



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA  
"TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SISTEMA GIURIDICO  
ROMANISTICO — UNIFICAZIONE DEL DIRITTO E DIRITTO  
DELL'INTERGAZIONE

CICLO XXII DEL CORSO DI DOTTORATO

**La teoria del possesso nel diritto romano e italiano  
— Alcune riflessioni sulle relative norme nel diritto cinese**

Jia Wanting

Docente Guida/Tutor:  
Prof. Sandro Schipani

Coordinatore:  
Prof. Sandro Schipani

A.A. 2009/2010

## Indice

### Parte prima: La teoria del possesso nel diritto romano

#### Capitolo I. La nozione e la natura del possesso

|                                                                                                                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La nozione del possesso.....                                                                                                                                                                                 | 1  |
| 1.1. La nozione generale del possesso.....                                                                                                                                                                      | 1  |
| Il possesso come un concetto giuridico ed un fenomeno sociale                                                                                                                                                   |    |
| 1.2. I due elementi costitutivi del possesso e le varie teorie.....                                                                                                                                             | 3  |
| L'analisi di D. 41,2,1,3 e D. 41,2,3,1. Le teorie di Savigny, Jhering, Bonfante, Albertario, ecc.                                                                                                               |    |
| 2. L'origine del possesso.....                                                                                                                                                                                  | 17 |
| 2.1. L'origine etimologica del possesso.....                                                                                                                                                                    | 17 |
| L'analisi di D. 41,2,1,pr. . Le opinioni di Bozza e Bonfante                                                                                                                                                    |    |
| 2.2. L'origine storica del possesso.....                                                                                                                                                                        | 19 |
| 2.2.1. Il possesso e l' <i>ager publicus</i> .....                                                                                                                                                              | 19 |
| La tutela possessoria ha origine nella tutela del possessore dell' <i>ager publicus</i> .                                                                                                                       |    |
| 2.2.1.1. La formazione e lo sviluppo dell' <i>ager publicus</i> .....                                                                                                                                           | 19 |
| L'evoluzione storica dell' <i>ager publicus</i> : dalle <i>gens</i> fino all'impero                                                                                                                             |    |
| 2.2.1.2. I vari tipi di <i>ager publicus</i> .....                                                                                                                                                              | 23 |
| 2.2.1.2.1. L' <i>ager occupatorius</i> .....                                                                                                                                                                    | 23 |
| La posizione rilevante dell' <i>ager occupatorius</i> . La distribuzione dell' <i>ager occupatorius</i> , che spesso provocava i contrasti tra i diversi ceti. I principi introdotti per attenuare i contrasti. |    |
| 2.2.1.2.2. <i>Ager quaestorius</i> e <i>ager censorius</i> .....                                                                                                                                                | 25 |
| I diversi scopi e le diverse procedure di cessione dell' <i>ager quaestorius</i> e dell' <i>ager censorius</i>                                                                                                  |    |
| 2.2.1.2.3. <i>Ager scripturarius</i> e <i>ager compascuus</i> .....                                                                                                                                             | 26 |
| Due tipi di <i>ager publicus</i> adibiti alla pastorizia                                                                                                                                                        |    |
| 2.2.1.3. Il possesso dell' <i>ager publicus</i> .....                                                                                                                                                           | 27 |
| I caratteri del possesso dell' <i>ager publicus</i> . L'origine della tutela possessoria.                                                                                                                       |    |
| 2.2.2. <i>Usus</i> e possesso.....                                                                                                                                                                              | 30 |
| Le teorie di Bozza e Albertario.                                                                                                                                                                                |    |

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. La natura del possesso.....                                                      | 33 |
| Le opinioni di Savigny e Bonfante. L'analisi di una serie di frammenti nelle fonti. |    |

## **Capitolo II. Le varie specie del possesso: distinzioni concettuali ed effetti e regole operative**

|                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. <i>Possessio naturalis</i> e <i>possessio civilis</i> .....                                                     | 41 |
| Le opinioni di Savigny, Bonfante, Riccobono ed Albertario.                                                         |    |
| 2. Il possesso di buona fede ed il possesso di male fede.....                                                      | 48 |
| I due significati del possesso di buona fede nel diritto romano. Gli effetti giuridici del possesso di buona fede. |    |
| 3. <i>Possessio iusta</i> e <i>possessio iniusta</i> .....                                                         | 53 |
| L'evoluzione del significato della <i>possessio iusta</i> in diverse età.                                          |    |

## **Capitolo III. Il soggetto e l'oggetto del possesso**

|                                                                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Il soggetto del possesso.....                                                                                                                                                     | 59 |
| 1.1. I requisiti generali per il soggetto del possesso.....                                                                                                                          | 59 |
| Il possesso, come una situazione di fatto, non esige la capacità di agire del soggetto, ma siccome da esso derivano gli effetti giuridici, esige la capacità giuridica del soggetto. |    |
| 1.2. I soggetti speciali del possesso.....                                                                                                                                           | 60 |
| 1.2.1. L'impubere.....                                                                                                                                                               | 60 |
| Le opinioni dei giuristi moderni, ad es. Bonfante, Riccobono, Rotondi, Perozzi, ecc.<br>L'analisi dei frammenti nelle fonti.                                                         |    |
| 1.2.2. Il <i>filiusfamilias</i> .....                                                                                                                                                | 66 |
| L'acquisto graduale della capacità patrimoniale del <i>filiusfamilias</i> .                                                                                                          |    |
| 1.2.3. Le città e i corpi morali.....                                                                                                                                                | 69 |
| Si riconosce gradualmente la capacità del possesso delle città e corpi morali.                                                                                                       |    |
| 2. L'oggetto del possesso.....                                                                                                                                                       | 71 |
| 2.1. Le richieste generali per l'oggetto del possesso.....                                                                                                                           | 71 |
| L'oggetto del possesso deve essere corporale, cosa <i>commercium</i> , autonomo, <i>corpora ex distantibus</i> e certo.                                                              |    |
| 2.2. Il possesso dei diritti — il quasi possesso.....                                                                                                                                | 76 |

Le diverse opinioni sul tempo in cui si originava il quasi possesso: Albertario, Riccobono, Bonfante.

## Capitolo IV. L'acquisto, la perdita e la conservazione del possesso

|                                                                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'acquisto del possesso .....                                                                                                                  | 82  |
| 1.1. L'acquisto del possesso <i>animo et corpore</i> proprio.....                                                                                 | 82  |
| I requisiti per l'acquisto originario e derivativo del possesso. La spiritualizzazione della <i>traditio</i> .                                    |     |
| 1.2. L'acquisto del possesso per gli altri.....                                                                                                   | 92  |
| L'acquisto del possesso per mezzo delle persone soggette al possessore e per mezzo delle persone esterne della famiglia.                          |     |
| 2. La perdita del possesso.....                                                                                                                   | 98  |
| 2.1. Le situazioni generali.....                                                                                                                  | 98  |
| 2.2. La perdita del possesso ritenuto <i>animo et corpore</i> proprio.....                                                                        | 102 |
| 2.2.1. La perdita della <i>possessio corpore</i> .....                                                                                            | 102 |
| La perdita della <i>possessio corpore</i> delle cose mobili (ad ed. il tesoro, gli animali selvatici e gli schiavi fuggitivi) e le cose immobili. |     |
| 2.2.2. La cessazione dell' <i>animus possidendi</i> .....                                                                                         | 107 |
| L'analisi dei frammenti, specialmente sulla cessazione dell' <i>animus</i> del pazzo e pupillo.                                                   |     |
| 2.3. La perdita del possesso ritenuto con ministero altrui.....                                                                                   | 112 |
| Le situazioni varie: il possesso è tolto dall'altro; il rappresentante è morto; il rappresentante abbandona o trasferisce la cosa.                |     |
| 3. La conservazione del possesso.....                                                                                                             | 115 |
| 3.1. La conservazione del possesso per mezzo dei terzi.....                                                                                       | 115 |
| La conservazione del possesso per lo schiavo o <i>filiusfamilias</i> e per il rappresentante.                                                     |     |
| 3.2. <i>Retinere animo possessionem</i> .....                                                                                                     | 119 |
| Due situazioni tipiche: <i>saltus</i> e schiavo fuggitivo. La conclusione di Paolo.                                                               |     |

## Capitolo V. La tutela interdittale del possesso

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'introduzione generale della tutela interdittale nel diritto romano.....                      | 126 |
| La tutela dell' <i>ius civile</i> ed <i>ius honorarum</i> . L'origine ed i tipi degli interdetti. |     |

|                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. La tutela interdittale per il possesso .....                                                                                                       | 129 |
| 2.1. Le situazioni generali.....                                                                                                                      | 129 |
| Le motivazioni della tutela interdittale del possesso. Gli interdetti possessori più antichi sono creati per la protezione della <i>res publica</i> . |     |
| 2.2. I vari interdetti.....                                                                                                                           | 133 |
| 2.2.1. <i>Interdictum uti possidetis</i> .....                                                                                                        | 133 |
| Le formule in diverse fonti. I requisiti e la procedura dell'interdetto.                                                                              |     |
| 2.2.2. <i>Interdictum utrubi</i> .....                                                                                                                | 140 |
| Le formule in diverse fonti. Due metodi per calcolare il periodo del tempo. L' <i>accessio possessionis</i> .                                         |     |
| 2.2.3. <i>Interdictum de vi</i> .....                                                                                                                 | 144 |
| Le formule in diverse fonti. Il soggetto attivo e passivo.                                                                                            |     |
| 2.2.4. <i>Interdictum de vi armata</i> .....                                                                                                          | 155 |
| I caratteri speciali: senza l' <i>exceptio vitiosae possessionis</i> e l' <i>exceptio annalis</i> .                                                   |     |

## Parte seconda: Il possesso nel diritto italiano moderno

|                       |            |
|-----------------------|------------|
| <b>Premessa</b> ..... | <b>159</b> |
|-----------------------|------------|

L'influenza della teoria possessoria romana sul diritto moderno. Gli altri contributi alla formazione dell'istituto moderno del possesso: diritto germanico (*Gewere*) e diritto canonico. Le diverse teorie sulle ragioni della tutela del possesso.

## Capitolo VI. La nozione del possesso nel diritto italiano

|                                                                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La definizione del possesso nel codice civile italiano.....                                                                                                  | 167 |
| Due punti importanti nella definizione del possesso nell'art. 1140 c.c.: il "potere" e "corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale". |     |
| 2. Il possesso e la detenzione.....                                                                                                                             | 173 |
| La detenzione nel codice civile vigente e la sua tutela.                                                                                                        |     |
| 3. Il soggetto e il oggetto del possesso.....                                                                                                                   | 178 |
| 3.1. Il soggetto del possesso.....                                                                                                                              | 178 |
| Specialmente, le persone giuridiche e le organizzazioni senza capacità giuridica.                                                                               |     |
| 3.2. L'oggetto del possesso .....                                                                                                                               | 181 |
| 3.2.1. I beni.....                                                                                                                                              | 181 |

Tipi speciali: lo spazio aereo, le acque fluenti e l'energia elettrica, l'università dei beni mobili, i beni immateriali, ecc.

|        |                      |     |
|--------|----------------------|-----|
| 3.2.2. | I diritti reali..... | 187 |
|--------|----------------------|-----|

## Capitolo VII. Gli effetti giuridici del possesso nel diritto italiano

|        |                                                                                                                                                                                                                             |     |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.     | I diritti e gli obblighi del possessore nella restituzione della cosa.....                                                                                                                                                  | 189 |
| 1.1.   | Il diritto di acquistare i frutti dalla parte del possessore di buona fede.....                                                                                                                                             | 189 |
|        | I frutti naturali e civili. I requisiti dell'art. 1148 c.c. Le situazioni del possessore di male fede.                                                                                                                      |     |
| 1.2.   | Il diritto per i rimborsi delle spese.....                                                                                                                                                                                  | 193 |
| 1.2.1. | Le spese per le riparazioni.....                                                                                                                                                                                            | 193 |
|        | Le riparazioni ordinarie e straordinarie                                                                                                                                                                                    |     |
| 1.2.2. | Le spese per i miglioramenti.....                                                                                                                                                                                           | 194 |
|        | La definizione del tempo della restituzione. La situazione del possessore di male fede.                                                                                                                                     |     |
| 1.2.3. | Le addizioni.....                                                                                                                                                                                                           | 196 |
|        | La differenza tra i miglioramenti e le addizioni.                                                                                                                                                                           |     |
| 2.     | L'acquisto dei diritti dei beni mobili a non domino.....                                                                                                                                                                    | 197 |
| 2.1.   | La base teorica e pratica dell'istituto.....                                                                                                                                                                                | 197 |
|        | La base teorica—Gewere. Le motivazioni pratiche.                                                                                                                                                                            |     |
| 2.2.   | I requisiti essenziali.....                                                                                                                                                                                                 | 200 |
|        | Il titolo idoneo, la consegna della cosa e la buona fede dell'acquirente. I beni mobili per cui non si applica tale regola: i beni demaniali, le università dei beni mobili ed i beni mobili iscritti in pubblici registri. |     |
| 3.     | L'usucapione.....                                                                                                                                                                                                           | 206 |
| 3.1.   | L'usucapione ordinaria e i suoi requisiti.....                                                                                                                                                                              | 207 |
| 3.1.1. | I requisiti del possesso: continuità, pacificità e pubblicità.....                                                                                                                                                          | 208 |
| 3.1.2. | Le interruzioni del possesso.....                                                                                                                                                                                           | 211 |
|        | L'interruzione naturale e civile. Le differenze tra le interruzioni dell'usucapione e della prescrizione. Gli effetti delle interruzioni.                                                                                   |     |
| 3.2.   | L'usucapione abbreviata.....                                                                                                                                                                                                | 214 |
| 3.2.1. | Il titolo idoneo.....                                                                                                                                                                                                       | 214 |
| 3.2.2. | La buona fede.....                                                                                                                                                                                                          | 215 |

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| 3.3. Gli effetti dell'usucapione.....           | 216 |
| La questione dell' <i>usucapio libertatis</i> . |     |

## Capitolo VIII. Le azioni possessorie

|                                                                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'azione di reintegrazione.....                                                                                                                                                                   | 218 |
| 1.1. Legittimazione attiva.....                                                                                                                                                                      | 219 |
| La base della tutela della detentore.                                                                                                                                                                |     |
| 1.2. La legittimazione passiva.....                                                                                                                                                                  | 221 |
| L'autore morale e l'autore materiale.                                                                                                                                                                |     |
| 1.3. Lo spoglio.....                                                                                                                                                                                 | 223 |
| L' <i>animus spoliandi</i> . I requisiti della violenza e della clandestinità.                                                                                                                       |     |
| 2. L'azione di manutenzione.....                                                                                                                                                                     | 228 |
| 2.1. La legittimazione attiva.....                                                                                                                                                                   | 228 |
| Il possesso di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o dell'università dei beni mobili; durante più di un anno; continuo e non interrotto; avvenuto in modo né violento né clandestino. |     |
| 2.2. La legittimazione passiva.....                                                                                                                                                                  | 231 |
| Il significato della molestia.                                                                                                                                                                       |     |

## Parte terza: Il possesso nel diritto cinese

|                       |            |
|-----------------------|------------|
| <b>Premessa</b> ..... | <b>233</b> |
|-----------------------|------------|

Breve introduzione del processo di legislazione nella Cina moderna.

## Capitolo IX. L'istituto possessorio nel diritto civile cinese

|                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La nozione del possesso.....                                                                                                                                        | 237 |
| 1.1. La definizione del possesso.....                                                                                                                                  | 237 |
| La definizione del possesso nel c.c. abrogato derivante dal BGB, corrispondente alla teoria oggettiva. La disposizione relativa nella vigente legge sui diritti reali. |     |
| 1.2. Le classificazioni del possesso.....                                                                                                                              | 240 |
| Il possesso diretto ed indiretto e l'assistente possessorio nel c.c. abrogato. Le lacune nella                                                                         |     |

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| legge vigente.                                                                                                                              |     |
| 2. Gli effetti giuridici del possesso.....                                                                                                  | 243 |
| 2.1. La presunzione dei diritti.....                                                                                                        | 243 |
| Una regola derivante dalla teoria del diritto germanico. I requisiti e gli effetti.                                                         |     |
| 2.2. L'acquisto dei diritti del possessore di buona fede a non domino.....                                                                  | 245 |
| I caratteri nella legge vigente: i beni immobili, il pagamento ragionevole, ecc. Le cose derubate e smarrite.                               |     |
| 2.3. L'utilizzazione della cosa posseduta e l'acquisto dei frutti, il diritto del rimborso delle spese e la responsabilità per i danni..... | 256 |
| 3. La tutela del possesso.....                                                                                                              | 263 |
| Le richieste dell'azione possessoria nella legge vigente: più generali rispetto alle disposizioni italiane.                                 |     |

## Introduzione

Il possesso è un concetto importante e complicato nel sistema giuridico. Esso è importante perché sia un fenomeno fondamentale in quasi ogni società umana; esso è complicato perché dal diritto romano al diritto moderno si sono svolte molte discussioni su tutti i suoi aspetti. Ma la difficoltà di questo tema è anche il suo fascino. Lo scopo principale di questa tesi è innanzitutto di introdurre in modo più o meno completo e dettagliato la teoria romana del possesso e la relativa legislazione italiana moderna, e inoltre, con riferimento ad esse, si vuole riflettere anche sulle disposizioni possessorie nel diritto cinese vigente.

Nella società romana, il possesso è un fenomeno sociale e giuridico molto importante. Dal punto di vista pratico ha una funzione insostituibile nell'economia romana, soprattutto nell'età preclassica e classica, quando il possesso dell'ager publicus era una parte essenziale nell'economia generale. Dal punto di vista giuridico, il concetto del possesso ha attraversato quasi tutta l'evoluzione storica del diritto romano (dalle XII Tavole fino alla codificazione giustiniana) e ha svolto una funzione rilevante nella formazione del sistema della proprietà e dei diritti reali del diritto romano. Ai giureconsulti romani interessava molto questo tema. Tanti giuristi illustri, come Labeone, Nerva, Paolo, Ulpiano, ecc., ci hanno lasciato trattazioni importanti su di esso. Tuttavia, in parte per le interpolazioni dei giustiniane, in parte per il carattere pratico dei giuristi romani e in parte per il naturale oblio delle opere originarie, le trattazioni che ci sono arrivate non sono sufficienti a formare un sistema teorico completo e chiaro, perché tra di esse sussistono tanti conflitti e ambiguità. Per questo motivo, costituire un sistema teorico logico e completo del possesso diventa un compito importante dei giuristi moderni.

I principali giuristi moderni che si sono dedicati allo studio di questo tema non sono pochi. Tra tutti, due hanno acquistato delle posizioni particolari: uno è il Savigny e l'altro è lo Jhering. Il primo è considerato il fondatore della teoria soggettiva del possesso: secondo il Savigny, il possesso è il potere di fatto degli uomini sulle cose nella maniera più ampia, ossia la persona domina la cosa secondo il proprio volere

escludendo interferenze esterne. Tale “potere di fatto” si costituisce su due elementi essenziali, cioè il *corpus* e l'*animus*, il primo significa la signoria fisica della cosa, la detenzione, ed il secondo è un elemento volitivo da parte del possessore di mantenere la cosa sotto la propria signoria. In contrapposizione a tale teoria, lo Jhering ha proposto un diverso punto di vista, ricordato come la teoria oggettiva del possesso: secondo essa il possesso è la dominazione cosciente della cosa non esclusa dall'ordinamento giuridico; in altre parole, qualsiasi detenzione con una causa riconosciuta (non esclusa) dal diritto positivo è possesso. Sebbene vi siano anche altri giuristi importanti che hanno proposto proprie teorie, le due direzioni principali di speculazione sono state iniziate dai due studiosi suddetti. Dal punto di vista teorico, la teoria soggettiva è più logica e più fedele alla teoria romana. Invece, dal punto di vista pratico, la teoria oggettiva è più adatta alle esigenze pratiche nelle società moderne. Questa è la ragione per cui l'ultima ha trionfato nella maggior parte dei codici civili moderni.

