tra la valutazione diversa nella dottrina (pre)classica del possesso del compratore di mala fede in FV. 1, da un lato, e quella del possesso apparentemente simile nei passi D. 41.3.33.1 e D. 41.4.2.1, dall'altro. Abbiamo già visto che né Talamanca né Hausmaninger sono riusciti a spiegare in modo accettabile la diversità di opinioni tra Giuliano e Paolo in questi ultimi passi. Per questo motivo manca nelle loro spiegazioni del passo FV. 1 un tale paragone preciso in cui vengano messe in rilievo le differenze tra la situazione possessoria in questo frammento e quella nei passi di cui sopra. Senza un tale confronto non è possibile fare affermazioni fondate sull'identità delle correnti dottrinarie le quali si celano dietro le opinioni diverse di Giuliano e Paolo. Facciamo quindi un raffronto tra le due situazioni possessorie in questione.

A prima vista la divergenza di opinioni tra Labeone (possesso *pro possessore*) e Proculo e Celso (possesso *pro emptore*), da un lato, e quella tra Giuliano e Paolo, dall'altro, sembrano uguali. In realtà sia le situazioni possessorie a cui si riferiscono il primo e il secondo dissenso sia le prese di posizione verso le stesse da parte dei giuristi coinvolti sono differenti sotto vari aspetti rilevanti. Enumerando queste differenze accanto a qualche somiglianza, prenderò sempre spunto dalla situazione possessoria di cui a D. 41.3.33.1 (Giuliano) e D. 41.4.2.1 (Paolo), perché questi passi sono già stati trattati dettagliatamente sopra. Rinviando al testo di FV. 1 citerò tra parentesi le parti del testo relative (a), (b), (c).

(i) Nella situazione possessoria di Giuliano e Paolo la mala fede del compratore si riferisce all'alienità della cosa comprata e al sottinteso difetto di legittimità dell'alienante. In quella del frammento vaticano invece le parole *non bona fide (emisse)* concernono la consapevolezza del difetto di capacità della donna di alienare *res Mancipi* senza l'*auctoritas* del vero tutore (a).⁴⁶ Di più, non si tratta di cose altrui: la donna è proprietaria (*voluntate dominae*) di queste cose (b).

(ii) Nel passo D. 41.3.33.1 Giuliano ha valutato il possesso del compratore di mala fede negativamente (*pro possessore*), perché per lui l'*emptio* valida e la mala fede sono di peso uguale. Ma non è del tutto certo che il *possidere pro possessore* di Labeo⁴⁷ (b) si fonda pure su

⁴⁵ S.v. H. HAUSMANINGER *Bona fides*, cit., 26s. su FV. 259 e nt. 69 su FV. 264 (Pap. 12 resp.): *Matrem quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes servos Mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit*. La donazione viene ritenuta valida senz'altro.

⁴⁶ Nel caso alternativo del *tutor falsus* il difetto di buona fede si riferisce alla consapevolezza di questa circostanza. In questo caso già i *veteres*, *Sabinus et Cassius* avrebbero consentito a un acquirente di buona fede l'usucapione di *res Mancipi*. Ciò consegue secondo Hausmaninger *a contrario* dalle parole *non videtur bona fide emisse* (a).

⁴⁷ Secondo M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 119 nt. 274 l'opinione di Labeone è "eccessiva"; secondo H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 39 un parere superato ("retardierende Ansicht"). Il motivo di queste qualificazioni critiche è chiaro: alle donne era permesso alienare senza tutore *res nec Mancipi* (Gai. 2.80) e anche il possesso di *res Mancipi*, come Paolo afferma nel frammento vaticano (b).

un simile soppesare la mancanza di *bona fides* nella fattispecie di Fr. Vat.1. È più probabile, come Hausmaninger ha presunto e anche reso plausibile⁴⁸, che Labeone abbia interpretato estensivamente il divieto di alienare *res Mancipi* senza *auctoritas tutoris* (Gai. 2.80): secondo Labeo non solo una *mancipatio* ma anche il negozio sottostante, cioè l'*emptio* è invalida. E pertanto il compratore possiede *pro possessore*.

