

## Possessio e servitù: eredità concettuali

*Eredità concettuali e influssi disciplinari. Spunti in tema di possesso e servitù* è il titolo della recente, breve monografia di Raffaele Basile. Una ricerca agile, ben condotta, sulla storia della *possessio* in comparazione diacronica con l'ordinamento civile italiano. Il titolo del primo capitolo, *Il possesso. Una storia di 'oscillazioni'* (pp. 1-49), esplicita bene la scarsa linearità della evoluzione storica della 'categoria'. Un profilo, questo, che comprensibilmente pervade anche l'intera trattazione di Basile.

È noto che la prima organica ricostruzione storica della *possessio* risale a Savigny. La sua opera, *Das Recht des Besitzes*, costituisce un punto fermo nella ricerca sul tema, sebbene non sia passata indenne dalle critiche della storiografia successiva: mi riferisco in particolare agli studi di Alibrandi e Jhering<sup>1</sup>. Se infatti per Savigny il *discrimen* tra possesso e detenzione era l'*animus*, l'elemento psichico (non a caso si parla di teoria soggettivistica), il maestro di Berlino considerava in ogni caso il possesso per la sua natura un fatto, per i suoi effetti un diritto. La sua visione, pertanto, non si opporrebbe completamente alla ricostruzione di Jhering, assata, quest'ultima, sull'idea di un possesso-diritto (teoria oggettivistica), dove è irrilevante l'*animus* come cardine costitutivo del possesso e la distinzione tra possesso e detenzione si fonda sulla legittimità o illegittimità del titolo: la soluzione al problema della distinzione tra possesso e detenzione si trova, pertanto, nell'ordinamento giuridico e nelle tutele possessorie da quest'ultimo accordate (approccio seguito dal BGB).

Come giustamente osserva Basile (p. 40 nt. 76), tuttavia, a un'analisi più attenta la distanza tra le posizioni di Savigny e di Jhering è «meno radicale rispetto a quanto è dato rilevare in tema di *ratio* della tutela possessoria»: in particolare, stando all'a., Savigny si inserisce tra i seguaci della 'teoria mista'.

Nella prima pagina l'a. sostiene che il possesso, nella plurisecolare esperienza romana, incontra «due tappe di precipua rilevanza sul piano concettuale»: la prima è il momento di affermazione in termini di 'situazione subiettiva' «interagente con lo schema proprietario delineatosi sulla scia del declino delle primigenie connotazioni potestative». L'a. si è già occupato della formazione del concetto di *possessio* in una monografia del 2012: *Usus servitutis e tutela interdittale*, pubblicata per i tipi di CEDAM. Di qui, segnatamente dal paragrafo 2 del capitolo quarto della monografia testé citata (pp. 252 ss.), l'a. riprende l'analisi esegetico-comparatistica di due testimonianze del II sec. a.C., momento tipico della formazione del concetto di *possessio*.

La prima ad essere analizzata è la *lex agraria epigraphica* del 111 a.C. (pp. 2-3 e nt.3): in particolare, l'a. asserisce che il «frequente impiego del verbo *possidere* e dei sostantivi derivati *possessor* e *possessio* non sembra sollecitare dubbi in ordine all'ormai

\* A proposito di Raffaele Basile, *Eredità concettuali e influssi disciplinari. Spunti in tema di possesso e servitù*, Cacucci Editore, Bari 2023, X-178, ISBN 979125962683; ISSN 27244784.

<sup>1</sup> I. Alibrandi, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma 1871; R. Jhering, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena 1889.

acquisita valenza tecnica della fattispecie». A sostegno di quest'ultima asserzione egli punta la lente d'ingrandimento anche su alcuni aspetti terminologici della legge che farebbero riferimento a una tutela interdittale restitutoria accordata in casi di *eiectio* violenta<sup>2</sup>, menzionata quattro volte, oltre che alla classica formula *neque vi neque clam neque precario*, presente nel testo riportato della *lex*, che riprende chiaramente il classico schema interdittale pretorio<sup>3</sup>. L'a. mette a confronto il testo della legge agraria epigrafica<sup>4</sup> con quello dell'unica, anteriore attestazione giuridica recante l'uso del verbo *possidere*, un decreto proconsolare emanato nel 189 a. C. nell'Hispania Ulterior dal proconsole Lucio Emilio Paolo (p. 4 nt. 9)<sup>5</sup>.