Nella formazione del diritto moderno di ogni nazione, il diritto romano è una fonte principale. Questo però non significa che esso sia l'unica origine, infatti anche il diritto germanico e il diritto canonico hanno prodotto un'influenza profonda. Questo carattere si vede nelle disposizioni del possesso nel codice civile italiano. Da una parte, il sistema del possesso italiano ha seguito la teoria romana. Quindi, diversamente dal possesso in BGB che incarna la teoria oggettiva, la nozione del possesso nel diritto italiano si costituisce sui due elementi tradizionali, cioè il *corpus* e l'*animus*. Nonostante il legislatore non abbia espresso ciò in modo esplicito, secondo la maggiore parte della dottrina bisogna interpretare la disposizione legislativa in questo senso. D'altra parte, negli effetti giuridici e nella tutela del possesso, si vede anche l'influenza di altre fonti: per esempio, l'acquisto dei diritti dei beni mobili a non domino deriva dal diritto germanico; al contempo, nell'azione di reintegrazione la difesa si applica anche alla detenzione e allo spoglio non violento, e questo è un chiaro influsso del diritto canonico. Quindi, nonostante il fondamento del possesso nel diritto italiano si trovi nel diritto romano, per alcuni aspetti specifici non possiamo trascurare l'influenza di altre fonti.

Anche nella legge cinese è previsto il possesso. Sebbene la nozione del possesso nella legge cinese abbia seguito quella tedesca, incarnando cioè maggiormente la teoria oggettiva, tuttavia, l'influenza del diritto romano sugli effetti giuridici e sulla tutela del possesso è enorme. La legislazione moderna in Cina è ricominciata da soli trent'anni circa, pertanto ai giuristi e al legislatore mancano ancora le conoscenze teoriche e l'esperienza legislativa. Per questo motivo, una tradizione giuridica eccellente come quella del diritto romano e una legislazione matura come quella italiana possono essere molto utili nel processo di costituzione, consolidamento e miglioramento del sistema dei diritti moderni in Cina. È questo, infatti, il maggiore scopo e potenziale valore del nostro studio.

## **Parte prima La teoria del possesso nel diritto romano**

### **Capitolo I La nozione e la natura del possesso**

#### **1. La nozione del possesso**

##### **1.1 La nozione generale del possesso**

Tra tutti i concetti giuridici, il possesso è sicuramente uno di quelli più difficili da capire e da spiegare. Gli studenti di giurisprudenza spesso si affaticano a capire alcune questioni: Cosa è il possesso? Qual è il fondamento per cui l'ordine giuridico lo garantisce? Qual è la relazione tra il possesso e la proprietà? Cosa significa *animus possidendi*? Cosa è il quasi possesso? In realtà, non sono solo gli studenti a rimanere perplessi davanti a queste domande, bensì lo sono stati anche i giuristi di ogni epoca. Come ha detto una illustre giurista, Francesca Bozza, "Se ci rivolgiamo alle fonti per capire quale sia stata la nozione del possesso nel diritto romano, esse non solo, come per quasi tutti gli istituti, non ci danno una definizione, ma nemmeno ci danno (dicono?) esplicitamente quali ne fossero gli elementi costitutivi. Essi, quindi, vanno tratti del (dal) regime positivo: cosa non scevra di gravi difficoltà, poiché, sia per lo stato dei testi (che è quanto mai infido per le numerose interpolazioni, con le quali si è cercato di introdurre il pensiero giustiniano nel dettato dei giureconsulti classici), sia per l'evoluzione graduale e progressiva che il possesso (istituto più che ogni altro aderente alla vita sociale e ricco di applicazione) ha subito già nella giurisprudenza classica e per il diverso atteggiamento dei giureconsulti di fronte ai vari problemi, la nozione del possesso è la più controversa nozione del diritto ed ha costituito il rovello della scienza romanistica, dai glossatori a noi"<sup>1</sup>.

La maggiore ragione alla base di questo fenomeno, secondo la mia opinione modesta, risiede nello stesso diritto romano. Nel diritto romano non è mai esistito un sistema teorico unico ed esplicito riguardante questo tema. Si riscontrano ambiguità e contraddizioni in quasi tutti i suoi punti. I giureconsulti romani, come diversamente da tanti giuristi moderni, non erano entusiasti di costituire un sistema teorico logicamente perfetto. La giurisprudenza romana si svolgeva con modi e mentalità pratici. I

---

<sup>1</sup> Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935, p.1

giureconsulti romani si interessavano di rispondere ai bisogni pratici della vita sociale, piuttosto che di stabilire una teoria fondamentale. In parte per questo motivo, accadeva che "la nozione fondamentale del possesso non si potesse determinare dai romani giureconsulti con quell'ampiezza di veduta, con cui potrebbe farlo un filosofo o un giureconsulto moderno sulle tracce del Romagnosi e del Savigny"<sup>2</sup>; [...] "è mia convinzione, e in ciò concordo collo Jhering, che già nell'ultimo tempo dell'impero quella portata del possesso, la quale corrisponde alla nostra odierna coscienza giuridica, fosse essenzialmente venuta a pratico vigore. Ma non si sapeva configurare la cosa teoricamente, e si posero perciò con non molto garbo le teorie dei classici giuristi nei nuovi libri del diritto"<sup>3</sup>.

Sebbene esistano grandi difficoltà in merito, fissare un concetto non è però un impegno impossibile principale del possesso nel diritto romano. Perché nonostante il possesso sia un istituto che la dottrina romana ha costituito solo con molte oscillazioni e divergenze, spesso non superate,<sup>4</sup> dopo gli sforzi di tante generazioni di giuristi romani e moderni, almeno qualche punto basilare può essere individuato.

Secondo il Bonfante, il possesso significa presso i romani un tipo di relazione di fatto con la cosa che permetta di disporne pienamente, congiunta colla effettiva intenzione di disporne da padrone; il significato della seconda parte è quello di una signoria vera, di una dominazione di fatto sulla cosa.<sup>5</sup> Questa definizione è chiara e completa. Infatti, il possesso è un "potere" sulla cosa, e questo "potere" può o meno corrispondere ad un diritto di colui che lo esercita. Il possessore può detenere la cosa, godere e disporre di essa quando lo giudica conveniente, e l'ordinamento giuridico protegge tale situazione contro chiunque non possa opporre al possessore un proprio diritto sulla cosa o non possa dimostrare di aver subito un torto da lui in relazione ad essa.<sup>6</sup> Così, come ha detto il Savigny, tutte (le dottrine? O un generico "tutti"? ) nel possesso di una cosa riconoscono quello stato, in cui al possessore non solo è

---

<sup>2</sup> Brini, G., *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano*, Roma, 1978, p.4

<sup>3</sup> Id., p.9

<sup>4</sup> Francisci, P. (de), *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, 1968, p.400

<sup>5</sup> Bonfante, P., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1987, p.343

<sup>6</sup> Arangio-Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2002, p.269

fisicamente possibile esercitare la propria azione sulla cosa, ma altresì d'impedire su di essa qualsivoglia azione estranea.<sup>7</sup>

Il possesso è certamente un concetto giuridico, ma innanzitutto è un fenomeno sociale. In ogni fase del progresso della società umana, gli uomini hanno dovuto adoperare le cose esterne per mantenersi, per creare e accumulare ricchezze materiali e spirituali. Quindi, le relazioni tra gli uomini e le cose sono le più ampie, le più basilari e le più importanti tra tutte le relazioni sociali. Anche se in una società non esiste il concetto di "possesso", tuttavia si riconosce sempre un "potere" degli uomini sulle cose. Per mantenere la pace sociale, è sorta l'esigenza naturale che qualche tipo di relazione tra gli uomini e le cose, quale quella del possesso, deve essere stabilita e rispettata. Così "avendo il possesso per base il costume sociale accennato d'astensione dalle cose non libere"<sup>8</sup>, "Ha scopo sociale il costume di astensione dalle cose apparentemente non libere. Esso sorse da un bisogno di pace tra gli uomini; questo bisogno lo mantiene; e ormai è seguito per atavismo. Il possesso, che dipende da esso, non ne è che la conseguenza ed il prezzo spesso doloroso"<sup>9</sup>. Così, prima di analizzare i caratteri giuridici del possesso, dobbiamo affermare che esso è un fenomeno basilare e naturale in ogni società. Questo è il punto di partenza di questo studio. Perché "senza questo concetto di possesso come fenomeno sociale, ogni teoria giuridica del possesso è inintelligibile."<sup>10</sup>.

## **1.2 I due elementi costitutivi del possesso e le varie teorie esistenti**

Secondo la teoria del possesso nel diritto romano, il mero fatto che qualcuno eserciti una signoria sulla cosa non è il possesso. Per completarlo, si deve aggiungere un altro elemento volontario, vale a dire che il soggetto deve esercitare tale signoria consapevolmente e per sé stesso. Così abbiamo visto due elementi costitutivi del concetto del possesso: quello oggettivo e quello soggettivo. Il primo (nelle fonti si

---

<sup>7</sup> Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857, p.5

<sup>8</sup> Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, 1928, p.876

<sup>9</sup> Id., p.832

<sup>10</sup> Id., p.836

parla di *detinere, tenere, possedere naturaliter, corporaliter*, oppure di *possessio naturalis* o *corporalis*) indica una relazione fisica tra gli uomini e le cose, cioè una potestà di fatto sulla cosa, che dia la possibilità di disporne nella totalità dei suoi rapporti ad esclusione d'ogni altro. Il secondo (nelle fonti si parla di *animus possidendi* o *affectio possidendi, velle possidere, nolle possidere*) indica la volontà di aver la cosa a propria disposizione, liberamente e ad esclusione d'ogni altro, signoreggiandola e destinandola nella maniera più completa ai propri fini.<sup>11</sup> Questi due elementi costitutivi del possesso sono conseguenze dello sviluppo della giurisprudenza romana. Nell'età più antica non si parlava né di *corpus* né di *animus* riguardo al possesso. Ma dall'età classica in poi, tali concetti si ritrovano spesso nelle fonti. Ora vediamo qualche frammento relativo al possesso tratto dal Digesto:

D.41,2,3,1

*Paulus 54 ad ed.*

*Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*

Nella prima parte di questo frammento, Paolo ha chiarito il principio che per acquistare il possesso ci vogliono due elementi essenziali *corpore et animo* nello stesso tempo, mentre il solo *corpore* o il solo *animus* non bastano. Paolo usava la forma all'ablativo *corpore et animo*, che significa "con il corpo e con l'animo". A mio avviso, utilizzando i termini in questo modo, Paolo non trattava questi due concetti come elementi statici, bensì come elementi dinamici. Così, da un punto di vista Paolo esprimeva l'idea che il possesso si acquista con il corpo e con l'animo, e non che il corpo e l'animo sono due elementi necessari per acquistare il possesso. Sebbene non ci sia una differenza sostanziale tra questi due forme di espressione, si deve tuttavia capire che i diversi usi linguistici rivelano i diversi punti di vista e di partenza degli

---

<sup>11</sup> Ruggiero, R. (de), *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, Milano, p.603

autori. Da un altro punto di vista, questo uso dell'espressione *corpore et animo* mostra la inscindibile coordinazione della disponibilità di fatto e la volontà cosciente. Come ha sostenuto la Bozza, "così concepiti i due elementi del possesso e la funzione specifica dell'*animus possidendi*, la distinzione fra *possessio corpore* ed *animus possidendi* è di interesse fondamentale dal punto di vista dogmatico e forma la base per ogni indagine sulla natura del possesso, ma rispetto al regime positivo i due elementi sono troppo compenetrati perché la distinzione possa avere grave ripercussione. La posizione autonoma che troviamo fatta nel testo, all'*animus possidendi*, è frutto di uno sviluppo dottrinale che, cominciato per spiegare situazioni abnormi, finisce solo nell'epoca postclassica ad affermarsi in modo assoluto".

Nella seconda parte di questo frammento, Paolo porta un esempio per spiegare meglio questo principio. Dice che per possedere un terreno, non bisogna *omnes glebas circumambulet*, ma basta solo *quamlibet partem eius fundi introrire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere*. Questa conclusione viene naturale dal punto di vista teorico. Perché in realtà non c'è necessità, da parte del possessore, di attraversare ogni parte del fondo per acquistarne il possesso. Qualche giurista ritiene, tuttavia, che questo sia un risultato dello sviluppo giuridico romano. Ad esempio, Albertario ritiene che l'acquisto, la conservazione e la perdita del possesso presuppongano la natura di fatto del rapporto: l'evolversi della società romana, il maturare ed il raffinarsi della sua civiltà giuridica, hanno ridotto ed attenuato la materialità della relazione con la cosa, ma non l'hanno mai soppressa. Dall'originario *omnes glebas circumambulet* per acquistare il possesso del fondo si arriva fino a contentarsi che il possessore entri in *quamlibet partem* di esso; e ancora di più, si arriva a contentarsi che la cosa non sia materialmente appresa, ma sia in *presentia*, in *conspecta*, in modo da poter essere presa quando che sia voluta e da potersi, anche così, considerare nella piena disponibilità fisica del soggetto. Quindi, da questo frammento, possiamo dedurre che alla fine dell'epoca classica l'acquisto della disponibilità materiale della cosa è già astratto, con la sottolineatura della funzione dell'*animus*, *dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere*.

D.41,2,1,3

*Paulus 54 ad ed.*

*Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. ofilius quidem et nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.*

Questo frammento si può dividere in due parti, nella prima parte Paolo illustra una regola: *furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere*. La ragione di questa regola è che *furiosus* e *pupillus* non hanno *affectionem tenendi*, cioè a causa della loro condizione psichica, (i furiosi) non possono avere l'intenzione di tenere le cose per proprio conto. Tuttavia, per quanto concerne il *pupillus*, se questi ha ottenuto *tutoris auctoritate*, allora può possedere. Ciò perché la volontà del tutore può completare la volontà del pupillo. Nella seconda parte, Paolo cita l'opinione di Ofilio e Nerva, i quali ritenevano che, giacché il possesso è *res facti*, il pupillo può possedere anche senza *tutoris auctoritate*. Alla fine Paolo aderisce a questa opinione, a condizione che il pupillo abbia la capacità intellettuale di capire questo fatto.

A proposito della genuinità di questo frammento, alcuni giuristi (Solazzi, Bonfante, Cannata) ritengono che la chiusura (*quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant*) probabilmente sia stata solo riassunta; e che nella prima frase del testo la figura del pupillo sia stata inserita, perché solo pensando così s'individua la coerenza del testo, e il paragone con il *dormiens* richiama solo l'idea del folle, non del giovanissimo.

Invece, l'opinione di Ofilio e Nerva citata dal Paolo, secondo la quale l'acquisto del possesso, fenomeno puramente materiale, non esige nel soggetto alcuna forma di capacità giuridicamente riconosciuta, sembra meno sospetta. Dal punto di vista storico i problemi sono più ardui: c'era controversia intorno alla soluzione? Se c'erano opinioni contrarie, qual'erano ed a chi appartenevano? L'opinione di Ofilio e Nerva

era comune a tutta la scuola proculiana?

Per rispondere a queste domande occorre un'indagine più ampia e profonda. Anzitutto, è fuor di dubbio che una controversia ci fosse, e Ofilio e Nerva sono certo richiamati solo come esponenti di un'opinione. Questo problema è discusso in tanti altri frammenti, ad es. D.41, 2, 1, 13; D.41, 2, 32, 2; D.41, 3, 4, 2.

Possiamo trovare due soluzioni opposte per il problema: (a) l'impubere può *incipere possidere sine tutoris auctoritate*; (b) l'*auctoritas tutoris* è richiesta per l'acquisto da parte dell'infante, ammettendosi la soluzione di Ofilio, Labeone e Nerva per il pupillo *infantia maior*.

L'opinione (a) si trova nei frammenti D.41, 2, 1, 3; D.41, 2, 1, 11; D.41, 2, 1, 13, tutti di Paolo; e l'opinione (b) si trova in D.41, 2, 1, 3; D.41, 2, 32, 2, entrambi di Paolo.

Nella presumibile forma originaria di D.41, 3, 4, 2, si fa distinzione tra l'acquisto della *possessio* e della *possessio ad usucapionem*, esigendo l'*auctoritas tutoris* solo per l'ultima.

Secondo Cannata e Bonfante, la soluzione (b) contrasta fermamente con la funzione e la struttura classica dell'*auctoritas tutoris*. E la soluzione assunta dal D.41, 3, 4, 2, per la sua analogia con il regime dell'acquisto del possesso *per procuratorem* reca l'impronta proculiana. Tale soluzione è perfettamente coerente con la concezione materialistica del possesso, richiedendosi l'*auctoritas tutoris* solo per l'usucapione.

È in ogni modo molto probabile che, in opposizione dell'opinione di Labeone e Nerva, alla loro epoca, circolasse nella scuola Sabiniana un'idea diversa, e cioè la soluzione (a), ed è questo un indizio per ritenere che i Sabiniani trattassero il possesso non semplicemente come un rapporto di fatto, quanto invece lo considerassero specialmente con riguardo all'elemento soggettivo. Infatti, le basi per queste due soluzioni sono diverse: la ragione per la soluzione Sabiniana è che a *furiosus* e *pupillus* manca l'*affectionem tenendi*, invece la ragione per la soluzione proculiana è che il possesso è un *res facti*, e non un *ius*.

Nelle fonti ci sono anche tanti altri frammenti in cui si tratta l'*animus* del possesso.

Secondo Rotondi, troviamo per la prima volta menzione dell'*animus* come elemento del possesso in Labeone, citato dal Giavoleno nella prima parte di D.41.2.51. Più spesso, e in applicazioni che trovarono molta fortuna, in Proculo, in Nerva e in Celso, ossia nei corifei della scuola proculiana<sup>12</sup> Sebbene vi siano sospetti di interpolazioni in alcuni frammenti, non c'è però dubbio che nell'età classica il concetto di *animus* già esisteva.

I giureconsulti romani hanno trattato dei due elementi costitutivi del possesso, ma hanno lasciato comunque molti dubbi circa al loro significato,. Pertanto, ciò è divenuto il punto più discusso della teoria possessoria. Per ogni giurista che dedica allo studio nel campo del possesso, il primo compito è chiarirsi sui sensi e sulle funzioni di questi due elementi.

Tra tutte le teorie possessorie, quella proposta da Savigny è la più importante e ha prodotto le influenze profonde sulle legislazioni e le giurisprudenze moderne. Secondo il Savigny ogni possesso ha due elementi: il *corpus* e l'*animus*. Il *corpus* è riferito alla detenzione, alla disponibilità fisica della cosa. "Ogni detenzione, per potersi modificare in possesso, deve essere esercitata con intenzione; ch'è questo dire che per essere possessore abbisogna non solo aver la detenzione, ma eziandio la volontà di averla.[...] L'*animus possidendi* consiste nella intenzione di esercitare il diritto di proprietà. Ma questa condizione da sé solo non basta, perché colui che ha la intenzione può aver in detta intenzione a due modi diversi, o per esercitare il diritto di proprietà di un altro, oppure il suo proprio"<sup>13</sup>. E solo nel secondo caso, cioè quando l'uomo "detiene" la cosa con l'intenzione di esercitare la propria proprietà, sorge il possesso. Quindi l'*animus possidendi* può essere spiegato come *animus domini* o *animus cibi habendi*. Nel diritto romano esistevano però alcuni casi in cui, a detentori senza *animus domini*, erano comunque accordate le protezioni possessorie (ad es. il creditore pignoratizio, il precarista e il sequestratario). Per risolvere questo problema, Savigny ha costruito il concetto di "possesso derivato". "In qualche caso, il vero e

---

<sup>12</sup> Rotondi, G., "Possessio Quae Animo Retinetur", in *Bullettino dell'istituto di diritto romano* XXX, p.11

<sup>13</sup> Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857, p.34

originario possessore può trasferire il diritto di possesso in colui che, esercitando la proprietà in suo luogo, non potrebbe per le esposte ragioni esser considerato come possessore. È, però, oltre al possesso originario fondato nella detenzione e nell'*animus domini*, havvi il possesso derivato che si fonda in sull'altrui possesso originario. Tutta la differenza tra questo possesso derivato e quello originario sta nell'*animus possidendi*. L'*animus possidendi*, per quale doveva nel possesso originario intendersi l'*animus domini*, nel possesso derivato si rivolge verso il *ius possessionis* trasmesso dal vero possessore"<sup>14</sup>. Inoltre, il possesso derivato può solo essere stabilito là dove il diritto positivo espressamente lo permette.