(iii) Abbiamo visto che secondo la corrente dottrina seguita da Paolo in D. 41.4.2.1, l'*emptio* valida pesa più della mala fede dell'acquirente. Per questo motivo il possesso dello stesso è da valutare positivamente e quindi da denominare *pro emptore*. Nel passo FV. 1 Proculo e Celso seguiti da Paolo (*quod est verius*) sono dello stesso parere – la prima analogia veramente importante tra i due passi (b). L'*emptio* è valida perché la donna può alienare il possesso *sine tutoris auctoritate* e ciò pesa più del difetto di buona fede (b). L'altra somiglianza tra le due situazioni possessorie *pro emptore* è che non si tratta di un possesso *ad usucapionem*, perché manca una *bona fide emptio*.

(iv) Ma al contempo vi è anche una differenza essenziale tra il possesso *pro emptore* senza buona fede nel passo D. 41.4.2.1 e quello nel FV. 1, la quale è a sua volta legata alle due differenze fra i passi menzionati sopra (i). A causa della mala fede iniziale sul difetto di legittimazione dell'alienante, il possesso nel primo passo non è produttivo di nessun effetto giuridico acquisitivo; è solo vantaggioso per il compratore sotto il profilo processuale⁴⁹. Il possessore *pro emptore* del frammento vaticano invece acquista i frutti della *res Mancipi* nonostante il difetto di buona fede sulla capacità ristretta di agire della donna. Anzi, quest'acquisto dei frutti viene adotto come il primo argomento in sostegno del suo possesso *pro emptore: et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit* (b).

(v) Giungiamo alle due ultime differenze, che questa volta riguardano solo la presa di posizione da parte di Giuliano nel caso del passo D. 41.3.33.1, da un canto, in quello del frammento vaticano, dall'altro. Nel primo passo il compratore di mala fede possiede la cosa altrui *pro possessore* secondo l'opinione del giurista. Ma per quanto riguarda l'acquirente non di buona fede di *res Mancipi* consegnate da una proprietaria in assenza del vero tutore, Giuliano è della stessa opinione di Proculo e Celso: un tale compratore possiede *pro emptore*. Ciò segue incontestabilmente dalle parole *Julianus ... eum ... etiam usucapere ...* ecc. (c). Dall'*etiam* è ricavabile che Giuliano prendendo spunto dal possesso *pro emptore* permesso dai Proculiani (e Paolo!) fa ancora un passo ulteriore: ammette a questo possessore anche la possibilità di *usucapere* data la soddisfazione di certe condizioni. Ciò contrasta completamente con la situazione possessoria del compratore di mala fede nel passo D. 41.4.2.1: Paolo dice esplicitamente che questo, sì, possiede *pro emptore*, ma non usucapisce.

Dal confronto sopra fatto risulta che non è così facile distinguere nettamente le due correnti dottrinarie rispetto alla valutazione del possesso del compratore non di buona fede. In ogni caso non ci si può basare semplicemente sul confronto tra D. 41.3.33.1 e FV. 1 per affermare che secondo Giuliano, "ultimo esponente della scuola sabiniani", il difetto di buona fede porta sempre a un possesso *pro possessore*⁵⁰. Abbiamo visto che ciò non è esatto,

⁴⁸ H. HAUSMANINGER, *Bona fides*, cit., 18 s.

⁴⁹ V. *supra*, nt. 4 sull'esclusione della legittimazione passiva all'*hereditatis petitio* (e altri simili mezzi giudiziari del diritto ereditario)

⁵⁰ Ciò espressamente contro l'opinione contraria di M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 119 nt. 274: "decisivo

perché il caso del compratore non di buona fede nel frammento vaticano è ritenuto dal giurista diverso da quello dell'altro passo. Per quanto riguarda l'acquisto di *res Mancipi* appartenenti a una donna sembra che non fosse più una divergenza di opinioni tra Proculiani e Giuliano (Sabiniani in genere?) nel periodo altoclassico. Ciononostante, sono pronto a seguire Talamanca riguardo alla sua opinione che sono stati per primi i Proculiani a valutare positivamente (*pro emptore*) il possesso di un compratore di mala fede rispetto alla legittimazione dell'alienante. Con le parole *nam vere dicitur* in D. 41.4.2.1 Paolo aderisce, dunque, al parere di giuristi di questa scuola.