Secondo Basile, il verbo *possidere*, ricorrente una sola volta nel decreto, non assume la valenza tecnica attribuibile alle occorrenze delle espressioni *possidere* e *possessio* nella *lex agraria epigraphica*: ciò apre «il varco all'impressione di un percorso formativo compiutosi 'medio tempore'», grazie all'intreccio di «tre essenziali svolte, rappresentate, in presumibile ordine storico, dal superamento dell'ancestrale schema proprietario e dalla consequenziale emersione del nuovo, più ampio orizzonte dominicale; dalla escogitazione dell'interdetto *uti possidetis*; dal processo di privatizzazione dell'*ager publicus* avviato e per gran parte realizzato sul suolo italico lungo lo stesso secolo» (p. 7).

L'impostazione appare condivisibile e lineare, soprattutto se integrata con i risultati della monografia del 2012, che più marcatamente traccia il percorso argomentativo seguito dall'a. nel confronto tra le due testimonianze di età repubblicana e i quattro frammenti di età imperiale (pp. 9-11)<sup>6</sup>. In particolare, il passo di Gaio permette all'a.

<sup>2</sup> Per approfondire il tema della tutela interdittale, in particolare quella riguardante lo spossamento violento, si rinvia a L. Labruna, *Vim fieri veto*, Camerino 1971.

<sup>3</sup> *Lex agraria [Baebia?]* (a. 643) (FIRA. I, n.8, 102 ss., spec. 106 s.). L. 18: *Sei quis eorum, quorum age[r] s(upra) s(criptus) est, ex possessione vi eiectus est, quod eius is quei eiectus est possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ea possessione vi eiect[erit]: quem ex h. l. de ea re ious deicere oportebit, sei is quei ita eiectus est, ad eum de ea re in ious adierit ante eidus Mar]tias, quae post h.l. rog. primae erunt, facito, utei is, quei ita vi eiectus e[st, in eam possessionem unde vi eiectus est, restituaatur.*

<sup>4</sup> Per un approfondimento sulla *lex agraria* epigrafica si rinvia a S. Sisani, *L'ager publicus in età graccana (133-111 a.C.)*, Roma 2015.

<sup>5</sup> *Decretum procons. Hisp. Ulter.* (a. 565) (FIRA. I, n. 51, 305): L. Aimilius L. f. inpeirator decrevit, | utei quei Hastensium servei | in turri Lascutana habitarent, | leiberei essent; agrum oppidumqu(e), | quod ea tempestate posedisent, | item possidere habereque | iousit, dum poplus senatusque | Romanus vellet. Act(um) in castris | a. d. XII k. Febr.,

<sup>6</sup> D. 41.2.3 pr. (Paul. 54 ad. ed.): *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*; D. 41.3.4.26 (27) (Paul. 54 ad. ed.): *Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis, id est mero iure, detruditur*; D. 8.1.20 (Iav. 5 ed post. Lab.): *Quotiens via aut [aliquid] <aliud> ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*; Gai 4.139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur.*

di soffermarsi sul concetto della *quasi possessio iuris* (p. 11 nt. 18). Una nozione della quale l'a. afferma la genuinità: «le improbabili alterazioni, giacché ricondotte comunque a interventi compiuti entro l'epoca giustiniana, non scalfirebbero la pacifica convenzione di una matrice squisitamente 'romana' della cd. (*quasi possessio iuris*)». L'analisi condotta nel primo capitolo, in definitiva, sembra riproporre la ricostruzione dei due primi paragrafi del primo capitolo della *Teoria del possesso* di Alibrandi, cioè che la nozione arcaica di *possessio* si sarebbe confusa con la disponibilità fattuale, che grazie al decorso del tempo poteva condurre all'acquisizione della proprietà; in prosieguo di tempo si sarebbe affermata anche la distinzione tra i profili della titolarità di un diritto (*dominium*) e materiale esercizio di un potere sulla cosa.