La teoria di Savigny è molto brillante e geniale, e occupava una posizione dominante su questo tema per quasi tutto il XIX secolo. Però nessuna teoria è perfetta, specialmente in materia di diritto romano. Il concetto di possesso ha subito uno sviluppo di tanti secoli, cambiando secondo la situazione economica–sociale; quindi, trovare una spiegazione di questo concetto adatta a tutti i tempi è quasi impossibile. È perciò naturale che anche questa teoria abbia subito continue critiche. La teoria di Savigny si fonda sull'*animus domini*, sebbene Savigny stesso riconobbe che nelle fonti l'espressione *animus domini* non ricorreva, pur tuttavia affermando che in esse l'*animus domini* era dappertutto, in quanto era questo il significato da attribuire all'espressione l'*animus possidendi*.<sup>15</sup> Infatti, nelle fonti classiche si diceva *animus possidendi*, *possidentis*, *possessoris*, *l'affectio possidendi*, ecc. L'espressione si è trasformata in *animus domini* solo nell'epoca postclassica–giustiniana, quando i Bizantini traducevano l'*animus possidendi* con *animus domini*. Queste due espressioni non possono, comunque, avere lo stesso significato, poiché nell'epoca postclassica–giustiniana la vera *possessio* è quella di colui che è il *dominus* della cosa o che in buona fede crede di esserlo. E questo, nell'epoca classica, esisteva solo eccezionalmente.<sup>16</sup> Il Savigny non ha rivelato questa differenza e ha utilizzato una terminologia postclassica anche per spiegare il concetto nell'epoca classica. Pure il

---

<sup>14</sup> Id., p.40

<sup>15</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997., p.17

<sup>16</sup> Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935, p.164

concetto di "possesso derivato", secondo alcuni giuristi, è un po'sforzato. Come notava l'Albertario, "il congegno artificioso del possesso derivato costituisce il punto vulnerabile di questa teoria. La manchevolezza di quel congegno fu già rilevata sin dalla metà del scorso secolo. Si è osservato soprattutto che di tale derivazione o trasferimento del *ius possessionis* non vi è traccia nelle fonti; che quei possessori vengono considerati alla pari di tutti gli altri; che in sostanza si ammette una cessione direttamente efficace di azione contro i principi del diritto romano"<sup>17</sup>. Nicosia aggiungeva che "dalle fonti però non è possibile trarre alcuna indicazione che giustifichi l'asserita distinzione tra possesso originario e possesso derivato, e tanto meno il preteso trasferimento del *ius possessionis*. Inoltre non si vede perché tale supposto possesso derivato venisse riconosciuto solo in alcuni casi e non in altri"<sup>18</sup>.

Contro alla teoria soggettiva di Savigny, un altro illustre giurista, Jhering, ha posto una teoria oggettiva? sul possesso. Secondo lo Jhering, la differenza tra la detenzione e il possesso non è *l'animus*. Infatti, anche i detentori hanno *l'animus*. Però quest'*animus* non è *l'animus domini*, come pensato dal Savigny, quanto piuttosto una volontà cosciente di essere in rapporto di dominazione più o meno ampia sulla cosa; questa visione serve quindi a distinguere sia la detenzione, sia il possesso, dal rapporto di insistenza o di materiale apprensione senza coscienza e senza volontà di serbare la cosa<sup>19</sup>. Quindi, Jhering non negava *l'animus*, negava solo la costituzione del concetto di possesso sulla base dell'*animus*. Infatti, ogni detenzione può essere possesso: l'elemento decisivo per giudicare se lo sia o meno resta solo nell'ordinamento giuridico. La base che fa meritare al possessore una speciale e indipendente protezione è la causa. "Per motivi pratici, il diritto caso per caso stabilisce quando un simile stato di cosciente dominazione non abbia la difesa possessoria, costituisca non possesso ma detenzione; in una parola è il diritto positivo che determina le singole *causae detentionis*"<sup>20</sup>. Così, secondo la teoria di Jhering, i possessi dei precaristi, dei creditori pignoratizi e dei sequestratari non sono possessi

---

<sup>17</sup> Albertario, E., *Corso di diritto romano*, 1948, p.14

<sup>18</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997. p.23

<sup>19</sup> Albertario, E., *Corso di diritto romano*, 1948, p.9

<sup>20</sup> Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935, p.9

speciali. Perché l'*animus* e le tutele di questi possessi sono uguali a tutti gli altri. Infatti, anche gli altri detentori, quali il colono, il depositario, il comodatario, l'usufruttuario, ecc., hanno l'*animus*, cioè tutti vogliono tenere le cose per sé e nel proprio interesse. La ragione per cui l'ordinamento giuridico gli negava le tutele possessorie era basata su un criterio oggettivo di opportunità. Alcune *causae detentionis* non meritevoli delle tutele possessorie sono individuate e tenute distinte dalle *causae possessionis*. Infine, proviamo ad usare qualche formula matematica per spiegare più chiaramente le differenze tra la teoria soggettiva e quella oggettiva. Nelle seguenti formule *a* significa *animus*, *c* significa *corpus* e *x* indica quell'elemento che nella detenzione v'ha in meno di fronte al possesso e la sottrae perciò alla difesa interdittale:

Secondo Savigny possesso =  $a + c$  detenzione =  $c$

Secondo Jhering possesso =  $c$  detenzione =  $c - x$ <sup>21</sup>

Anche la teoria di Jhering ha una posizione importante e ha esercitato grande influenza sui codici civili moderni, soprattutto quello tedesco e austriaco. Con questa teoria, lo Jhering ha sovvertito l'*animus donimi* di Savigny e ha costruito un concetto più adatto alla pratica economica-sociale della società moderna. Così, la tutela del possesso non dipende da un elemento soggettivo e difficile da provare, cioè l'*animus donimi*, ma da un criterio oggettivo. Infatti, secondo Jhering, si presume che per il possesso, cioè per la detenzione, quando non è escluso dal diritto positivo, vale la protezione del possesso. Così, la protezione del possesso si estende ad una sfera più ampia di casi. Sebbene, rispetto alla teoria soggettiva, la teoria di Jhering abbia qualche merito in più, secondo tanti giuristi essa contiene anche molti difetti. Secondo Nicosia, "La teoria dello Jhering non poteva aver successo (nel?) tentativo di eliminare la rilevanza dell'*animus possidendi*. Perché ad esso si riferivano indubbiamente i giuristi romani (sebbene sia poi discutibile il significato e il ruolo da riconoscere a tale *animus*); e le critiche rivolte da Jhering ai giuristi romani e alla categoria concettuale dell'*animus possidendi*, bollata come costruzione dottrinarica ed

---

<sup>21</sup> Ruggiero, R. (de), *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, Milano, p.595

astratta, non hanno molto senso: compito dell'interprete è prendere atto delle concezioni giuridiche storicamente attestate e cercare di darne una spiegazione, non disconoscerle per eliminarle quale incomodo fardello. Inoltre, talune delle critiche mosse a Savigny da Jhering si ritorcevano piuttosto contro di lui; così quella relativa alla mancanza di prospettiva storica, perché anche Jhering trascurò l'aspetto dell'evoluzione storica"<sup>22</sup>. Per questi motivi, come sottolinea ancora Nicosia, questa teoria "nel complesso non trovò molto seguito, anche la dottrina successiva, pur se con maggiore circospezione e nuova consapevolezza, continuò tuttavia a muoversi sui binari fondamentali tracciati da Savigny"<sup>23</sup>.

Secondo alcuni giuristi, le differenze tra la teoria soggettiva e oggettiva? erano già presenti ai tempi dei romani: "L'Alibrandi avverte che i primi giureconsulti dovevano considerare il fatto di possesso con vedute ristrette e volgari. Senza sollevarsi all'idea più larga di facoltà fisica di disporre delle cose e di abitarle esercizio del dominio. L'attitudine a definire se qualcuno possiede o non possiede a seconda che abbia o non abbia l'*animus possidendi* non può essere propria di quell'età, che corse tra Publio Papirio e Servio Sulpicio, quando si gettavano i fondamenti della giurisprudenza romana"<sup>24</sup>. Così si spiega come nell'età più antica, l'usufruttuario, il precarista e il creditore pignoratizio fossero tutti possessori regolari. Anche il Riccobono sostenne che l'antica dottrina romana si fondasse sulla *causae possessionis*, quindi era più vicino alla teoria di Jhering; mentre la dottrina degli ultimi giuristi classici si fondò sull'*animus possidendi*, più vicino alla teoria di Savigny.

Dopo Savigny e Jhering, un altro grande romanista, Bonfante, ha presentato delle opinioni molto influenti nel campo del possesso nel diritto romano. In termini generali, la sua teoria segue la linea di Savigny, correggendone però qualche improprietà e inesattezza. Secondo Bonfante, quando si ricerca su questo tema, si deve innanzitutto collocarlo in un ambiente economico sociale diverso dal nostro e restituire all'istituto il suo significato genuino nella vita e nella lingua di Roma. Per questo motivo,

---

<sup>22</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997, p.28

<sup>23</sup> Id., p.27

<sup>24</sup> Albertario, E., *Corso di diritto romano*, 1948, p.11

Bonfante riteneva che la traduzione italiana più adatta della terminologia latina *possessio* fosse “signoria”, o “dominazione”. Secondo lo studioso, infatti, “il diritto romano, dagli albori della sua storia sino al suo pieno rigoglio, si svolge entro il popolo romano senza subire imposizione e sovrapposizione: il suo linguaggio è il linguaggio dell’antico piccolo popolo del Lazio”<sup>25</sup>. E ancora: “Il comodato, la fideiussione, la cauzione, la ratifica, termini oggi misteriosi a un profano, erano d’uso in antico fuori del diritto e non per immagine desunta dal diritto”<sup>26</sup>. A proposito del possesso, Bonfante ha detto inoltre che “fuori del diritto, dove la tradizione romanistica e l’automatismo della versione ci travia, tale senso è limpido e netto, e la traduzione, se vuol essere intelligibile, deve schiavare la parola possesso”<sup>27</sup>. Per spiegare meglio, lo studioso ha portato poi numerosi esempi tratti dalle fonti latine in cui *possidere* significa dominare. Bonfante si è anche opposto all’opinione che il possesso è costruito sulla detenzione, perché “i Romani non hanno una parola per la sola detenzione, e se la detenzione avesse costituito il punto di partenza della *possessio*, le cose mobili, in cui la detenzione nelle sue numerose figure giuridiche ha il massimo sviluppo, rappresenterebbero il fulcro della teoria possessoria: invece tutto il regime della possessione è un regime fondiario, *possessio* per metonimia significa il fondo e la protezione del possesso concerne quasi esclusivamente i fondi”<sup>28</sup>.

Circa i due elementi costitutivi, Bonfante ha presentato anche alcune opinioni diverse da Savigny. Prima di tutto, egli negava l’esistenza dell’espressione *animus domini* nelle fonti classiche. D’accordo con Dernburg, affermava che “non è pure questione di terminologia, bensì l’assenza dell’*animus domini* nelle fonti dimostra che ai romani è straniera l’idea che esso costituisca un momento caratteristico nel possesso giuridico”. Perché il possesso è la signoria sulla cosa, e Albertario faceva presente che “l’*animus* del possessore è l’intenzione di padroneggiare, di signoreggiare la cosa, senza aver riguardo all’acquistare della proprietà. Ma

---

<sup>25</sup> Bonfante, P., “Il punto di partenza nella teoria romana di possesso”, In *Scritti vari giuridici* vol. III, p.517

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Id., p.519

<sup>28</sup> Id., p.529

l'intenzione di chi vuol acquistare il possesso è precisamente l'intenzione di acquistare la proprietà. E per vero, i termini *animus* o *affectio possidendi*, *velle possidere*, *nolle possidere*, si riferiscono promiscuamente all'acquisto del possesso e della proprietà per la tradizione, occupazione, invenzione e simili. La *iusta causa possidendi* è la *iusta causa domini acquirendi*"<sup>29</sup>. E, ha detto Bonfante, non l'*animus domini* deve nutrire il possessore, bensì l'*animus dominantis* in latino moderno e l'*animus possidentis* in latino antico.

Per quanto riguarda l'altro elemento, il *corpus*, Bonfante si opponeva a Savigny e Jhering. Non credeva che l'espressione *corpus* presente nelle fonti significasse detenzione. In realtà, i Romani usavano *detinere*, *tenere*, *possidere naturaliter*, *corporaliter*, oppure *possessio naturalis* o *corporalis* per esprimere questo significato. Anche se nel frammento D.41.2.3.1 si trova scritto *adquirere possessionem corpore*, il *corpore* non ha il significato diverso da *corporaliter*. Così Bonfante sosteneva che, per evitare equivoci e per concordare con le fonti, il termine *corpus* doveva essere abbandonato e in sua vece andava adottato il termine realmente usato dai romani: *possessio corpore*, che significa la materiale signoria sulla cosa mediante il proprio corpo.

La teoria di Bonfante è una delle più importanti dopo quelle di Savigny e Jhering, e ha esercitato influenze profonde in questo ambito. Bonfante ha seguito Savigny, ma migliorando alcuni punti viziosi della sua teoria. Ma ad un altro giurista importante in questo campo, Albertario, la teoria costruita da Bonfante non sembrava potere risolvere tutti i dubbi e appianare tutte le difficoltà. Albertario riteneva che "nello svolgimento del diritto romano il concetto di possesso non si sia conservato inalterato, ma si sia evoluto ed abbia nell'epoca classica ricevuto una elaborazione diversa da quella che gli diede la più rozza epoca anteriore"<sup>30</sup>. Quindi per studiare bene la teoria del possesso nel diritto romano, bisogna distinguere le diverse età e così si può ottenere i risultati più precisi. Albertario ha sostenuto che il concetto del possesso nel diritto romano si distingue in tre grandi epoche: 1) l'epoca antica e repubblicana, cioè

---

<sup>29</sup> Albertario, E., *Corso di diritto romano*, 1948, p.16

<sup>30</sup> Id., p.32

epoca preclassica; 2) l'epoca imperiale classica; 3) l'epoca romano-ellenica e giustiniana.

Nell'epoca prima, cioè nell'epoca in cui il diritto romano iniziava a formarsi, il possesso è indicato da una ricca terminologia: *usus fructus possessio*; *habere possidere uti frui*: il termini *usus* è il più antico, e il *possessio* è più recente<sup>31</sup>. E poi, via via, uno di questi termini *possessio* assorbì gli altri. In origine, la *possessio* indicava un potere sulla cosa o sulla persona; potere di fatto, che è più di natura politica che di contenuto economico, come il *dominium*. In quell'età, la *civitas* distribuiva l'*ager* tolto dal nemico al *patres*, però conservava il *dominium*. "Soltanto col graduale sopravvento del potere della *civitas* e col conseguente disgregamento del vincolo giuridico gentilizio, con l'affermarsi—dobbiamo pur soggiungere—del valore economico del diritto della *civitas* su quell'*ager*, il carattere di signoria-sovrantà della *possessio* andò sempre più affievolendosi fino a che il concetto del possesso, si trasformò in quello di signoria, economicamente intesa, sulla cosa"<sup>32</sup>. In questo periodo, la dottrina del possesso si sarebbe fondata sulle *causae possessionis*. E l'*animus possidendi*, la genuina espressione dei giureconsulti dell'impero, non esisteva nell'età preclassica. Infatti, l'intenzione di possedere, cioè di signoreggiare la cosa indefinitamente nel tempo, urta contro tanti possessi tipici di questa età, ad es. i possessi di precarista, di creditore pignoratizio, di sequestratario, e il godimento dell'*ager publicus*.<sup>33</sup>

Nell'epoca classica, da Quinto Mucio Scevola a Paolo, la *possessio* è veramente un rapporto di dominazione di fatto, nel quale si detiene la cosa con l'intenzione di possederla e di disporne per sé. Questo rapporto di fatto è difeso dagli interdetti e può trasformarsi, quando abbia determinati requisiti, in signoria giuridica, cioè la proprietà, mediante usucapione.<sup>34</sup> Poco prima del finire dell'età repubblicana, con un profondo cambiamento economico-sociale, cioè la scomparsa del possesso dell'*ager publicus* e la caduta del *dominium ex iure Quiritium*, il concetto del possesso cambiava. Il

---

<sup>31</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.6

<sup>32</sup> Id., p.12

<sup>33</sup> Id., p.17

<sup>34</sup> Id., p.19

possesso accompagnato alla proprietà, che precedentemente era un tipo anormale, diventava la forma più spiccata e più rilevante. E il vero possesso era quello di colui che è il *dominus* della cosa o che in buona fede crede di esserlo.

Nell'età postclassica, il contenuto dell'*animus* ha subito una trasformazione. Si trasformava dall'*animus possidendi* dell'età classica all'*animus domini* dell'età postclassica, ad es. Teofilo ha ammonito:

*Sine vero possessione non procedit usucapio: tunc enim quis intellegitur possidere cum animo dominantis rem teneat.*<sup>35</sup>

*Differentia autem inter tenere et possidere haec est, quod tenere est naturaliter rem detinere, possidere autem animo dominantis detinere.*<sup>36</sup>

E i Bizantini hanno tradotto la costituzione costantiniana come :

*Secundum leges possessio est detentio animo dominantis*<sup>37</sup>

E in questa epoca, dei due elementi costitutivi del possesso si esalta l'*animus*, inteso ora come *animus domini*, e si deprime l'elemento della materiale disponibilità della cosa. Così il possesso si acquista e si conserva anche senza la fisica consegna e la detenzione della cosa.

Fin'ora, abbiamo fatto una breve introduzione delle teorie più influenti sul possesso, sottolineando i due elementi costitutivi. Su questo tema, tanti giuristi hanno prodotto tantissimi sforzi faticosi e preziosi. Grazie ai giuristi precedenti, il sistema possessorio nel diritto romano diventa sempre più chiaro per noi. Però la ricerca su questo tema non si deve fermare, perché i dubbi, i conflitti, le ambiguità sono ancora presenti, e dobbiamo lavorare, con i risultati positivi ottenuti dai giuristi precedenti, per risolvere tutti i problemi. Io credo che, poiché il possesso è un fenomeno universale e vicino alla vita sociale degli uomini, esso cambia sicuramente secondo le circostanze economico-sociali. E durante gli oltre mille anni di sviluppo del diritto romano, il significato del possesso ha subito cambiamenti profondi. Per questo motivo, sono d'accordo con Albertario sul fatto che, quando si compiono ricerche sul tema del

---

<sup>35</sup> *Institutionum graeca Pharaphrasis*, 2, 9, 4

<sup>36</sup> Paraphr. 3, 29, 2

<sup>37</sup> Bas.50, 2, 61

possesso, si devono distinguere le diverse fasi storiche. Questo perché, nonostante la teoria di Savigny sia molto brillante e geniale, si può ancora trovare facilmente qualche punto meno soddisfacente, ad esempio la mancanza nelle fonti classiche dell'*animus domini*. Il concetto di Savigny si confà all'epoca postclassica, ma non si adatta all'epoca più antica. I due elementi costitutivi si originarono nell'epoca classica, mentre prima di quell'età, il possesso si fondò su *causae possidendi*. L'*animus* diventava il fulcro del possesso dall'età classica. Però nell'età classica è *animus possidendi*, cioè la volontà di signoreggiare la cosa; e nell'età postclassica è *animus domini*, cioè la volontà di esercitare il diritto di proprietà per sé. Così abbiamo chiarito questi due elementi, che sono i punti di partenza per la ricerca sul possesso nel diritto romano.