8. Le parole *nam vere dicitur*: riassunto dell'analisi dei retroscena storici.

Possiamo adesso riassumere i risultati dell'analisi storico-dogmatica escludendo il caso specifico di FV. 1. La discussione giurisprudenziale verteva sulla questione come era da valutare un possesso qualificato, sì, da una *emptio* valida, ma anche dalla mala fede dell'acquirente: negativamente *pro possessore* (l'opinione più vecchia) o pure positivamente, *pro emptore*? Secondo i giuristi della scuola sabiniana la mala fede dell'acquirente pesava tanto quanto la causa di acquisto valida. Questo parere dipendeva, con ogni probabilità, dalla presenza della locuzione *bona fide emere* nel contesto editale sull'*actio Publiciana*. Il nesso tra l'elemento soggettivo e quello oggettivo di quest'espressione veniva ritenuto così stretto, che i due requisiti venivano considerati come di peso uguale. O vi era un possesso *ad usucapionem* o (nel caso di mala fede) un possesso *pro possessore*. Secondo quest'opinione, quindi, *tertium non datur*.

I giuristi della scuola proculiana, seguiti da Paolo e Ulpiano, erano di parere diverso valutando il possesso in questione. Essi davano all'esistenza di una causa di acquisto valida un peso maggiore che alla mala fede dell'acquirente (Paolo: *nam vere dicitur quis emisse*). Ammettevano accanto al possesso *pro emptore* utile all'usucapione anche un possesso *pro emptore* non produttivo di effetti acquisitivi, ma vantaggioso sotto il profilo processuale. Possiamo forse anche appurare il motivo sottinteso per valutare questo possesso in modo positivo nonostante la mala fede dell'acquirente. Sarà sembrato ingiustificato allineare un tale compratore o altro acquirente *ex iusta causa* e ladroni e rapinatori valutando il possesso di tutti egualmente, cioè quale un possesso *pro possessore*. Per tutte e due scuole valeva: mala fede sulla causa di acquisto portava in ogni caso al possesso *pro possessore*.

Ecco la soluzione del problema tormentato ("höchst diffiziles Problem")⁵¹ di fronte al quale la dottrina si è trovata: come sono da conciliare le affermazioni contrarie di Giuliano e Paolo sul possesso di cosa altrui acquistato in mala fede ma per virtù di una *emptio* valida? La dottrina romanistica non ha preso il quesito per il giusto verso, perché facendo coincidere causa di qualifica e causa di acquisto non ha riconosciuto il vero carattere di titoli come *pro emptore ... pro suo*, da un lato, e il titolo negativo *pro possessore*, dall'altro. Questi titoli sono nomi valutativi che caratterizzano nel sistema casistico romano i diversi generi⁵² del possesso qualificato, quello non utile e quello idoneo all'usucapione.

al proposito il confronto con il passo di Giuliano ...” ecc.

⁵¹ H. HAUSMANIGER, *Bona fides*, cit., 95.

⁵² Nel passo D. 41.2.3.21, *genera possessionum*.

Tali nomi vanno distinti nettamente dai requisiti del possesso positivamente qualificato: causa di acquisto valida, *iusta possessio*, talvolta buona fede dell'acquirente. Non distinguendo in modo conseguente gli uni dagli altri, la dottrina non ha mai formulato correttamente i termini della questione di cui si tratta nel caso specifico dei passi Iul. D. 41.3.33pr. e Pomp. D. 35.1.110, da un canto, e Paul. D. 41.4.2.1 e Ulp. D. 5.3.13.8, dall'altro. Di conseguenza, non ha visto che si tratta di una valutazione diversa del possesso in questione, e più precisamente del soppesare in modo diverso l'elemento oggettivo e quello soggettivo espressi nella locuzione *bona fide emere*. Non si tratta affatto di un "[incidere] del difetto della *bona fides* sulla *causa possessionis*" o di una "distinzione tarda fra *causa possessionis* e *bona fides*".⁵³