Apprezzabile, nell'ultimo paragrafo del primo capitolo (pp. 29-49), la trattazione comparatistica del tema, attraverso sia un'analisi testuale degli articoli 685 del Codice Pisanelli e 1140 del Codice Grandi, messi in relazione con l'articolo 2228 del Code Napoléon che disciplina il possesso<sup>7</sup>, sia attraverso una ricostruzione storica degli indirizzi giurisprudenziali sul tema, oscillanti come il titolo del capitolo, tra le due prospettive del possesso, quella giuridica e quella fattuale, legata alla *res*. Avrebbe forse potuto dare maggior incisività alla trattazione anche un cenno alla tradizione tedesca. Il BGB, infatti, è fortemente influenzato in tema di possesso dalla teoria oggettivistica di Jhering, la quale ignora l'*animus* del possessore rispetto a quello del detentore mentre si concentra unicamente nella diversa relazione con il bene, che deve essere sempre sostenuta dalla presenza di un titolo di natura negoziale o legale nel caso della detenzione. Un cenno a tale impostazione dogmatica, apparentemente in aperta contrapposizione con la tradizione civilistica francese ed italiana (leggasi l'art. 533 della relazione al codice civile e l'art. 522 del progetto della Commissione reale)<sup>8</sup>, avrebbe certamente fornito

<sup>7</sup> Art. 2228 Code Napoléon: «La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nome.»; art. 685 Codice Pisanelli: «Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per se stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui.»; art. 1140 c.c.: «Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa.»

<sup>8</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942, art. 533: «Il codice del 1865, pur regolando il possesso sotto un titolo autonomo (a differenza del codice napoleonico, che del possesso trattava incidentalmente in tema di prescrizione), non conteneva un sistema organico di norme, ma dettava soltanto poche disposizioni frammentarie. L'istituto riceve nel nuovo codice una disciplina unitaria armonica, la quale si avvantaggia della ricca elaborazione scientifica della materia, per tanti aspetti ardua e delicata. L'impostazione fondamentale della nuova disciplina è data dalla determinazione legale del concetto di possesso e dall'abbandono di vecchie partizioni, come quella connessa con la categoria, tanto discussa e discutibile, del possesso così detto legittimo. Ponendo nettamente la distinzione tra possesso e detenzione, riceve il dovuto rilievo nella nozione del possesso (art. 1140) l'elemento psicologico, che il codice del 1865 accentuava particolarmente in tema di possesso legittimo. La detenzione si eleva al grado di possesso quando al potere di fatto si accompagna l'intenzione di esercitare sulla cosa il diritto di proprietà o un diritto reale minore. Per vero, allo stesso sistema così detto soggettivo o della volontà era ispirato il

degli spunti interessanti, anche riguardo al non corroborante riferimento all'elemento volitivo presente nell'art. 1140 c.c., meno incisivo e chiaro rispetto agli articoli testé citati.

Il secondo capitolo tratta dell'incompatibilità «strutturale» tra possesso e servitù negative (pp. 51-111). Si apre con il divieto ex art. 1061 c.c. di acquisto per usucapione e per destinazione del padre di famiglia delle servitù non apparenti, ossia di quelle figure per le quali «non si hanno opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio». Secondo l'a., l'attuale art. 1061 rende più chiaro il *discrimen* tra fattispecie apparenti e non apparenti rispetto alla lettera dell'art. 618 del Codice Pisanelli, «che individuava come parametro funzionale alla scansione segni visibili dell'esistenza del vincolo» (p. 54): un lodevole approccio comparatistico al tema sulla cui chiarezza è difficile muovere alcuna critica. Avrebbe tuttavia reso ancora più completa l'analisi un richiamo al divieto di usucapione delle servitù attribuito alla *lex Scribonia*<sup>9</sup> nella misura in cui si possa riconoscere o congetturare, attraverso di esso, una dinamica delle forme di possesso delle servitù, intese come *res corporales*<sup>10</sup>.