## **2 L'origine del possesso**

### **2.1 L'origine etimologica del possesso**

Nel diritto romano il possesso è il "potere" che gli uomini hanno di signoreggiare, di dominare sulle cose. Però, qual è il senso originario della parola "possesso"? Circa questo punto, i giuristi romani dicevano poco. Analizzare l'etimo delle parole non è solo una curiosità, poiché serve anche a fissare i sensi precisi delle parole, illuminandone il significato originario.

Nel Digesto, il frammento unico in cui si trattava chiaramente l'etimo del possesso è D.41.2.1pr.

*Paulus libro 54 ad edictum*

*Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci katoxyn dicunt.*

Però la genuinità di questo frammento è molto sospetta. Albertario ha ritenuto che la frase *quam Graeci katoxyn dicunt*, in cui la parola greca *katoxyn*, cioè la detenzione, è posta in corrispondenza col possesso, fosse un'interpolazione dei compilatori. Ma secondo Bozza, anche la frase precedente, *quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit*,

è interpolata. Perché "il *naturaliter tenetur* è inconcepibile in bocca ad un giurista classico, per il quale, come vedremo, *tenere* esprime inequivocabilmente la detenzione e non ha perciò bisogno di avverbi che chiarifichino e materializzino il concetto da esso espresso. Paolo avrebbe potuto dire *naturaliter possidere* per esprimere la materiale insistenza sulla cosa, ma giammai *naturaliter tenetur*".<sup>38</sup> E circa il vero significato delle parole del Labeone, Bozza riteneva che si dovesse considerare il possesso sugli appezzamenti dell'*ager publicus* concessi ai privati come sedi dei patrizi; solo così il testo si renderebbe chiaro: Labeone faceva derivare la denominazione del possesso dal fatto che sui terreni, oggetti del possesso, avevano le sedi i patrizi, cioè le *gentes*. Perciò il testo doveva probabilmente dire: *sedibus patrum quasi positio*. I tribonianeî, che trovano questo termine per essi inutilizzabile usata dal loro giureconsulto preferito per la materia del possesso, la utilizzano, deformandola a loro modo e ponendola come introduzione al titolo di *acquirenda vel amittenda possessione*.<sup>39</sup> In un altro frammento, D.41.2.3.5, Paolo disse *quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*. Qui, la spiegazione di Paolo corrispondeva alle parole di Labeone.

Anche Bonfante ha presentato un'opinione molto persuasiva sull'origine etimologica del possesso. Riteneva che la parola possesso derivasse da *potis* o *pote sedeo*, "cioè dallo stesso elemento *potis* o *pote*, che si ritrova in *potestas*, *compos*, *impos*, *potiri*, nel verbo *posse*, e con la stessa abbondanza e la stessa costanza di significato ha il suo riscontro in un'infinità di parole dalle varie lingue indoeuropee, esprimenti sempre la signoria, la dominazione".<sup>40</sup> E "Se adunque l'etimologia da *potis* o *pote* si può per lo meno sostenere, non sarebbe il concetto assai concreto del sedere, umile immagine, ma il concetto astratto e la superba affermazione io sedeo signore, che rappresenta la *possessio*. Data questa etimologia, il punto di partenza del possesso non può essere la detenzione, e l'ambiguità dell'odierno possesso e del

<sup>38</sup> Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935, p.23

<sup>39</sup> Id., p.24

<sup>40</sup> Bonfante, P., "Il punto di partenza nella teoria romana di possesso", In *Scritti vari giuridici* vol. III, p.524

tedesco Bestiz è straniera alla romano *possessio*".<sup>41</sup> Questa spiegazione dell'etimologia della parola possesso di Bonfante ben corrisponde alla sua teoria del possesso.

Sebbene esistano altre opinioni sull'etimologia del possesso (ad es. Grimm: potis+sedere; Stolz-Schmalz: por+sedeo; Guarnerio: potis+esse; Sabbadini: praes+sto), la spiegazione del Bonfante è sembrata la più persuasiva per molti giuristi. Circa il significato della prima parte, cioè *potis* o *pote*, è più facile trovarsi d'accordo. Per la seconda parte, qualche giurista ha sostenuto che non significa "giacere" sugli immobili, perché "l'immagine del sedere sarebbe sorta a spiegare il concetto materiale dell'uomo sulla cosa, non è questo concetto che poteva essere, per antonomasia, usato a proposito degli immobili"<sup>42</sup>. Quindi il vero significato del sedere è fissare la propria dimora. In conclusione, le voci *possido* o *possideo* significherebbero il fermarsi su un territorio, lo scegliere e lo stabilire la propria dimora.<sup>43</sup> E secondo il Bruno Fabi, nelle fonti storiche, il senso del *possidere* è stato il più vario. Salvo signoreggiare, dominare, vuol dire anche "avere", "tenere", "godere di", "usare", "comprendere", "avere in sé" ecc. Nelle fonti legislative *possidere* sta per *uti* e per *habere*, e in tutti i testi della prima epoca classica, il senso pregnante del termine, cioè dominare, è conservato rispetto a quei rapporti che originariamente ebbe a contraddistinguere, ma si attenua e si perde di fronte agli altri, rispetto ai quali ambiti di applicazione del termine si generalizzò e si diffuse.<sup>44</sup>

## 2.2 L'origine storica del possesso

### 2.2.1 Il possesso e *ager publicus*

#### 2.2.1.1 La formazione e lo sviluppo dell'*ager publicus*

Secondo la teoria dominante, la tutela del possesso è nata in riferimento all'*ager publicus*, più precisamente per tutelare il possesso dei privati sugli appezzamenti di

---

<sup>41</sup> Id., p.525

<sup>42</sup> Carcaterra, A., "La voce *possidere* ad un esame filologico-giuridico", In *Archivio giuridico*, 1963, p.172

<sup>43</sup> Id., p.173

<sup>44</sup> Fabi, B., *Aspetti del possesso romano*. Roma, 1972, p.24

*ager publicus* di cui era stato loro, a vario titolo, permesso o concesso il godimento. Quindi, per poter inquadrare questa importante origine storica del possesso, dobbiamo soprattutto impegnarci a chiarire il concetto di *ager publicus*, sottolineando la sua formazione e sviluppo storico, e nonché i suoi diversi tipi.

L'*ager publicus* è molto importante per l'economia romana e la sua apparizione è molto precoce nella storia di Roma: circa il primo secolo della repubblica. Indubbiamente, anche nell'epoca precedente, cioè l'epoca monarchica, troviamo già menzione dell'*ager publicus*, ma si tratta di una forma embrionale dell'*ager publicus*, cioè l'*ager gentilizio*, che esisteva già nell'epoca arcaica, persino prima della fondazione della città.

La *gens* è una forma di comunità autonoma molto importante nelle prime fasi della storia romana. Esisteva già prima della formazione della città e, dopo la formazione della città, divenne un gruppo basilare costitutivo della città stessa. All'interno della *gens*, come nella città, solo una parte della terra apparteneva ai singoli *pater familias*, la quale costituiva *heredia* della famiglia. tutta la parte restante sarebbe rimasta di pertinenza collettiva della *gens*. Con lo sviluppo storico della città romana, l'*ager gentilizio* diventava una parte importante dell'*ager publicus*.<sup>45</sup> Sebbene l'*ager gentilizio* abbia avuto una parte importante nella formazione e nello sviluppo dell'*ager publicus*, non vorrei però impegnarmi tanto su questo tema. Perché da un lato, il contenuto dell'*ager publicus* nell'epoca arcaica di Roma è molto incerto e su di esso gli storici, ad es. Niebuhr, Savigny, Schwegler, Jhering, Mommsen, hanno dibattuto molto; dall'altro lato, i dati per noi utili relativi alla tutela interdittale del possesso dell'*ager publicus* riguardano l'età repubblicana avanzata, in cui l'*ager publicus* aveva assunto proporzioni imponenti ed un'enorme importanza politica, economica e sociale, e le informazioni nelle fonti permettono altresì di delineare un quadro sufficientemente chiaro ed attendibile.

L'*ager publicus* include non solo l'*ager gentilizio*. Nel processo della progressiva espansione militare di Roma, dapprima sui territori circonvicini, poi su tutto il suolo

---

<sup>45</sup> Capogrossi Colognesi, L., *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma, 1994, p.20

italico, si era consolidata la prassi secondo la quale una parte del territorio appartenente alle popolazioni vinte era incamerato da Roma.

Dei territori così acquistati, la cui estensione andò enormemente aumentando, una parte veniva divisa e assegnata a singoli *cives romani* (cioè *ager divisus et adsignatus*, in quanto esso veniva frazionato con esatta determinazione dei confini e assegnato *viritim*, cioè a singoli uomini, in pratica ai vari *patres familias*), i quali acquistavano sui singoli appezzamenti un diritto tutelato contro chiunque mediante la *legis actio sacramento in rem*, la quale s'imperniava sulla formalizzata affermazione di spettanza *ex iure Quiritium meum esse aio*, diritto che a partire da una certa epoca venne tecnicamente configurato come *dominium ex iure Quiritium* o *proprietas* privata.

All'espansione territoriale si affiancò la fondazione di colonie su parte della terra conquistata, con assegnazione in appartenenza esclusiva ai singoli coloni degli appezzamenti risultanti con delimitazione dei confini. Appezzamenti di modeste estensioni nelle più antiche colonie, dette *civium Romanorum* (in quanto chi si trasferiva nella colonia manteneva la cittadinanza romana), notevolmente più estesi invece nelle colonie di fondazione più recente, dette *coloniae Latinae* (in quanto coloro chi vi si trasferivano perdevano la cittadinanza romana e assumevano la condizione di latini, in particolare latini coloniarii).

Escluse queste parti dei territori tolti alle popolazioni vinte, attribuite ai singoli e costituenti giuridicamente *ager privatus*, tutto il resto (normalmente la gran parte del territorio annesso) diveniva *ager publicus*.<sup>46</sup> Il *dominium* dell'*ager publicus* apparteneva al popolo romano, e i singoli cittadini che aravano e coltivavano o pascolavano sull'*ager publicus* non avevano che una signoria di fatto, cioè il possesso.

Con il processo dell'espansione di Roma, l'*ager publicus* diventava sempre più enorme e importante, sia economicamente, sia politicamente. L'imposta dell'*ager publicus* era una fonte principale per il tesoro dello Stato e l'assegnazione dell'*ager publicus* aveva un'importanza enorme dal punto di vista politico, e spesso diventava il

---

<sup>46</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997, P 90—92

fulcro delle lotte tra i diversi ceti sociali. Però nell'*ager publicus* c'era la tendenza all'abuso e alla privatizzazione da parte dei possessori, sia per il perpetuarsi di possessi per le quali era venuta meno la giustificazione, sia perché sempre più spesso porzioni dell'*ager publicus* (spesso per l'incertezza dei confini) venivano utilizzati come se si trattasse di *ager privatus*. Siccome questo tipo di invasione dell'*ager publicus* da parte dei possessori diventava sempre più frequente, e al contempo controllarla e sanzionarla non era cosa facile da attuare, il consolidamento della stabilità delle *possessiones* dei privati sugli *ager publicus* si impose come irreversibile.

In coerenza con questa inarrestabile linea di sviluppo, attraverso una serie di interventi legislativi, si arrivò alla progressiva trasformazione dell'*ager publicus* in *ager privatus*, sicché, in misura sempre crescente, sulle terre che erano oggetto delle antiche *possessiones* si finì per riconoscere ai privati il diritto di proprietà.

Una testimonianza di grande rilievo in questo senso ci è offerta dalla *Lex agraria* del 111 a.C. Da tale *lex* risulta infatti come in tutta una serie di casi, per vaste estensioni di *ager publicus* che dovevano essere solo oggetto di possesso, venisse ormai riconosciuta la condizione di *agri privati*, e quindi la piena e esclusiva appartenenza ai privati, non di rado in sanatoria di situazioni più o meno abusive.<sup>47</sup>

Un'altra legge simile fu legge Thoria del 635, concernente la parte occupata come possesso, in cui si stabilì la proibizione per l'avvenire di ogni assegnazione, a qualsiasi titolo, di queste *possessiones*; confermava ai possessori il loro possesso entro e fuori i limiti della legge Sempronia, con la condizione di dover pagare allo Stato una relativa imposta e stabilendo inoltre la distribuzione ai proletari di detta imposta.

Questa legge, dunque, disponeva che le *possessiones* non fossero più soggette al diritto di ripetizione dello Stato e che fossero soggette ad un *vectigal*. E con queste disposizioni si devono ritenere abolite le *possessiones*. Era eliminato il diritto dello Stato di riprenderle a suo *libitum*, ed erano riconosciute ereditarie ed assoggettate ad un tributo. Così, questa legge convertiva le antiche *possessiones* in una vera proprietà

---

<sup>47</sup> Id., p.98–101

privata libera, in *dominium*.<sup>48</sup>

Su questa via si progredì ancora nel corso dell'ultimo secolo a.C. E alla fine di questo secolo (quindi tra la fine della repubblica e gli inizi del principato), sul suolo italico quasi tutto l'*ager publicus* era divenuto *ager privatus*.

Tant'è che nell'età imperiale, e nella visuale dei giuristi classici, i fondi siti in suolo italico erano senz'altro inquadrati tra le *res privatae*. Salvo qualche residuo, ormai il suolo italico era normalmente *ager privatus*, mentre era *ager publicus* quello extra-italico, cioè il suolo provinciale, di cui si diceva che il *dominium* spettava al popolo romano nelle *provinciae populi Romani* (dette anche senatorie, in quanto amministrato sotto la direzione del senato), mentre spettava all'imperatore nelle *provinciae Caesaris*.<sup>49</sup>

#### **2.2.1.2 I vari tipi dell'*ager publicus***

Sull'*ager publicus*, i privati potevano ottenere il possesso. Però i modi per cui questi possessi potevano essere ottenuti erano molteplici. E secondo queste diverse modalità l'*ager publicus* si divideva in vari tipi. In diversi tipi di *ager publicus*, le condizioni su cui poteva costituirsi il possesso erano differenti. Quindi, per capire bene il possesso sull'*ager publicus*, dobbiamo prima di tutto conoscere un po' i vari tipi di *ager publicus* esistenti.

##### **2.2.1.2.1 *ager occupatorius***

Il tipo più primitivo e fondamentale dell'*ager publicus* è l'*ager occupatorius*. Questa terminologia ha due significati diversi. Da un canto indica le terre conquistate dal popolo vincitore per occupazione bellica, in accordo ai principi di diritto internazionale antico (*iure gentium*). Come ha commentato Aggenio, "*hic et occupatorius ager dicitur eo quod in tempore occupatus est a victore populo, territis exinde fugatisque hostibus*". D'altro canto, l'espressione indicava anche le terre aperte all'occupazione dei privati, che potevano occupare la quantità che erano in grado di

---

<sup>48</sup> Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935, p.35

<sup>49</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997 p.101

utilizzare per lo sfruttamento agricolo, in primo luogo mediante coltivazione, ma anche come pascolo per il mantenimento del bestiame. Festo V. *possessiones*: "appellantur agri late patentes publici privatique, qui non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat". Nell'ambito di questa tesi, naturalmente, il secondo significato è molto più importante, anche se il primo senso è quello più originario. Infatti, nel periodo iniziale, questa occupazione dell'*ager* da parte dei privati si riteneva abusiva. Ma per qualche motivo, via via, come ricordava Brudese, la storia politica di Roma avrebbe conosciuto bensì occupazioni, non autorizzate né controllate, ma lungi dal legalizzarle, nell'ordinamento giuridico le avrebbe ritenute abusive.<sup>50</sup>

Per un lungo tempo, questo tipo di occupazione dell'*ager publicus* restava solo nella mani dei patrizi. Bozza ritiene che i plebei ne erano esclusi non solo di fatto, ma anche di diritto.<sup>51</sup> Tanti altri giuristi (Burdese, Nicosia, Capogrossi, ecc) ritengono invece che non sia stato trovato il fondamento legale nelle fonti per cui i plebei sarebbero stati esclusi dall'occupazione dell'*ager publicus*. La ragione per cui i plebei erano esclusi di fatto è che solo i patrizi avevano le capacità economiche (forza-lavoro, capitali, ecc.) per esercitare quest'atto (ma Capogrossi ritiene che il soggetto dell'occupazione non fosse il singolo cittadino, ma la *gens*. Siccome i plebei erano esclusi dalle *gens*, essi non avevano possibilità di occupazione).<sup>52</sup> Per i patrizi, che detenevano nelle loro mani il potere statale, prendere e consolidare il vantaggio derivante dal possesso dell'*ager publicus* sembrava un bisogno naturale e praticabile. Essi presero grandi possedimenti di *ager publicus*, in particolare di tipo *occupatorius* e trasmesso ereditariamente di generazione in generazione, senza che esistesse, peraltro, alcun obbligo di pagare un corrispettivo per lo sfruttamento degli stessi.

Questo fenomeno ha naturalmente generato insoddisfazione tra i plebei, che hanno perpetrato lotte secolari, chiedendo che una parte più grande dei territori conquistati ed annessi venisse distribuita come *ager privatus*, ed al contempo venisse contenuta

---

<sup>50</sup> Burdese, A., *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, p.20

<sup>51</sup> Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935, p.47

<sup>52</sup> Capogrossi Colognesi, L., *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma, 1994, p.19

l'espansione dell'*ager publicus* e soprattutto limitato quantitativamente il possesso dei di esso da parte dei patrizi.

Come risultato positivo delle ribellioni dei plebei, la *Lex Licinia* era approvata nel 367 a.C. Questa legge rappresentava il primo intervento legislativo in ordine alla limitazione dei possedimenti dell'*ager publicus*, e stabiliva il principio di *modo agrorum*. Con questa legge, e altre successive, per i possessori dell'*ager occupatorius*, sia gli iugeri di terreno occupabile, sia il numero di capi di bestiame da allevare furono limitati.

#### 2.2.1.2.1 *ager quaestorius* e *ager censorius*

Nella storia di Roma, per il motivo dell'esigenze belliche, ai questori venne affidato il compito di vendere *ager publicus*. E così nacque l'*ager quaestorius*.

Igino. de. cond. agr, 115, 15–115, 20

*Quaestorii autem dicuntur agri quos populus Romanus devictis pulsisque hostibus possedit, mandevitque quaestoribus ut eos venderent, quae centiriae nunc appellantur, id est plinthides, hoc est laterculi, eosdem in quinquagenis iugeribus quaedratos cluserunt limitibus, atque ita certum cuique modum vendiderunt.*

In tali frammenti si parla di vendita di *ager publicus populi Romani* effettuata dai questori dietro mandato del popolo, e si insiste sul fatto che si tratta di terre tolte ai nemici. Se si pensa che ai questori era demandata l'amministrazione finanziaria dell'erario statale, e che essi dovevano sopperire in primo luogo alle esigenze finanziarie militari, non stupisce che, determinandosi casi di bisogno per esigenze belliche, si sia demandato ai questori il compito di vendere terre pubbliche tolte ai nemici. E la vendita dell'*ager publicus*, stando alle testimonianze delle fonti, dovette chiedere di volta in volta esplicito mandato e quindi avere pur sempre carattere di eccezionalità. Il primo esempio di vendita *quaestoria* di cui abbiamo sicure notizie è del 205 a.C.<sup>53</sup> La terra venduta dietro mandato del senato rimaneva pubblica, nel possesso tutelato da interdetti e revocabile dell'acquirente, tenuto a pagare un *vectigal*

---

<sup>53</sup> È notato in un frammento di Livio, cfr. Brudese, A., *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952 p.44

a puro titolo di ricognizione.<sup>54</sup>

I censori, che entravano in carica ogni cinque anni e ai quali spettava la funzione di predisporre il regolamento delle entrate e delle spese pubbliche, con il sistema di *locationes censoriae* concedevano ai privati, dietro pagamento di un corrispettivo, lo sfruttamento di beni pubblici. Oggetto di *locatio censoria* furono anche appezzamenti di *ager publicus*, il cui godimento veniva concesso ai privati, dietro l'obbligo del pagamento di un *vectigal* periodico, normalmente per un quinquennio, ma automaticamente rinnovabile sotto le censure successive, o senz'altro anche per periodi più lunghi. Naturalmente la concessione era sempre revocabile anche prima del termine, in caso di mancato pagamento del *vectigal*.<sup>55</sup> L'*ager publicus* concesso in questo modo si chiamava *ager censorius*.