9. D. 41.4.2.1: conclusione e sintesi dei punti fondamentali.

Sia dal punto di vista dogmatico sia da quello terminologico il passo D. 41.4.2.1 costituisce un modello tipico del modo sintetico e dello stile conciso in cui Paolo si esprime. Da questo breve brano è deducibile una quantità di particolarità storico-dogmatiche di rilevanza per noi romanisti moderni. Ma dal punto di vista di Paolo, l'aspetto più importante del passo è la sua presa di posizione nel dibattito tra i classici sulla valutazione del possesso di un bene altrui acquisito da un compratore o un altro acquirente di mala fede. In base alla valutazione positiva di tale acquisto, secondo l'opinione dottrinarina da lui seguita, Paolo ha poi enunciato una regola generale: *separata est causa possessionis et usucapionis*. La regola sembra comprenda accanto a titoli onerosi come *pro emptore* anche quelli *pro donato* e *pro legato*. Non è chiaro se anche Ulpiano fosse pronto ad ammettere una tale interpretazione ampia (D. 5.3.13.8: *nemo praedo est qui pretium numeravit*).

(i) Dall'affermazione generalizzata *separata est* ecc. e dall'esempio esplicativo del compratore di mala fede risulta in modo irrefutabile che per Paolo vi è una differenza tra causa di qualifica (*pro emptore*) e causa di acquisto (*emptio*). Da questa distinzione segue che il possesso qualificato produttivo di effetti giuridici e i requisiti dello stesso sono di rilevanza primaria. I nomi di un tale possesso, i titoli *pro emptore ... pro suo* e il titolo *pro possessore* caratterizzano solo i vari generi di questo possesso.

(ii) Ciò che viene affermato esplicitamente da Ulpiano nel passo D. 5.3.13.8 - rispetto alla qualifica del possesso del compratore di mala fede vi era una controversia tra i giuristi - risulta in modo implicito anche dal passo di Paolo. Entrambi i giuristi erano della stessa opinione: l'elemento oggettivo (*emptio* valida) pesa più di quello soggettivo (*mala fides* dell'acquirente). Una dipendenza della "*iusta causa*" dalla *bona fides* e una distinzione tarda tra "*causa possessionis*" e *bona fides* non vengono affatto in questione. Nell'interpretazione romana della locuzione *bona fide emptio* questi due requisiti del possesso *pro emptore* utile all'usucapione venivano sempre ritenuti indipendenti l'uno dall'altro.

(iii) Possiamo assumere che la formulazione generalizzata *separata est causa possessionis et usucapionis* deriva da Paolo stesso, il quale di certo si è basato sulla casistica in materia nelle opere dei giuristi precedenti. Il cambiamento di valutazione, invece, rispetto a un tale pos-

⁵³ M. TALAMANCA, *Studi*, cit., 119, nt. 274 e 120 nt. 277.

nesso in mala fede di una cosa altrui (dalla causa di qualifica *pro possessore* a quella *pro emptore* ad es.) non è avvenuto nei tempi di Paolo e Ulpiano, ma molto prima.

(iv) La distinzione fatta da Paolo tra *causa possessionis* (caratterizzante del possesso non utile all'usucapione, ma di qualifica positiva) e *causa usucapionis* (caratterizzante del possesso *ad usucapionem*) è rilevante solo qualora si tratti dell'acquisto di una cosa altrui (*res aliena*). La diversità tra l'una e l'altra situazione possessoria è rilevante sotto il profilo processuale nel diritto ereditario.

Dopo l'interpretazione approfondita del passo D. 41.4.2.1 potremo passare alla spiegazione del brano D. 41.2.3.21. Da questo secondo passo chiave evinceremo ulteriori argomenti che confermano e avallano la mia tesi.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2016
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