Il terzo capitolo (pp. 113-146) è dedicato all'impossibilità dell'uso e alla mancanza di *utilitas* delle servitù. L'a. segue l'approccio casistico, in particolare nel terzo

progetto della Commissione reale, che definiva il possesso (art. 522): 'il potere di fatto che alcuno ha sopra una cosa, con la volontà di avere per sé tale potere in modo corrispondente alla proprietà o altro diritto reale'. Questa formulazione però non poneva forse sufficientemente in evidenza che l'elemento volitivo in tanto diviene rilevante per l'ordinamento giuridico in quanto si concreta e si manifesta in un comportamento esterno del possessore, il quale appunto vale a differenziare le varie specie di possesso (il possesso come proprietario dal possesso come usufruttuario, enfiteuta ecc.). La nuova formula 'il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale' pone invece nel necessario rilievo l'elemento subiettivo e l'elemento obiettivo del possesso. Il primo è costituito dall'intenzione di esercitare un diritto reale sulla cosa; il secondo dalla forma con cui, attuandosi il potere sulla cosa, l'intenzione si rende esternamente palese. Aggiunge il secondo comma dell'art. 1140 che si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona; ed è chiaro che quest'ultima, in quanto riconosce in altri il possesso della cosa su cui esercita il potere, è semplice detentore, se anche tale potere si atteggi esteriormente come esercizio di facoltà che costituiscono il contenuto di un diritto reale».

<sup>9</sup>D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 ad ed.): *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutum constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute* rell.

<sup>10</sup>G. D'Angelo, *Sulla lex Scribonia de usucapione servitutium*, Torino 2013, 5. Ancora D'Angelo a p. 15 scrive: «secondo un'opinione largamente diffusa, le più antiche servitù rustiche (*iter, actus, via, aquae ductus*) si immedesimavano in origine con la stessa porzione di terreno su cui si esercitavano; porzione a cui il titolare si ritiene estendesse il suo dominio – a titolo esclusivo o in concorso con il proprietario del fondo servente – come a una sorta di propaggine del proprio fondo. Ebbene, ove si acceda a tale ricostruzione, che reputiamo fondata nel suo nucleo essenziale, sarebbe difficile negare che le servitù in questione dovevano costituirsi con gli stessi modi con cui si acquistava la proprietà di beni corporali, in particolare dei *fundi*; e dunque, per quanto ci interessa, anche mediante l'usucapione». Da tale ricostruzione prende, pertanto, le mosse la tesi secondo cui le più antiche servitù fossero *res corporales* e, di conseguenza, inizialmente usucapibili.

paragrafo (pp. 128 ss.), là dove analizza diversi casi relativi al problema degli effetti prodotti sul diritto reale dall'*altius extollere* del terzo estraneo. Basile si sofferma, in particolare, sugli esiti oscillanti tra i due estremi dell'estinzione della servitù e della sua quiescenza *intra tempus statutum (biennium)*, con nel mezzo diverse soluzioni di compromesso decisamente intriganti, per un totale di quattro diversi approcci: 1) estensione irreversibile del *ius in re*; 2) estinzione reversibile, in quanto superabile in caso di abbattimento del fabbricato prima della scadenza del termine di prescrizione; 3) irrilevanza dell'alternativa fra prescrizione e quiescenza; 4) quiescenza *sic et simpliciter*, «una paralisi degli effetti del rapporto che annulla la possibilità giuridica di esercitare il diritto» (p.129).

Il quarto capitolo (pp. 147-169) costituisce una sorta di appendice critica del libro/articolo di C. J. Bannon *Gardens and Neighbors. Private Water Rights in Roman Italy* del 2009, a proposito di servitù idriche e 'Commons Theory'.

Il lavoro di Basile è un testo che fornisce al lettore ciò che è annunciato nel titolo: una serie di profondi e proficui spunti in materia di possesso e servitù, destinati a fornire da trampolino per future indagini, vivificate dalle riflessioni, sempre perspicue, dell'autore.

Eduardo Murrieri  
Università del Salento  
eduardo.murrieri99@gmail.com