Festo, V. venditiones: *vend* ⟨*itiones*⟩...*dicebantur censorum locationes; quod vel* ⟨*ut fr*⟩ *uctus locorum publicorum venibant.*

La differenza tra *ager quaestorius* e *ager censorius* è che la vendita di *ager publicus* effettuata dai questori si accompagnava ad esigenze finanziarie eccezionali di natura militare; la vendita di *ager publicus* da parte dei censori dovette rispondere piuttosto ad esigenze inerenti alla amministrazione della terra pubblica.<sup>56</sup>

### 2.2.1.2.3 *ager scripturarius* e *ager compascuus*

Nell'economia romana, la pastorizia occupava una posizione non meno importante dell'agricoltura. Per questo motivo, bisognava lasciare almeno una parte dell'*ager publicus* al fine di sviluppare la pastorizia. L'*ager scripturarius* è un tipo di *ager publicus* destinato al pascolo per l'allevamento del bestiame, il cui regime forse in un primo tempo non differiva da quello dell'*ager occupatorius*. Ma a partire da una certa epoca l'accesso al pascolo di queste terre pubbliche venne sottoposto al pagamento di un corrispettivo, fissato in ragione di ciascun capo di bestiame, della cui riscossione si occupavano i censori, trattandosi di entrata pubblica, annoverata tra i

---

<sup>54</sup> Burdese, A., *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, p.45

<sup>55</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997, p.96

<sup>56</sup> Burdese, A., *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, p.48

*vectigalia populi Romani* in senso lato. Tale corrispettivo, tuttavia, veniva specialmente denominato *scriptura*, a quanto sembra in connessione col sistema di tenuta dei registri in cui veniva scritto il numero dei capi di bestiame; da ciò la denominazione di *ager scripturarius*.<sup>57</sup>

Tra le terre pubbliche destinate al pascolo, oltre all'*ager scripturarius*, ve n'era un altro tipo, cioè l'*ager compascuus*. Questo tipo di *ager publicus* era lasciato ad un certo numero di persone, per lo più titolari di fondi vicini, per far pascolare il loro bestiame.

Festo, V. *compascuus ager*: *compascuus ager dictus est qui a divisoribus agrorum relictus est ad pascendum communiter vicinis*.

Probabilmente il compascuo romano ha avuto origine dall'uso, e rispondendo ad evidenti ragioni di opportunità economica, ossia di concedere pascoli (che rimanessero pubblici) allo sfruttamento comune di più assegnatari limitrofi.<sup>58</sup>

La differenza tra *ager scripturarius* e *ager compascuus* è molto evidente. Questi due tipi di *ager publicus* destinato al pascolo si svilupparono indipendentemente nell'evoluzione della storia romana.

### 2.2.1.3 Il possesso dell'*ager publicus*

Per quanto appena detto, si è già capito che sull'*ager publicus* i cittadini privati non potevano esercitare il *dominium*, che sempre apparteneva al *populus Romanus*. Però, per certi versi, la signoria di fatto, cioè il possesso, poteva essere ottenuta anche dai privati. Gai.II, 7 "*in eo solo dominium populi romani est vel Caesari, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*". Con questo possesso, i privati potevano occuparsi dell'attività produttiva agricola o pascolativa, che svolgeva una parte essenziale nell'economia romana.

Il possesso dell'*ager publicus*, rispetto agli altri tipi di possesso, aveva due caratteri evidenti, cioè la tendenziale perpetuità e stabilità. Le ragioni di ciò sono varie. In alcuni casi, ad es. il possesso dell'*ager occupatorius*, pare che la mancanza dei

---

<sup>57</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997, p.97

<sup>58</sup> Burdese, A., *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, p.41

limiti temporali fosse connaturata agli stessi presupposti su cui si basava l'esercizio del godimento e della *possessio*. In altri casi, sembra che nell'atto della concessione fosse prevista la perpetuità del rapporto. Oppure il termine previsto era molto lungo (fino a cento anni), e attraverso il consolidarsi della prassi del rinnovo più o meno automatico si era ugualmente arrivati, sostanzialmente, al perpetuarsi del rapporto.

Teoricamente, il rapporto era sempre risolvibile per revoca da parte degli organi competenti della *res publica*, almeno quando venivano meno i presupposti o le condizioni in base a cui il godimento e possesso dell'*ager publicus* erano stati permessi o formalmente concessi: così, ad esempio, avveniva per l'*ager occupatorius*, quando veniva a mancare l'effettivo e regolare sfruttamento agricolo o pastorale dell'*ager*, che era il presupposto in base a cui ne era stata permessa l'occupazione e che ne giustificava la condizione del possesso; e lo stesso avveniva la revoca in tutti i casi in cui vi era stato un atto formale di concessione, ma non venivano poi rispettate le condizioni del possesso. Di fatto, da un canto, il ceto più beneficiario del possesso dell'*ager publicus* era il ceto patrizio, che deteneva il potere dello Stato, e naturalmente non intendeva gli nuocere ai propri interessi. Da un altro canto, la stabilità e la continuità del possesso dell'*ager publicus* favorivano l'economia in generale. Per questi motivi, la revocabilità del possesso dell'*ager publicus* restava teorica, mentre in pratica risultava sempre più difficile togliere il possesso a chi ne aveva stabilmente goduto per lungo tempo, anche dopo la scadenza.

Si è detto che il *dominium* dell'*ager publicus* apparteneva *populus Romanus*, e salvo una signoria di fatto, i privati non potevano quindi aver nessun diritto su quest'*ager*; purtroppo, questa signoria di fatto non era un fatto semplice, era essendo infatti tutelato dall'ordinamento giuridico. Infatti, l'ipotesi risalente a Neibuhr e Savigny, che la tutela interdittale del possesso fosse nata nell'ambito delle *possessiones* aventi ad oggetto l'*ager publicus*, aveva incontrato notevole favore già durante il secolo XIX. Pur avendo suscitato varie critiche, dopo la energica difesa che ne fece il Bonfante, essa è stata sempre più diffusamente accolta ed è diventata

largamente, e giustamente, la teoria dominante.<sup>59</sup>

Secondo Savigny, "Eravi nella romana repubblica di due sorti terreni, l'*ager publicus* e l'*ager privatus*, de'quali solo il secondo era capace di privata proprietà. Nulladimeno, era da antica costituzione permesso di dare anche l'*ager publicus* ai privati cittadini in possesso e godimento. Questo possesso dell'*ager publicus* non si trova in luogo alcuno determinato con una propria forma legale. Contuttociò, tenendo ragione della inclinazione che i romani avevano all'ordine giuridico, non sia punto da dubitare della esistenza di siffatta forma e della ordinazione di un mezzo giuridico per proteggere il detentore dall'arbitraria turbazione del suo godimento. [...]Originariamente, cioè fin da primi tempi, due sorte di diritti sul suolo vi furono: la proprietà, che aveva per obbietto l'*ager privatus*, e per difesa la vendicazione; e la *possessio*, che aveva per obbietto l'*ager publicus*, simigliante difesa (a parere nostro negli interdetti pretoriani) –Tempo dopo, il pretore fermò quest'ultima istituzione nell'Editto; e per siffatto modo di interdetti divennero de'mezzi di ragion pretoria, probabilmente senza cangiamento notabile nelle regole medesime del diritto. –Dopo anche altro tempo, parve bene, il possesso ordinato già per l'*ager publicus* applicare eziandio all'*ager privatus*".<sup>60</sup>

Concludendo, il possesso, come signoria di fatto, è nato dall'utilizzo dell'*ager publicus* da parte dei cittadini privati. E siccome questo *ager* apparteneva al *populus Romanus*, e su di esso i possessori non avevano nessun diritto, la tutela del possesso dell'*ager publicus* non poteva perciò esistere nel *ius civile*. Però, dato che l'utilizzazione dell'*ager publicus* svolgeva una parte molto importante nell'economia romana, sebbene questo possesso non fosse conosciuto come un *ius* nel diritto romano, c'era bisogno di mantenere la stabilità e la continuità del possesso sull'*ager publicus*. Per questi motivi, i pretori, per mezzo degli interdetti, stabilivano regole secondo cui la tranquillità del possesso dell'*ager publicus* poteva essere garantita. Questa è l'origine della tutela del possesso. Naturalmente, il contenuto e la sfera

---

<sup>59</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997 p.103

<sup>60</sup> Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857, p.70

dell'applicazione di questo istituto si evolvevano nel processo storico, ed esso è gradualmente diventato una componente speciale e importante del diritto romano.

### 2.2.2 *Usus* e possesso

Il possesso è un istituto importante nel diritto romano, però, nelle fonti più antiche, non si parlava di "*possessio*" né di "*possidere*", utilizzandosi invece altre parole, quali *usus*, *uti*, *usufructus*, per indicare simile concetti simili. Dunque, qual è il rapporto tra *usus* e possesso? *Usus* è solo un termine più antico o è invece qualcosa di totalmente diverso dal possesso? Circa queste questioni, ci sono due teorie tipiche, cioè quella di Albertario e quella di Bozza.

Secondo Albertario, "nella prima epoca, cioè l'età preclassica, il possesso è indicato da una ricca terminologia: *usus fructus possessio; habere possidere uti frui*: il termine più antico è *usus*; il termine *possessio*, che designerà poi—esso solo—il possesso, è il più recente. [...]Di *usus* nel significato di possesso parlano le XII tavole: *usus auctoritas fundi biennium est,—cetararum rerum omnium—annus est usus*. E giuristi e storici, etimologisti, filosofi e poeti parlano ancora arcaicamente di *usus* per indicare inequivocabilmente il possesso nell'età imperiale, quando ormai *usus* è un istituto che con possesso non è più confondibile. [...]Nelle leggi repubblicane, fino a un certo tempo, il possedere si indica ancora come *uti* e si indica come *frui habere possidere*: solitamente i quattro termini vengono adoperati insieme per esprimere lo stesso concetto e, direi, per più vivamente e pienamente colorirlo, chi getta lo sguardo sulla *Lex agraria* del 111 a.C., ad es., trova il rincorrersi di *uti frui, habere possidere* adoperati insieme, senza che l'un termine significhi qualcosa di diverso dall'altro. Tanto cioè è vero, che a volte nello stesso periodo uno dei quattro termini, precisamente *possessio*, assorbe gli altri".<sup>61</sup>

Per precisare, Albertario ha anche mostrato come, in origine, questi vari termini dovettero essere adoperati insieme solo per indicare il possesso del *fundus*, non anche delle *ceterae res*. Per quest'ultime, fino a un certo momento, il termine *usus* dovette

---

<sup>61</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932 p.6-8

sembrare sufficientemente espressivo. Secondo Albertario, infatti Cicerone contrappone ancora *fructus* a *mancipium*, cioè il possesso alla proprietà (ad fam.7.29.1; 7.30.2); Gaio (2, 7), per indicare che i privati avevano suolo provinciale, usava l'espressione *possessionem vel usumfructum*, mentre Frontino diceva che è concesso ai privati il *possidere stipendiarios vel tributarios fundos quasi fructus tollendi causa*. Queste sono le testimonianze che, secondo Albertario, dimostrano come originariamente le terminologie *usus* e *possessio* indicavano la stessa cosa, e solo nell'età classica, quando *usus* e *usus fructus* indicavano istituti diversi, il termine *possessio* diventava l'unica espressione per indicare il possesso.

All'opinione di Albertario aderisce anche il Fabi, secondo cui nella prima età si trova il medesimo rapporto sostanziale del possesso, denominato però diversamente, con il termine *usus*. Per quanto riguarda il termine *possessio*, originariamente non indicava un istituto generale, significando prima la *occupatio* bellica, poi il possesso specifico. "Dunque non si parla di possesso in senso stretto. Ma di quel determinato possesso, e un possesso così individuato non può che riferirsi al campo, al luogo, all'edificio che la parola contraddistingue".<sup>62</sup> In questa epoca, nelle fonti si diceva "*possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager*" (Festo). Si veda come questa definizione ha un carattere specifico. Solo in un periodo posteriore, la parola *possessio* indicava un istituto giuridico di carattere generale con una sua autonoma struttura e costruzione.

Contro la teoria di Albertario, Bozza ha presentato la sua opinione che *usus* e *possessio* non fossero due termini indicanti la stessa cosa, ma che significassero in realtà due istituti diversi. Secondo la studiosa, la differenza tra questi due istituti è ovvia: la *possessio* era una signoria di fatto, mentre l'*usus* era solo esercizio di fatto di un diritto. Inoltre, le altre differenze più particolari sono le seguenti:

Il possesso non è concepibile se non su una cosa materiale. Questo è un principio indiscusso per il diritto classico. Il possesso dei diritti, cioè il quasi-possesso, appartiene all'epoca postclassica. E tra le cose materiali, quali possono essere

---

<sup>62</sup> Fabi, B., *Aspetti del possesso romano*, Roma, 1973, p.17

possedute? In origine, il possesso è possibile solo sugli immobili, anzi solo sui fondi. L'*usus*, invece, non solo è possibile *ab origine* anche per i beni mobili, ma altresì per i diritti. L'*usus* della *manus*, *usucapio pro herede*, usucapione della servitù, ammessa nel diritto antico, attestano come *usus* fosse applicabile al *ius* incorporale;

L'*usus* è un istituto di *ius civile* ed opera pertanto i suoi effetti nel campo del *ius civile*; la *possessio*, invece, è un istituto pretorio e l'unico caso che conosciamo dell'epoca delle origini, la *possessio* sull'*ager publicus*, non ha alcun effetto nel campo dell'*ius civile*;

Il possesso gode della protezione interdittale, l'*usus* non ha protezione giuridica;

Il possesso non fa acquistare i diritti, invece l'*usus* è sempre importante per poter acquistare un diritto (usucapione).

Il possesso è una signoria di fatto sulla cosa, che non deriva da alcun atto giuridico, revocabile *ad libitum* dal concedente, e che non può convertirsi in signoria giuridica. Mentre *usus* si può definire come un mezzo di acquisto del *dominium*, sostitutivo del negozio giuridico a questo acquisto destinato e che opera dopo che il diritto è stato, di fatto, esercitato per un determinato tempo. Ecco perché esso non è tutelato.<sup>63</sup>

Queste due teorie sono opposte e in pratica ci sono più aderenti all'opinione di Albertario che non a quella di Bozza. Anche a mio avviso la prima teoria è più ragionevole. La teoria di Bozza, soprattutto, non concorda con le fonti in cui si ritrovano le due espressioni usate come sinonimi. Se è vero che la parola possesso significa signoria di fatto e *usus* non è che l'esercizio di fatto di un diritto, le due terminologie rappresentavano concetti di piani logici differenti, e i giuristi romani non potevano usarle fianco a fianco. Bozza ritiene che il possesso fosse un istituto pretorio, e *usus* un istituto di *ius civile*. Però, in realtà, anche nel *ius civile* possiamo trovare gli esempi di possesso, ad es. il possesso del creditore pignoratizio, il possesso del precarista. Per quanto riguarda l'usucapione, il possesso dell'*ager publicus* non portava l'usucapione; però, anche nella prima epoca in cui il possesso dell'*ager*

---

<sup>63</sup> Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935, p.38 40

*publicus* era più frequente, non si poteva escludere il possesso dell'*ager privatus* (perché la definizione del Festo *possessio est, usus quidam agri aut aedificii*, non sembrava significare solo quelli pubblici). E il possesso dell'*ager privatus*, cioè l'*usus*, era un istituto di *ius civile* e, secondo le XII tavole, poteva portare l'usucapione.

Insomma, *usus* è un termine più antico che, come *possessio*, significava la signoria di fatto sulla cosa (soprattutto sui fondi). Nelle fonti non è difficile trovare esempi in cui questi due termini si usavano sinonimicamente. Solo in tempi posteriori, quando *usus* indicava un istituto totalmente diverso e indipendente dal possesso, le due terminologie si separarono e solo la parola *possessio* rimaneva a indicare l'istituto propositi nostro interesse.

### **3 La natura del possesso**

La questione che il possesso sia un fatto o un diritto è generata dai commentatori e, come ogni altro punto nella teoria del possesso, è ancora pienamente discussa tutt'oggi. Le discussioni sulla natura del possesso non hanno solo un valore teorico, ma anche un valore pratico, e per le diverse nature del possesso si trattano i diversi modi dell'acquisto e della perdita, della trasmissione e della successione, ecc. Questo è il motivo per cui tale questione è rilevante nella teoria del possesso.

I fautori della natura giuridica del possesso non sono pochi: essi lo annoverano generalmente fra i diritti reali. Così il Gans, un puro filosofo hegeliano, pone il possesso alla testa degli *iura in re*. Il Thaden afferma che il possesso è un vero diritto sulla cosa, introdotto per proteggere una situazione compresa o sottintesa nell'acquisto della proprietà. L'Hasse dichiara che il possesso è un diritto sulla cosa, per quanto relativo, vale a dire un diritto tale che non vale contro chicchessia, ma solamente contro colui che con violenza ecc. voglia fare ledere il possesso. La teoria del diritto (possesso?) ebbe verso la fine del secolo XIX i suoi più due grandi fautori: il primo fu un grande critico delle fonti romane, il Bekker, che precisamente intitolò la sua opera *Das Recht des Besitzes* (Il diritto del possesso); il secondo fu Jhering, con tutta la sua ardente opera. La natura di fatto del possesso fu invece difesa dal Savigny, ed affermata da una illustre schiera di giuristi, ad es., dall'Alibrandi, dal Ferrini, dal

Bonfante, dal Perozzi.<sup>64</sup>

Il Savigny ha posto una teoria intermedia. Secondo lo studioso, il possesso è un fatto di natura, da cui però derivano certi effetti giuridici: "Nessuno negherà che il possesso di sua propria ed originale natura sia un fatto; e certo ugualmente è che egli produca taluni effetti legali.[...]Conciosiachè qui il possesso è un fatto, inquantochè si fonda in un rapporto puramente di fatto, non già giuridico, cioè della detenzione. E questa è la ragione perché in tali casi la vendita, la locazione ecc. non contribuiscono punto acquisitione del possesso. Nello stesso tempo il possesso è un diritto, per quanto che taluni diritti dipendono da questo solo rapporto di fatto; ed ecco perché, considerandolo come oggetto della vendita e degli altri detti contratti, le relative obbligazioni sono tanto valide quanto quelle contrattate intorno alla proprietà".<sup>65</sup> La teoria della natura del possesso del Savigny ha un carattere di duplicità. Da un canto si riconosce che il possesso è un fatto di natura, da un altro canto è anche sottolineato che esso è differente da altri rapporti di fatto, perché produce effetti giuridici ed è regolato dal diritto positivo.

Anche il Bonfante afferma che il possesso è un fatto di natura. Però le sue ragioni sono diverse da quella di Savigny. Secondo il Bonfante, "perché un rapporto determinato diventi diritto è necessario che esso sia sempre garantito, non semplicemente tollerato; è necessario, che la coazione sia diretta, costituita in difesa di quel rapporto; non proveniente ex occasione della difesa di un rapporto diverso. Il possesso, invece, non corrisponde questo criterio. Il possesso è difeso. Ma quando si tratta non di mantenere lo stato di fatto, ma di ottenere la restituzione, il possessore romano non è difeso *etiamsi casu amiserit possessionem*. Esso è difeso soltanto con riguardo all'atto o animo di chi reca la molestia o esegue lo spoglio. Bisogna che la turbativa o la perdita che egli patisce costituisca una lesione speciale, con determinati caratteri: il terzo, contro cui si può agire, non è qualunque terzo, ma precisamente colui che compie una volontaria violenza dell'attività del possessore in ordine alla

---

<sup>64</sup> Albertario, E., *Corso di diritto romano*, 1948, p.171

<sup>65</sup> Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857, pp.9-10

cosa. Insomma, il possesso non ha difesa se non in caso di lesioni determinate e qualificate, e solo contro il colpevole di lesioni cosiffatte e nelle ipotesi di cosiffatte lesioni, il possessore ha difesa anche contro il proprietario".<sup>66</sup> L'opinione di Bonfante è molto chiara: il possesso è un fatto. Diversamente dal Savigny, egli non riconosce il carattere della duplicità, e sebbene anche lui affermi che il possesso produce certi effetti legali (tutela interdettale), ritiene però questo che fatto non influisca sulla natura di esso. Perché per raggiungere questi effetti giuridici, si devono corrispondere le condizioni speciali richieste dal diritto positivo. Invece un vero diritto può sempre produrre i propri effetti giuridici, senza assumere richieste speciali. Quindi il diritto positivo non riconosce il possesso come un diritto, ma solo eccezionalmente riconosce qualche effetto giuridico derivante da esso.

Ora, torniamo alle fonti. Per i giuristi romani, la risposta di questa questione è molto chiara. Nelle fonti è ripetuto tante volte che il possesso è *res facti*, e totalmente differente dalla proprietà. Nel Digesto ci sono alcuni frammenti in cui si trova l'affermazione che il possesso è un fatto e non un diritto, ad es. *Possessio autem plurimum facti habet* (D.4.6.19); *res facti infirmari iure civili non potest* (D.41.2.1.4); *eam (possessionem) enim rem facti non iuris esse* (D.41.2.1.3).

Nelle fonti, salvo queste affermazioni, esistono altre testimonianze dell'applicazione del possesso nel regime positivo che corrispondono alla sua natura "di fatto".

D.41,2,23pr.

*Iavolenus 1 epist.*

*Cum heredes institui sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.*

In questo frammento, Giavoleno ha mostrato una differenza tra il possesso e il *ius* per quanto riguarda la successione ereditaria. L'erede, con l'*adita hereditate*, ottiene *omnia quidem iura* appartenesse al defunto. Però, l'erede non diventa il

---

<sup>66</sup> Albertario, E., *Corso di diritto romano*, 1948, p.174

possessore dei beni, fintanto che non ne abbia acquistato nelle debite forme il possesso. Perché il possesso, essendo un fatto, non può trasmettersi *ipso iure* con la semplice apertura della successione. Questo è un esempio in cui evidentemente si mostra l'affermazione della natura di fatto del possesso e la sua influenza sull'applicazione di quest'istituto.

Però, alcuni giuristi hanno dato una spiegazione diversa. Secondo essi il *tamen* vuol significare che anche il possesso è un diritto, benché non passi agli eredi senza materiale apprensione. Quindi, secondo gli stessi giuristi, il contenuto di questo frammento non si riferisce alla natura di fatto del possesso, ma alla sua natura di diritto. In altre parole, il possesso è un *ius*, però si trasmette all'erede in un modo diverso.

Tanti giuristi (Bonfante, Riccobono, Alibrandi, Albertario, Bozza) non sono d'accordo con questa interpretazione. Secondo il Bonfante, da una parte nel §1 dello stesso frammento *corporaliter tamen*, usato di nuovo in antitesi a *iura*, non può significare che la stessa *possessio corporalis* sia un diritto, dall'altra parte per i Romani pure la parola *ius* indica, altre volte, un rapporto di fatto, capace di conseguenze giuridiche, quale è il possesso, ad esempio quando viene adoperata nelle espressioni *ius adfinitatis*, *ius adgnationis*, *ius consanguinitatis* (v. per quest'ultimo la D.38, 7, 1, 6). Nessuno si sognerebbe per ciò solo di negare che l'affinità, la consanguineità siano rapporti di mero fatto.

A mio parere, quest'interpretazione è più naturale e ragionevole. Come abbiamo già accennato, nelle fonti si trattava tante volte della natura di fatto del. L'ipotesi che Giavoleno volesse dire che il possesso è un diritto, che però si trasmette all'erede in modo diverso, è un po' strana. Non si vede la ragione e non si possono trovare altre argomentazioni simili nelle fonti. Nonostante l'ambiguità di linguaggio di questo frammento (l'autore non ha detto chiaramente che il possesso non è *ius*, ma ha solo dichiarato che si trasmette all'erede in un altro modo), non si può dedurre che Giavoleno riteneva che il possesso fosse un diritto.

A mio avviso, la ragione per cui Giavoleno non si è espresso chiaramente si spiega in quanto è molto chiaro che il possesso sia un fatto, pertanto non c'è bisogno

di sottolinearlo di nuovo. Questa è, ovviamente, solo una supposizione. Però, una cosa è certa: in questo frammento, Giavoleno non ha intenzione di affermare che il possesso è un diritto.

Per lo stesso motivo, cioè che il possesso è un rapporto di fatto, operano i Romani per conoscere l'acquisto immediato del possesso mediante terzi, per cui nel possesso si poté, più presto che nei diritti, rompere l'antico principio che esclude la rappresentanza.

Però, nelle fonti non esistono solo frammenti in cui si afferma che il possesso è un fatto (come quelli sopra esaminati), ma anche alcune affermazioni che apparentemente sono contrari ad essi. Ad es., S. Agostino nel Sermone 356 (2 de vita et moribus cleric.), parlava di un tal Faustino che, fatto monaco, depositò presso i fratelli i suoi averi, di cui dispose appresso secondo il consiglio del Santo, dice al §4: "*Sed quia exiguum est quod videtur possidere sicuti iurisperiti loquuntur, iure, non corpore, reliqueret illud, et ab eius fratribus tenebatur*". Con questo s'intende la legge 10.c.de acq.et ret. poss, nella quale Costantino dice "*possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore*".<sup>67</sup> Anche nel Digesto possiamo trovare simili frammenti, ad es.

D.41,2,49,1

*Papinianus 2 def.*

*Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est.*

In questo frammento Papiniano vuol dire che coloro i quali sono *alieni iuris* non possiedono, ma possono soltanto detenere il *peculium*, perché il possesso, pur essendo un fatto, è sempre un rapporto giuridico. Qui, Papiniano non ha intenzione di negare la natura di fatto del possesso, ma vuol solo sottolineare che, in quanto rapporto di fatto che produce effetti giuridici, il possesso esige requisiti giuridici nei soggetti. Questa affermazione non urta contro la dottrina classica, la quale non ha mai negato

---

<sup>67</sup> Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, p.28

gli effetti giuridici del possesso.

Per quanto riguarda il rapporto tra il possesso e la proprietà, le opinioni dei giuristi romani sono più o meno unanimi. Il possesso, come fatto, è separato dalla proprietà, che è un diritto. Come diritto, la proprietà esige una *iusta causa*, e se la *iusta causa* non è riconosciuta dalla legge, non è riconosciuto il passaggio del diritto. Per questo motivo, nel diritto classico, la donazione fatta tra i coniugi o la vendita fatta dalla donna ad un terzo *sine tutoris auctoritate*, non sono *iustae causae*, e il coniuge e il terzo non diventano i proprietari. Invece, il possesso, come rapporto di fatto, è assolutamente indipendente dalla causa, quindi il coniuge e il terzo possiedono, non *pro donato*, *pro emptore*, ma *pro possessore*, cioè senza titolo. Nelle fonti non è difficile trovare dei frammenti che confermino la separazione tra il possesso e la proprietà:

D.41,2,12,1

*Ulpianus 70 ad ed.*

*Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.*

D.41,2,52pr.

*Venonius 1 interd.*

*Permisceri causas possessionis et usus fructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent: nam neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat.*

D.43,17,2,1

*Ulpianus ad ed Lib.69*

*Separata esse debet possessio a proprietate.*

Da questi frammenti sappiamo che, come uno stato di fatto, il possesso è inconfondibile con la proprietà. E la differenza tra il possesso e la proprietà va incarnata non solo in questo punto. Nell'età classica, il possesso è una signoria di fatto sulla cosa da parte di chi sulla cosa medesima non ha diritto. Quindi, da questo punto

di vista, il proprietario e l'usufruttuario, anche se detengono le cose, non sono i possessori. Questa è una regola antica "possiede chi non ha un diritto, chi ha un diritto non possiede". Su questo punto, nelle fonti, non mancano le testimonianze:

D.50,16,115

*Iavolenus 4 epist.*

*Quaestio est, fundus a possessione vel agro vel praedio quid distet. "fundus" est omne, quidquid solo tenetur. "ager" est, si species fundi ad usum hominis comparatur. "possessio" ab agro iuris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus: possessio ergo usus, ager proprietas loci est. "praedium" utriusque supra scriptae generale nomen est: nam et ager et possessio huius appellationis species sunt.*

Da questo frammento, sappiamo che uno possiede le cose che che non appartiene o non che non gli possono appartenere, come il possesso dell'*ager publicus*. Così il possesso non è accompagnato dalla proprietà o da altro diritto.

Gai.II, 93

*Ususfructuarius uero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet ius utendi fruendi.*

Gai.II, 94

*De illo queritur, an per eum servuum, in quo usufructum habemus, possidere aliquam rem et usucapere possimus, quia ipsum non possidemus.*

In questi due frammenti, Gaio ha espresso chiaramente che l'usufruttuario non possiede l'oggetto dell'usufrutto. Per questo motivo, l'usucapione non può accadere e si può possedere e usucapire per lo schiavo in usufrutto.

Fin'ora, abbiamo analizzato la natura del possesso. Dalle testimonianze nelle fonti sappiamo che, nel diritto romano, il possesso è sempre uno stato di fatto, separato evidentemente dal diritto. Però, la natura di fatto del possesso non nega che

esso produca effetti giuridici, e il diritto privato lo tutela condizionalmente. Insomma, la natura del possesso è il punto meno discusso in tutta la teoria del possesso, e le opinioni dei giuristi romani (soprattutto quelli classici) sono chiare e unanimi.

## Capitolo II Le varie specie del possesso: distinzioni concettuali ed effetti e regole operative

Nel capitolo precedente, abbiamo analizzato la nozione e la natura del possesso. Sappiamo che il possesso è una signoria di fatto sulla cosa costituita da due elementi essenziali, cioè quello obiettivo: la signoria fisica della cosa dalla parte degli uomini, e quello soggettivo: la volontà di aver la cosa a propria disposizione e di escludere l'intervento degli altri. Questa è la nozione del possesso, chiara e semplice. Possiamo chiamare "possesso" tutti i rapporti che corrispondono a questa nozione. Però, in realtà, ci sono diverse figure del possesso: *in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae*. Nonostante tutte sono possesso, in fatti hanno diversi caratteri e quindi, diversi effetti giuridici, ad es. alcune sono costituite sulla *iusta causa*, alcune no; alcune sono accompagnate la "buona fede" del possessore, alcune no. Quindi, per procedere una ricerca accurata e profonda sul tema del possesso, bisogna dividere il possesso in diversi gruppi e li ricercare separatamente.

### 1 *possessio naturalis e possessio civilis*

La distinzione *possessio naturalis*–*possessio civilis* è quella più importante e più fondamentale nel diritto romano. Nelle fonti non è difficile trovare le espressioni *possessio naturalis*, *possidere naturaliter*, *corporaliter possidere*, o *possidere civiliter*, *iure civili possidere*. Però, come quasi tutti i punti nella teoria del possesso, i giuristi romani non hanno lasciato le definizioni precise e li usavano nel modo più o meno libero. Per questo motivo, i giuristi moderni non risparmiavano gli sforzi per definire i significati precisi di questi due concetti. Tra tutte le teorie su questo tema, due hanno importanza più rilevante. Una è posta da Savigny in cui si tiene la *possessio naturalis* include sia la detenzione sia il possesso ad interdetti, e la *possessio civilis* significa il possesso ad usucapione. L'altra è posta da Riccobono in cui si tiene che nel diritto Giustiniano, la *possessio naturalis* vuol dire solo la detenzione e la *possessio civilis* include il possesso ad interdetti e il possesso ad usucapione.

Il Savigny riteneva che la *possessio naturalis* ha significato duplice."La

espressione *naturalis possessio* è usato in doppio significato. Infatti ogni possesso, secondo sua nozione originaria, costituisce un rapporto naturale, e perciò a disegnarlo per tale non occorre espresso attribuito. Ma dapoiché esso acquista, sotto talune condizioni, il valore di un diritto, a cosifatto possesso giuridico si contrappone il non giuridico, a cui quelle condizioni mancano. Ecco dunque per noi stabilito un doppio possesso giuridico, ed a rincontro un doppio possesso naturale".

"Il possesso naturale della prima specie, contrapposto a civile, dinota ogni detenzione sfornita della qualità necessaria all'usucapione, né altro di giuridico, oltre a tal negazione, contiene: ond'è ch'esso egualmente comprende la specie detenzione non punto giuridica, ed il possesso giuridico insufficiente alla usucapione. In questo senso appunto si attribuisce al creditore il possesso naturale del pegno, e parimente una donazione tra i coniugi produce un semplice possesso naturale. Il luogo contenente questo ultima regola è servito più a precisare la nozione del possesso civile, ma esso non è meno in acconcio del possesso naturale."

"Il possesso naturale della seconda specie, contrapposto al possesso propriamente detto, dinota una detenzione insufficiente ad ottenere, non che la usucapione, gli stessi interdetti. Esso dunque differisce dal primo inquantoché nega assai più: onde colui che possiede naturalmente in questo secondo senso, così fa nel primo; ma un possesso naturale della prima sorta può essere un possesso vero e giuridico, epperò non aver punto che fare con questo, come l'addotto esempio della donazione tra i coniugi evidentemente dimostra".<sup>68</sup>

A proposito di *possessio civilis*, il Savigny riteneva che"applicando tale significato della parola *civilis* al possesso civile, bisognerà intendere per tale un possesso riconosciuto dal diritto civile, cioè a dire tale possesso, dalla esistenza del quale dipende se una regola del diritto civile si debba o no applicare. Ma in tutta la ragione civile non havvi che un solo diritto, la cui applicazione presupponga il possesso, e questo diritto è la usucapione. Dunque *civiliter possidere* è sinonimo di *ad*

---

<sup>68</sup> Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857, p.29

*usucapionem possidere*".<sup>69</sup>

"Oltracciò, la esistenza del possesso in generale, senz'altro giuridico attribuito, basta per dar luogo agli interdetti, anche quando tale possesso abbia avuto ingiusto cominciamento: egli è dunque il possesso propriamente detto, senz'altra giunta, il fondamento proprio degli interdetti".

Concludendo, secondo il Savigny, il significato di *possessio civilis* è chiaro, cioè il possesso ad usucapione. E il possesso proprio è il possesso ad interdetti. Siccome l'usucapione anche suppone il possesso propriamente detto, ma altro questo si richiede che il possesso sia cominciato di buona fede ed a giusto titolo (*bona fides et iusta causa*), e che la cosa posseduta non sia particolarmente eccettuata dall'usucapione (*res furtiva, vi possessa*, ecc), cioè il possesso conducente all'usucapione ha alcune condizioni di più di quello idoneo agli interdetti, quindi, la *possessio civilis* sempre appartiene alla possesso propriamente detto, ma l'ultimo include non solo *possessio civilis*. E la parola *possessio naturalis* si usa in due livelli logici. Da un canto, significa la mera detenzione, cioè il solo fatto, senza nessun significato o effetto giuridico. In questo senso, si oppone alla parola possesso propriamente detto. Da altro canto, significa il possesso proprio, senza effetto di usucapione. E in questo senso, si oppone alla parola *possessio civilis*. Per distinguere questi due significati, non c'è un criterio oggettivo, bisogna riferire e analizzare il testo in cui apparisce la parola.

Anche il Bonfante, nonostante la base della sua teoria è diversa da quella di Savigny, è d'accordo con l'ultimo che nel diritto romano il concetto *possessio naturalis* ha due significati. Secondo lui "la *possessio naturalis* pare un gran bolgia, in cui rientrano tanto l'*esse in possessione*, la mera detenzione, in tutte le varie sue sfumature, dal possesso dello schiavo a quello dell'usufruttuario, quanto il vero possesso, il cosiddetto possesso giuridico".<sup>70</sup> Quindi anche il Bonfante ritiene che la *possessio naturalis* include non solo la detenzione, ma anche il possesso ad interdetti.

---

<sup>69</sup> Id., p.20

<sup>70</sup> Bonfante, P., "La *possessio civilis* e la *possessio naturalis*", in *Scritti vari giuridici* vol. III, p.549

A proposito della *possessio civilis*, il Bonfante ritiene che nel diritto romano, la *possessio civilis* significa la *possessio ex iusta causa*, e questo tipo del possesso non è più uno stato di fatto, ma un vero diritto. "*Possessio ex iusta causa*, è costituita nel diritto classico ora un *in bonis*, ora una *bonae fide in possessio* in senso stretto. In tutti questi casi il possesso era, non altrimenti che la proprietà, difeso contro i terzi mediante vere azioni. Erano azioni di varia natura, in genere fittizie". "Nel diritto romano, esisteva un'antitesi tra due specie di possesso: l'uno è veramente un diritto garantito mediante azione; l'altro è un mero fatto, da cui solo eventualmente possono scaturire diritti. Il possesso come diritto, in generale, è il possesso basato sopra una *iusta causa*. Il possesso come fatto è il possesso interdittale o giuridico, nel quale concorrono i due elementi essenziali, ma fa difetto la causa".<sup>71</sup> Quindi, secondo il Bonfante, la vera differenza tra la *possessio naturalis* e la *possessio civilis* è la differenza tra il fatto e il diritto. Nello stesso tempo, il Bonfante si oppone l'opinione del Savigny che la *possessio civilis* è il possesso ad usucapione. Perché l'usucapione esige anche la *possessio naturalis*, cioè la vera *possessio*, mentre come un diritto, la *possessio civilis* astrae dalla relazione materiale colla cosa e non implica necessariamente la *possessio naturalis* in senso di *animo et corpore*. Quindi chi ha perduto il possesso che teneva *ex iusta causa*, continua a possedere *civiliter* e può intentare l'azione Publiciano o altra, invece è pur certo che il possesso ad usucapione ha subito un *naturalis interruptio* in questo caso. Per questo motivo, non è giusto uguagliare la *possessio civilis* e il possesso ad usucapione. Quindi, si può dire che il Bonfante era d'accordo con il Savigny nel punto che la *possessio naturalis* ha due significati diversi nel diritto romano, però, circa il senso della *possessio civilis*, le loro opinioni sono diverse.

Non consentendo con Savigny e Bonfante, il Riccobono ha posto la sua opinione sui significati dei termini *possessio naturalis* e *possessio civilis* nel diritto romano. Ritiene che nel diritto romano, questi due termini non sono usati in modo preciso soprattutto nel diritto Giustiniano i compilatori hanno cambiato in modo implicato i

---

<sup>71</sup> Id., p.562

significati di questi termini nel diritto classico. Secondo esso, nel diritto classico, i significati di questi due concetti sono seguenti: *possessio naturalis* significa invariabilmente l'elemento materiale del possesso. Quest'elemento è essenziale della *possessio civilis* o possesso ad interdetti, ma esso può anche presentarsi isolato, ed allora costituisce la *possessio naturalis* in senso tecnico. *Possessio civilis* è il rapporto del possesso fondato mediante una causa riconosciuta idonea dal *ius civile* o *ius gentium* all'acquisto del *dominio*. Il fulcro della *possessio civilis* è la causa. E quando essa è riconosciuta dal diritto positivo, eleva il fatto del possesso nell'orbita del possesso civile. Infatti essa rappresentava un elemento giuridico nel possesso, così si può dire che la *possessio civilis* è un rapporto di fatto che ha *plurimum iuris*. E la possesso ad interdetti o semplicemente possesso è un rapporto di mero fatto, che si stabilisce con la volontà di tenere la cosa in maniera libera ed esclusiva. Cotal relazione di fatto è senza la causa per giustificarla, però comunque è protetto mediante interdetti per motivi di ordine pubblico.<sup>72</sup>

Queste sono le definizioni nel diritto classico. Nel diritto Giustiniano, secondo il Riccobono, i significati di questi termini sono cambiati.

Nel frammenti D.43, 16, 1, 9–10, Ulpiano dice

*Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.*

*Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus.*

Il Riccobono riteneva che questo frammento sia interpolato. Il testo originario deve essere così: *Deicitur is qui possidet nec vi nec clam nec precario ab adversario; iuste vel iniuste adversus eteros possides nihil refert nam et iusta possessio ad hoc interdictum pertinet*. Con l'intenzione di contrariare ogni violenza nel diritto postclassico, i compilatori potevano scrivere *sive civiliter sive naturaliter possideat* nel senso che *interdictum unde vi* ora era concesso non solo al possessore *ad interdicta*, ma anche al semplice detentore, cioè usufruttuario. Se questo è vero, ne

---

<sup>72</sup> Riccobono, S., "La teoria romana dei rapporti di possesso", in *Bull. XXVIII*, p.10–12

deriva che Giustiniano, con la interpolazione di questo frammento, non intende alterare il significato di *possessio naturalis*, che indica sempre la detenzione, ma invece venne ad alterare il significato di *possessio civilis* in quanto ora *civiliter possidere* significa non solo si dice di chi possiede con la causa, ma anche di chi possiede *ad interdicta*.<sup>73</sup> Questo vuol dire che nel diritto Giustiniano, la *possessio civilis* includeva non solo il possesso *ex iusta causa*, ma anche il possesso ad interdetti. Il motivo di questo cambiamento è che Giustiniano voleva ridurre ad unità il possesso civile ed il pretorio con l'intenzione di abolire la distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*. Egli confuse quindi la terminologia e sfigurò insieme la struttura così essenziale delle due categorie di possesso, quando con la denominazione *civilis possessio* volle intendere qualsiasi rapporto che produce effetti giuridici, comprendendovi pure il possesso interdittale.<sup>74</sup>

L'opinione di Riccobono ha subito attacco dalla parte di Albertario, secondo cui, i significati di questi due termini nel diritto classico sono chiari: *possessio naturalis* significa la mera detenzione; *possessio civilis* vuol dire la *possessio ex iusta causa*. E nel diritto Giustiniano, la *possessio naturalis* tanto la detenzione quanto il possesso semplice, *ad interdicta*, il senso della *possessio civilis* restava come prima.

Torniamo al frammento D.43, 16, 1, 9–10, secondo Albertario, la ricostruzione del testo di Riccobono è giusta, ma la sua ragione è sbagliata. Per questo frammento, Riccobono voleva dimostrare che il motivo per cui i compilatori cambiava il testo è che nel diritto postclassico *interdictum unde vi* si applicava anche al mero detentore, come l'usufruttuario. Albertario si oppone. Secondo esso, all'usufruttuario–detentore aveva già nel diritto classico accordato in via utile l'*interdictum unde vi*. E alla concessione Giustiniana dell'interdetto in via diretta anziché in via utile–introdotta nel frammento D.43, 16, 3, 13–si comprende soltanto se si tiene che l'usufruttuario ha nella nuova epoca la *possessi iuris* e che perciò i compilatori erano indotti a togliere ciò che con la nuova costruzione dell'istituto anche formalmente contrastava.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.23

<sup>74</sup> Riccobono, S., "La teoria romana dei rapporti di possesso", in *Bull. XXVIII*, p.20

<sup>75</sup> Albertario, E., "La terminologia del possesso", in *Bull. VII*, p.281

Insomma, nel diritto giustiniano l'usufruttuario era già vero possessore. Se *interdictum unde vi* si applicava anche al mero detentore, perché era escluso il colono? Grazie al cambiamento fatto dai compilatori, il Riccobono ritiene che con l'espressione *possessio civilis* i bizantini abbiano voluto indicare anche il semplice possesso interdittale. Però, infatti, lo scolaste riconduce il possesso del coniuge donatario, un esempio, anche per Riccobono di possesso interdittale, alla *possessio naturalis*.<sup>76</sup>

Per combattere l'opinione di Riccobono, l'Albertario ha analizzato parecchi frammenti sia nelle fonti latine sia nelle fonti Greche i quali non possiamo citare qui. Alla fine, conclude l'Albertario, "scomparsa la distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*, nella codificazione Giustiniana e nelle fonti Bizantine la *possessio ad interdicta* non può se non per un mero ricordo storico essere considerata come una categoria a sé stante. A questo riguardo il Riccobono ha indubbiamente ragione. Dove egli, a mio avviso, erra, è nel ritenere che la *possessio ad interdicta* sia stata fuse nella categoria della *possessio civilis* e formi una sol cosa con questa: mentre, secondo quanto dimostra l'esegesi dei testi interpolati e l'indagine condotta attraverso le fonti Bizantine, la *possessio ad interdicta* vien riassorbita nella categoria della *possessio naturalis*, che, a questo modo ampliandosi, diventa nella epoca nuova una categoria ibrida ed equivoca: una categoria, in cui la precisione mirabile della terminologia romana si smarrisce completamente. In modo violento si offusca la chiara della nozione di possesso, dal momento che si spegne l'antitesi tra il possesso e la detenzione e i due opposti istituti sono indicati dalla stessa terminologia". "Concludendo, l'acuta indagine del Riccobono, per quanto sia riuscita a fissare chiaramente il significato della terminologia—*possessio civilis*, *possessio naturalis*—nel diritto classico, per quanto sia riuscita a cogliere esattamente le numerose interpolazioni Giustiniane, non ha saputo apprezzare adeguatamente il risultato derivante dalle interpolazioni eseguite".<sup>77</sup>

La distinzione tra la *possessio civilis* e la *possessio naturalis* ha una importanza

---

<sup>76</sup> Id., p.283

<sup>77</sup> Albertario, E., *Corso di diritto romano*, 1948, p.206

fondamentale nella materia del possesso del diritto romano. Queste terminologie i giuristi romani usavano spessissimo, però, circa i loro significati precisi, hanno lasciati tanti dubbi. Fin qui, abbiamo introdotto qualche teoria importante su questo punto. Il Savigny ritiene che nel diritto romano la *possessio civilis* significa il possesso ad usucapione, e la *possessio naturalis* si usava in due sensi: o la mera detenzione, o il possesso ad interdetti. Il Bonfante e l'Albertario, sebbene non consentono la teoria del Savigny totalmente, però, approssimativamente, stanno alla parte del Savigny. Il Riccobono, invece, ha posta una teoria diversa. Secondo esso, i significati di questi termini ha subito i cambiamenti nel diritto Giustiniano. Precisamente, nel diritto postclassico, la *possessio civilis* indica non solo la *possessio ex iusta causa*, ma anche la *possessio ad interdicta*. Questa opinione è un po' particolare, e ha subito le critiche dalla parte dell'Albertario. A mio avviso, il concetto di *possessio civilis* nel diritto classico riguarda non solo la protezione interdittale, ma anche l'usucapione. Quindi se il significato di questo concetto ha subito un cambiamento così profondo, si deve lasciare qualche traccia corrispondente anche nella teoria dell'usucapione nel diritto postclassico. Però, non l'ha trovata neanche il Riccobono. Per questo motivo, mi pare la teoria di Albertario (non di grande differenza con quella di Savigny e Bonfante) sia più plausibile.

## **2 Il possesso di buona fede ed il possesso di male fede**

Un'altra distinzione importante del possesso nel diritto romano è il possesso di buona fede–il possesso di male fede. L'importanza di questa distinzione si incarna negli effetti del possesso, soprattutto nei campi dell'usucapione, l'acquisto dei frutti ed il rimborso delle spese, ecc.

Il concetto del possesso di buona fede si usa in due sensi diversi nel diritto romano, l'una più generale e l'altra più ristretta. È possessore di buona fede in generale chi tratta la cosa come propria senza coscienza di ledere altrui diritti. Non si richiedono, insomma, altri requisiti se non quelli che la frase esprime: il possesso e la buona fede

del possessore,<sup>78</sup> e non è neanche necessario che il possessore ritenga erroneamente proprietario dell'oggetto che il suo possesso venga considerato di buona fede: è solo richiesto che egli abbia la coscienza di non arrecare torto ad alcuno.<sup>79</sup> Nel diritto antico l'acquisto del possesso intervenuto senza lesione dalle ragioni del precedente possessore, con il decorso del tempo, all'acquisto del diritto per usucapione. In questo periodo dunque né titolo né buona fede erano requisiti dell'usucapione, sebbene sin d'allora limite al possesso come modo di acquisto del *dominio* fosse l'assenza di una lesione altrui nella *adprehensio* in sé considerata, come la prescrizione relativa all'usucapione nelle XII tavole.

Tale assenza di evidente lesione altrui era concepita in modo affatto negativo e estrinseco, bastando che il possesso non fosse stato acquistato mediante il furto. Come bene osserva il Venezian, qui è il germe del principio che atto all'usucapione è il possesso iniziato senza usurpazione evidente, senza lesione del possesso altrui, astrazione dello stato dell'animo del possessore.<sup>80</sup>

In seguito, affinatosi il senso giuridico, il concetto dell'assenza di lesione subì una trasformazione e venne configurato in modo positivo: non si ritenne più sufficiente l'esclusione del furto o dell'usurpazione nell'acquisto del possesso, ma si richiese che questo fosse giustificato. Fu così introdotto il requisito della *iusta causa*, la quale consiste in un rapporto col precedente possessore tale da fare indurre che l'acquisto del possesso non implichi violazione dell'altrui diritto. Nello stesso tempo, si deve aggiungere un altro requisito per portare l'usucapione, cioè la buona fede, nel senso che l'assenza della coscienza e della volontà di ledere altrui diritto (naturalmente anche essa al momento dell'acquisto del possess).

Questo è il senso più ristretto del possesso di buona fede, cioè il possesso riunisce il sé tutti i requisiti per condurre all'usucapione, quindi non soltanto la buona fede, ma anche una causa giustificativa dell'acquisto (*iusta causa possidendi*) e senza i vizi nell'oggetto. Il possesso di buona fede in questo senso è molto più importante

---

<sup>78</sup> Id., 1948, p.184

<sup>79</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.44

<sup>80</sup> Montel, A., *Il possesso di buona fede*, Padova, 1935, p.10

nel diritto romano, perché esso produce gli effetti giuridici importanti. Invece, è possessore di male fede chi detiene la cosa con la coscienza di ledere la sfera dell'altrui diritto, unicamente al fine di possedere. Dande l'aforisma relativo a questa specie di possesso: *possideo quia possideo*.

Ora, vediamo gli effetti giuridici che derivano dal possesso di buona fede, soprattutto quello del senso ristretto. Come abbiamo già visto, l'effetto giuridico più importante del possesso di buona fede è l'usucapione. *Iusta causa* e la buona fede sono due elementi necessari nel diritto romano per l'usucapione. Però, dapprima questo secondo requisito assunse una funzione meramente integrativa della *iusta causa*, la quale da sola ormai più non soddisfaceva la esigenza della coscienza giuridica romana, in seguito poi la sua funzione secondaria andò assumendo una importanza sempre finché, per una parte dei giureconsulti, la *iusta causa usucapionis* cessò di venir richiesta ed in suo luogo sottentrò la *iusta erroris causa*, base ad argomento della *bona fides*.

Si cominciò a sentire che l'esistenza del titolo, come giustificazione oggettiva dell'acquisto del possesso, non aveva valore se non in quanto costituiva il substrato di una causa soggettivamente giusta, ciò, che la posizione acquisita del possessore era meritevole di tutela non tanto perché di fatto questi avesse rispettato il diritto, quanto piuttosto perché egli aveva voluto agire conforme al diritto. E si giunse ad ammettere l'influenza di una causa soggettivamente giusta là dove mancava il substrato di una causa giusta oggettivamente e ad equiparare al titolo reale il titolo putativo.

D.41,10,5,1

*Nerva 5 membr.*

*Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emissem id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

In questo frammento Nerazio credeva che nel caso in cui qualcuno possedeva una cosa, pensando che questa cosa sia comprata dallo schiavo o dal defunto del quale

egli era erede, mentre infatti la compravendita non aveva avuto luogo, l'usucapione di poteva effettuare. Perché "*quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est*".

D.41,4,11

*Africanus 7 quaest.*

*Quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.*

In questo frammento, Africano affermava la stessa opinione. Diceva che il possessore chi deteneva la cosa, ritenendo a torto di aver acquistato, non poteva usucapire, perché "*nullam iustam eius erroris emptor habeat*". Invece, quando lo schiavo o mandatario affermava di averla acquistata e in questa base effettuata la tradizione della cosa, l'usucapione può accadere, perché in questo caso *iusta causa erroris* esisteva.

La giurisprudenza posteriore reagì contro della dottrina del titolo putativo. Però, nel Digesto possiamo ancora trovare i frammenti senza modificazione di Nerazio, Pomponio, ecc. che corrispondono alla dottrina del titolo putativo. Quindi, come, osserva il Bonfante, anche i compilatori credevano "l'errore scusabile ha lo stesso effetto della *iusta causa*".

Fin'qui, abbiamo analizzato il primo effetto giuridico del possesso di buona fede—usucapione. Per effettuare l'usucapione, ci vogliono due elementi fondamentali— quello oggettivo, cioè *iusta causa* e quello soggettivo, cioè la buona fede. Da qui deriva il concetto del possesso di buona fede nel senso stretto. Tra questi due elementi, la buona fede diventava sempre più indipendente e più importante, alla fine nel caso in cui mancava una vera *iusta causa*, un errore scusabile giustifica l'usucapione.

Salvo l'usucapione, il possesso di buona fede ha altri effetti giuridici. Nel periodo imperiale, accanto all'usucapione, la quale, come modo d'acquisto del *dominium*, non trovava applicazione dovunque non fosse possibile proprietà romana,

fu introdotto la *longi temporis praescriptio*. In principio essa non ebbe gli stessi requisiti dell'usucapione. Soltanto nell'epoca romano-ellenica, dopo Gordiano, la *longi temporis praescriptio* andò assumendo i requisiti limitativi dell'usucapione e assimilandosi a questa negli effetti, finché poi il diritto giustiniano la trasformò in un vero e proprio modo dell'acquisto del *dominio* e la fuse con l'usucapione in un nuovo istituto che assunse i requisiti di entrambe (prescrizione triennale per i mobili, decennale o ventennale per gli immobili).<sup>81</sup>

Il possessore di buona fede anche ha il diritto di acquistare i frutti. Sin dal diritto romano più antico chi aveva acquistato il possesso senza evidente lesione del possesso altrui faceva suoi anche i frutti della cosa stessa. Introdotti per l'usucapione i requisiti del titolo e della buona fede, non è improbabile che in un tempo primo il campo entro il quale tale acquisto si svolgeva fosse circoscritto degli stessi limiti che circoscrivono l'acquisto per usucapione della cosa provinciale; l'esame delle fonti mostra però come già in diritto classico le norme che regolavano l'acquisto dei frutti fossero rese indipendenti da quelle relative all'usucapione e come siffatta indipendenza abbia avuto per risultato un notevole affievolimento della *iusta causa* e per contro l'attribuzione di una importanza sempre maggiore alla buona fede.

Se infatti, la *iusta causa* trovava, quale espressione dell'assenza di lesione nella presa del possesso, la sua ragione di essere nell'usucapione, in quanto con essa si intendeva porre un limite all'acquisto del *dominio* mediante possesso, avrebbe però trasceso lo scopo stesso qualora fosse stata richiesta per l'acquisto del dominio sui frutti, rispetto al quale doveva essere non tanto all'assenza di lesione nel momento della presa di possesso della cosa ed allo stato soggettivo del possessore in quel momento, quanto piuttosto all'esistenza della buona fede al momento della separazione dei frutti.

La differenza non venne meno in diritto giustiniano, nonostante l'aumentata importanza della buona fede nell'usucapione, giacché, mentre per questa continuò a valere il principio *mala fides superreniens non nocet* e la *iusta causa erroris*

---

<sup>81</sup> Id., p.14

mantenne, come si vede, per limite l'errore di diritto, per l'acquisto dei frutti la buona fede doveva sussistere in ogni momento e non era esclusa da un errore di tal genere.

Il possessore di buona fede anche ha gli altri diritti, ad es. egli ha il diritto al rimborso non delle sole spese necessarie come il possessore di male fede, ma anche, entro certi limiti, delle spese utili; e in genere egli non risponde dei deterioramenti recati alla cosa; verso la fine della repubblica egli è tutelato con *actio publiciana* contro la perdita del possesso.<sup>82</sup>

Siccome nel diritto romano il possesso di buona fede produce questi effetti giuridici, tanti giuristi, come il Bonfante, ritengono che il possesso di buona fede non è più il fatto, ma un vero diritto. Ad esso si estendono le norme della proprietà in ordine all'acquisto e alla perdita, ai divieti di alienazione, al vincolo dotale, ecc. E nelle fonti i Romani non hanno dubbio di annoverarlo fra le cose *quae nostri patrimonii sunt* (D.10, 2, 10) e di computarlo *in bonis* (D.50, 16, 49).<sup>83</sup>

### **3 *possessio iusta* e *possessio iniusta***

L'ultima classificazione importante del possesso nel diritto romano è *possessio iusta* e *possessio iniusta*. Secondo il Savigny "*Justem*", generalmente, trovasi usato dai giureconsulti romani in doppio significato: qualche volta riferirsi al *ius (civile)*, ed allora suona il medesimo che *civile* ovvero *legitimum*; come per esempio, nelle espressioni *matrimonium justum*, *justa traditionis causa*, ecc. Ma in altri luogo il suo senso vedesi molto meno determinato, e denota ciò che generalmente è conforme al diritto, come nelle espressioni *absentia justa*, *error justus*, ecc. In ragionamento di possesso, il vocabolo *justum* è usato nel secondo significato, e *possessio iusta* è quindi un possesso al quale si ha diritto, sia peraltro giuridico, o pur no".<sup>84</sup>

Da questa definizione della *possessio iusta*, come ha sottolineato il Savigny, si deve distinguere *possessio iusta* e il possesso giuridico, cioè il possesso proprio. La nozione di giusto possesso non riscontrandosi con nessuna delle due specie del

---

<sup>82</sup> Id., p.16

<sup>83</sup> Albertario, E., *Corso di diritto romano*, p.185

<sup>84</sup> Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857, p.31

possesso giuridico, tutta la detta divisione in una teoria di possesso giuridico è di poco momento. Per questo motivo, la conclusione *iuste possidet, ergo possidet* deve essere evitata. Precisamente, il concetto di *possessio iusta* si riferisce ai vizi del possesso, e qualunque possesso cominciato *nec vi, nec clam, nec precario* può chiamarsi *possessio iusta*. Quindi, il significato della *possessio iusta* non si può definire in maniera generale, invece, si deve riguardare all'applicazione pratica.

L'opinione di Riccobono sulla *possessio iusta* o *iniusta* è più complicata. Secondo egli, il concetto della *possessio iusta* assume il significato diverso secondo che venga riferita al *ius civile* ovvero al *ius honorarium*. Per *ius civile*, la *possessio* è *iusta*, sempre che si fondi su di una causa da esso determinata: vale a dire su di una *iusta causa*. E secondo le fonti anche la *possessio* autorizzata o concessa dal pretore si considera *iusta* agli effetti del *ius civile*.

E per *ius honorarium* la *possessio* è *iusta* sempre che si realizzi *nec vi nec clam nec precario*, e qualunque possesso avendo uno di questi vizi è considerato come *iniusta*. Questa classificazione del possesso non è assoluta. Perché il medesimo rapporto possessorio può essere giusto od ingiusto, secondo la persona contro lui si fa valere, ad es. il possesso del precarista è giusto verso i terzi, e ingiusto verso il concedente.

Sia *iusta* od *iniusta*, la *possessio* gode sempre della tutela interdittale. Nel caso di *possessio iniusta*, però, il pretore accorda la sua protezione contro tutti, fuorché contro colui nei confronti del quale il possesso sia esercitato viziosamente. L'unica eccezione è l'*interdictum de vi armata*, quale è esperibile anche contro la persona nei cui confronti si possieda viziosamente. Questi principi si desumono dai seguiti testi nelle fonti: D.41.2.53, D.43.1.2pr.

Uno stesso rapporto possessorio può essere ingiusto rispetto al *ius civile*, ma giusto rispetto al *ius honorarium*. Ciò si verifica quando esso non si fondi su di una *iusta causa*, ma non sia peraltro inficiato da *vitia possessionis*. Tipico possesso di questo genere è quello basato sulla donazione tra coniugi. Questa donazione non è riconosciuta dal *ius civile*. Però, il coniuge donatario gode la tutela interdittale, perché

il suo possesso è *nec vi nec clam nec precario*, anche nei confronti del donante.<sup>85</sup>

Questa è l'opinione principale sulla *possessio iusta* o *iniusta* del Riccobono. Diverso dal Savigny, egli discute il significato della *iusta possessio* in due livelli: *ius civile* e *ius honorarium*. Quindi la *possessio iusta* è un concetto relativo non solo nel senso che contro diverse persone le conclusioni possono essere diverse, ma anche significa che secondo diversi diritti (*ius civile* ed *ius honorarium*), le conclusioni possono anche essere diverse. Però, purtroppo, su questo punto importante, il Riccobono ha discusso brevemente e non ha posto i testi nelle fonti che possono provare la sua opinione direttamente. Quindi, per questo punto, ci vuole ancora lo studio meticoloso e profondo.

Questo lavoro è fatto dalla Bozza. Anche essa riconosce che le fonti non ci danno un concetto univoco per la *possessio iusta*. In diversi testi i significati restano diversi. La complicazione di questo concetto è decisa dalla complicazione del processo storico del diritto romano. Le diverse *iustae possessiones*, irriducibili ad un tipo unico, rappresentano vestigia di stratificazioni giuridiche: stratificazioni che dovevano avverarsi per forza di cose nella lunga evoluzione storica dell'istituto. Il nostro compito è, quindi, quello di inquadrare ciascuno dei concetti, ciascuna figura, nella propria epoca.

Nella prima epoca, il senso della *possessio iusta* è chiaro: la *possessio iusta* significa il possesso *nec vi nec clam nec precario*. E nelle fonti non è difficile trovare i testi che corrispondono a questa conclusione.

Gai.IV, 151;

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

---

<sup>85</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.42

*id est aut vi aut clam aut precario ab adversario acquisitam, non datur accessio; nam ei possessio sua nihil prodest.*

Gaio dichiara che per l'interdetto utrubi può essere utile non solo il proprio possesso, ma anche altrui quando sia permesso di aggiungere, per il computo del tempo, questo al proprio. Pertanto, se, aggiungendo al nostro possesso quello giusto di un altro, il tempo complessivo supera quello dell'avversario si vincerà. Ma, se noi avremo un possesso vizioso di fronte all'avversario, non sarà ammesso l'*accessio*, perché il nostro possesso non è utile.

Secondo la Bozza, nel caso dell'*accessio* del tempo per l'interdetto Utrubi, se dal possessore attuale si richiede una simile *possessio*, è ovvio che quella *alterius*, di cui si può usufruire per l'*accessio*, debba avere gli stessi requisiti, debba cioè essere anche *nec vi nec clam nec precario* nei fronti di colui contro il quale si fa valere. Quindi la *iusta possessio* di cui parla Gaio non può avere che questo significato. E, se dal caso specifico dell'utrubi risaliamo ai principi generali della difesa interdittale, abbiamo la riprova che questo è l'unico requisito del possesso richiesto dal pretore per concedere la protezione.

Però, c'è anche l'opinione diversa. Secondo il Donatuti, qui *iusta possessio* non è il possesso non vizioso nei rispetti di colui contro il quale si fa volere, cioè il possesso *nec vi nec clam nec precario ab adversario*, ma il possesso non vizioso in modo assoluto.

Per questa opinione, la Bozza ha posto le sue interpellanze: perché allora, secondo quanto afferma il Donatuti, Gaio, trattando di un interdetto, avrebbe dovuto avere dinanzi non questa figura, ma quella non viziosa in modo assoluto, se questo non è mai presa in considerazione nella tutela interdittale? Nel caso specifico, poi si arriverebbe a questa conclusione balorda, che, se il precedente titolare possedeva *vi clam o precario*, ma non da colui contro il quale si fa valere l'Utrubi, non potrebbe l'attuale valersi, per *accessio*, del suo possesso. E perché se per l'attuale possessore è richiesto un possesso non vizioso nei rispetti dell'avversario, per il precedente non dovrebbe bastare? Perché per questo dovrebbero essere richiesti maggiori? Queste interpellanze, secondo la Bozza, non si possono superare, e la interpretazione di

Donatuti è insita del grave difetto di voler per forza far dire ai testi quello che non dicono.

Però, dalla seconda epoca, precisamente, dall'ultimo periodo dell'epoca classica, i giuristi usavano *possessio iusta* non solo nel senso *nec vi nec clam nec precario*, ma anche nel senso di *possessio ex iusta causa*. Vediamo un esempio nella fonte:

D.43, 16, 1, 9–10, Ulpiano 69 ad. ed

*Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.*

*Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus.*

Si crede generalmente che il §9 è stato interpolato dai compilatori. Il testo originario dell'Ulpiano, secondo il Riccobono (alla sua opinione aderiscono tanti giuristi importanti), dovrebbe essere così;

*Deicitur is qui possidet (nec vi nec clam nec precario ab adversario; iuste adversus ceteros) possideat (nihil refert): nam et (iniusta) possessio ad hoc interdictum pertinet.*

Il Riccobono ha anche dimostrato che i paragrafi 9 e 10 erano diretti a commentare le parole della formula edittale *vi deiecisti*. In essi Ulpiano dichiarava che era ritenuto *deiectus* solo colui che non possedeva *vi clam aut precario*. Nel concetto romano, dice il Riccobono, esisteva una connessione inscindibile fra l'intelligenza di *deiectio* ed i vizi del possesso. Perciò Ulpiano, nel commentare le parole *vi deiecisti* della clausola, doveva necessariamente far menzione dell'assenza dei *vitia possessionis*, perché chi possiede con il vizio rispetto all'avversario non si considera *deiectus* ai fini di *Unde vi*. Il §10 del testo di Ulpiano, egli aggiunge, ha residui della illustrazione originale, che il giurista faceva della ulteriore qualifica del possesso, che può essere *iusta* od *iniusta*; qualifica che è indifferente per interdetto. L'esempio residuo riguarda il possesso del coniuge donatario, che è ingiusto e, tuttavia, protetto.

Quindi qui Ulpiano, riferendo il possesso del coniuge donatario come un possesso *ex iniusta causa*, parlava di *possessio iusta* nel senso di *possessio ex iusta*

*causa* e ne parlava a proposito degli interdetti e della tipica *possessio nec vi nec clam nec precario*.

Qui si vede che Ulpiano ravvicinava i due concetti *iusta possessio* e *possessio ex iusta causa*, poiché, per la correlazione del *denique*, *iniusta* viene ad essere la *possessio* del coniuge donatario, che è *ex iniusta causa*, ma non certo vizioso, nel senso della tutela interdittale.

Nell'epoca postclassica e giustiniana, il significato di questo concetto si trasformava di nuovo. Avendo analizzato due frammenti C.7, 39, 81 e C.7, 31, 1, 3 ed altri frammenti interpolati nel Digesto (D.41, 2, 24; D.41, 2, 11; D.6, 2, 1, 3 ecc), la Bozza ritiene che nell'epoca nuova, la *possessio iusta* significa il possesso all'usucapione, cioè il possesso non solo *ex iusta causa*, ma anche di buona fede.

L'opinione di Bozza assimila a quella di Riccobono, ma essa ha indicato che i diversi significati della *iusta possessio* erano in diverse età. Quindi per fissare il senso preciso, si deve riguardare la fase storica in cui il testo sotto l'analisi era nato.

La ragione di questo fenomeno, a mio avviso, è la complicazione del processo storico del diritto romano. In origine, il concetto *possessio iusta* è nato per la protezione interdittale. Sebbene tutti i possessi sono protetti dai interdetti, però quando un possesso ha vizi di *vi clam* o *precario* in fronte all'avversario, il possessore non può essere tutelato. L'unica eccezione è *interdictum de vi armata*. Quindi originariamente la *possessio iusta* importava solo nel campo della protezione interdittale e non ha nessuna relazione con l'usucapione. Nell'epoca posteriore, quando *iusta causa* diventava un elemento necessario per l'usucapione, i giureconsulti a volte chiamava *possessio iusta* anche la *possessio ex iusta causa*. Nell'epoca giustiniana, quando la protezione interdittale non esisteva più, il significato originario della *iusta possessio* non aveva importanza. Quindi questo concetto significa anche il possesso ad usucapione nel linguaggio dei compilatori.

## Capitolo III Il soggetto e l'oggetto del possesso

### 1 Il soggetto del possesso

#### 1.1 I requisiti generali per il soggetto del possesso

La capacità del soggetto per acquistare o conservare il possesso è un argomento complicato nelle fonti. Ci sono le discussioni accanite tra i diversi giuristi su questo tema. E le numerose interpolazioni dei compilatori fanno più difficile ottenere le opinioni originarie. Però, anche se esistono tante difficoltà, bisogna ancora studiarlo profondamente. Perché lo studio delle regole relative alla capacità richiesta per possedere risulta interessante al fine di verificare se effettivamente la consapevolezza della materiale disponibilità del bene fosse l'elemento imprescindibile di ogni situazione possessoria, e se la capacità giuridica fosse indispensabile per tutte le situazioni possessorie. Particolari problemi sorgono perché dalle fonti emerge lo sforzo di fare acquistare—oltre che di fare conservare—il possesso anche ai soggetti che pur mancano della possibilità di essere consapevoli (infante) o la capacità giuridica (*filiusfamilias*).<sup>86</sup>

Infatti, la maggiore ragione della complicazione di questo tema è la duplicità della natura del possesso. Abbiamo già mostrato che il possesso è il fatto accompagnato con i diversi importanti effetti giuridici. Quindi, molte delle diversità di opinioni risultanti dalle fonti classiche, in tema di capacità naturale necessaria per possedere, discendono dal considerare il possesso sotto l'una o l'altra di queste prospettive.

Dalla considerazione che il possesso è una situazione di fatto deriva la conseguenza che in ordine alla suo instaurarsi si può derogare ai principi ordinari in materia di capacità naturale necessaria per porre in essere in atti giuridici: da alcune fonti risulta, infatti, per l'inizio del possesso, un regime più flessibile.<sup>87</sup> Quindi, per acquistare il possesso, non ci vuole la capacità di agire, il quale è indispensabile per acquistare da sé i diritti patrimoniali per i negozi giuridici. Qualsiasi persona chi può formare l'*animus possidendi* può acquistare il possesso (salvo gli schiavi). Così, anche

---

<sup>86</sup> Lambrini, P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998., p.36

<sup>87</sup> Id., p.37

l'impubere chi ha l'*affectionem tenendi* può cominciare a possedere, perché il possesso è *res facti*, la mancanza della capacità di agire non importa per acquistarlo. Per lo stesso motivo, il *furiosus* non può acquistare il possesso, perché al quale manca sia la capacità di intendere e di volere, sia qualsiasi capacità negoziale. Questo punto è indiscutibile nelle fonti (D.41, 2, 1, 3; D.41, 2, 18, 1 etc.).

D'altra parte, però, se si fa il riferimento alle conseguenze giuridiche che con questo fatto possono essere connesse—in particolare il principale effetto dell'*ius civile*, cioè l'acquisto per l'usucapione—si comprendono quei testi che richiedono in merito precisi requisiti di diritto. Si deve notare che nel diritto romano, per meglio comprendere l'intero fenomeno possessorio, tenere separati il suo momento iniziale e la successiva conservazione. Infatti, i requisiti, sia di fatto che di diritto, sono richiesti al momento dell'inizio del possesso, mentre si tende ad ampliare il più possibile le ipotesi in cui si ammette la conservazione del possesso.<sup>88</sup> Per questo motivo, quando discutiamo i requisiti dei soggetti del possesso, consideriamo il momento iniziale.

Siccome il possesso è un fatto che produce gli effetti giuridici, esso richiede la capacità giuridica. Quindi a grandi linee lo schiavo od il *filiusfamilias* non può possedere (per l'ultimo la situazione è più complessa, discutiamo precisamente nel titolo successivo). Anche gli uomini liberi chi agiscono come gli schiavi non possiedono, perché chi è posseduto non possiede. Inoltre, in alcune occasioni, per il motivo pratico, il diritto positivo vieta alcuni soggetti a possedere qualche cosa. Ad esempio, Lex Iulia Repetundarium vietava i senatori a possedere i navi. E secondo il diritto degli imperatori bizantini, gli schiavi cristiani non possono essere posseduti da giudei, pagani od eretici (C.1.10).

Abbiamo mostrato brevemente i requisiti generali per i soggetti del possesso. Nel titolo successivo discutiamo alcune situazioni speciali in questo tema.

## **1.2 I soggetti speciali del possesso**

### **1.2.1 L'impubere**

---

<sup>88</sup> Lambrini, P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998., p.37

La capacità possessoria dell'impubere è il punto più complicato e discutibile nella teoria del soggetto del possesso. Come tanti altri punti nel diritto romano, la capacità possessoria dell'impubere ha anche subito il cambiamento profondo dall'epoca classica all'epoca postclassica. Questo cambiamento ha dimostrato le diverse condizioni economico-sociali, i diversi pensieri sulla natura del possesso e ha anche portata tante confusioni sulla dottrina possessoria. Nel diritto classico, il possesso è un rapporto di fatto ed in tutte le applicazioni tale suo regime è coerente. Quindi, anche il pupillus, se è fornito l'*affectio tenendi*, può possedere, anche senza l'*auctoritas tutoris*. Però i compilatori, nello spirito della legislazione giustiniana, tendevano a riavvicinare il possesso—mera *res facti* a senso dei classici—alla nozione di un diritto e dei due elementi, di cui consta il possesso—*animo et corpore possidere*—ad esaltare il primo ed a deprimere il secondo. Dell'uno e dell'altro atteggiamento di questa tendenza, frammenti interpolati del *Corpus Iuris* e fonti bizantine forniscono prove precise e concordanti.<sup>89</sup> Per studiare bene questo tema, bisogna soprattutto distinguere due concetti nelle fonti classiche, il primo è *infans*, cioè il bambino di pochi anni; il secondo è *infantia maior* o *pupillus*, cioè impubere chi ha superato l'età dell'infanzia. Però nelle fonti giustiniane si usavano questi due concetti in modo caotico, alcune volte si diceva *pupillus* anche per l'infante (Albertario).

Ora, prima di fare indagine dei testi nelle fonti, vediamo brevemente le opinioni dei romanisti più importanti nella materia del possesso. Il Bonfante ritiene che nel diritto classico, l'acquisto del possesso era impossibile all'infante; possibile all'impubere chi aveva superato l'infanzia, ma con l'intervento dell'*auctoritas tutoris*. Nel diritto giustiniano, la materia è riformata in un senso di maggiore libertà; l'acquisto del possesso diviene possibile all'infante con *auctoritas tutoris* ed è possibile al pupillo *infantia maior* anche senza *auctoritas tutoris*. L'opinione del Riccobono è più generale, secondo esso "in via massima, il pupillo chi abbia la capacità naturale di volere è capace di possedere, anche senza autorizzazione del

---

<sup>89</sup> Longo, G., "In tema di acquisto del possesso", in *Bull. XLII*, p.470

tutore. Quanto all'infante, il requisito dell'autorizzazione del tutore viene sempre considerato condizione necessaria".<sup>90</sup> Ed il Rotondi ritiene che i testi i quali riconoscono all'impubere *infantia maior* la possibilità di acquistare il possesso rispondono pienamente alla logica dell'istituto romano del possesso, cioè il possesso è un *res facti* e quando l'impubere abbia realizzato un rapporto con la cosa e quando egli abbia aggiunto un tale sviluppo intellettuale che veramente sappia e voglia esercitare sulla cosa la sua signoria, esso può acquistare il possesso. La richiesta dell'*auctoritas tutoris* sarebbe stata una superfluità. Il Perozzi ha sostenuto che nel diritto classico né l'infante né il furioso potevano prendere il possesso per sé o per gli altri, invece l'impubere *infantia maior* lo poteva. A tanti giuristi, l'opinione dell'Albertario sembrava più plausibile. Secondo esso, nel diritto classico l'infante non poteva acquistare il possesso neppure con l'intervento del tutore, giacché egli non ha l'*affectio possidendi*; invece l'impubere *infantia maior* acquistava il possesso anche senza l'*auctoritas tutoris*, giacché il possesso è *res facti*, non *iuris*. Soltanto Giustiniano ammette che anche l'infante possa *tutore auctore* acquistare il possesso, ma per far ciò Giustiniano sovverte i principi generali che regolano l'acquisto del possesso ed altera artificiosamente l'essenza dell'*auctoritas tutoris*.<sup>91</sup> Per quanto riguarda la capacità possessoria dell'*infantia maior*, esso restava intoccato nel diritto giustiniano.

Abbiamo citato le opinioni degli alcuni giuristi importanti moderni su questo argomento. Però per dimostrare la teoria del diritto romano, dobbiamo chiarire anche i pensieri dei giuristi romani. Ora torniamo alle fonti.

D.41,2,1,3

Paulus 54 ad ed.

*Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere.*

---

<sup>90</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.82

<sup>91</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.283

*ofilius quidem et nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.*

Questo frammento è molto importante, però tanti giuristi moderni sono d'accordo che alcune frasi in esso sono interpolate dai compilatori. Nella prima frase, l'uso del verbo al singolare "*potest*", in contrapposto ai successivi "*habent*" e "*contigant*", può far pensare che "*et pupillus sine tutoris auctoritate*" sia aggiunto dai compilatori.<sup>92</sup> Questa interpolazione è rilevata dal Riccobono per la prima volta. Infatti, anche l'affermazione successiva "*sed pupillus tutore auctore incipiet possidere*" è molto probabile interpolata. Alla fine, l'ultima frase "*quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant*" è disposta all'attribuire ai compilatori dal Bonfante.

In questo frammento Giustiniano intende con la terminologia *pupillus* tanto l'infante quanto l'*infantia maior*. Questo è normale, perché nell'età giustiniana anche l'infante può acquistare il possesso con auctore tutore. Però nell'età classica, si deve distinguere. Infatti, nel principio di questo luogo, Paolo parlava soltanto dell'acquisto del possesso dalla parte del furioso, "ed è lecito congetturare che, dopo aver negato al furioso la possibilità di acquistare il possesso direttamente, Paolo vi assimilasse l'infante, per poi passare ad ammettere l'acquisto del possesso dalla parte del pupillo *etiam sine tutoris auctoritate*, richiamandosi all'antica opinione di Ofilio e Nerva. I giustiniane, che come abbiamo saputo ammettono persino l'acquisto del possesso effettuato dall'infante purché *tutore auctore*, avrebbero inteso indicare con l'espressione generica *pupillus* pure l'infante oltretutto l'impubere *infantia maior* ed avrebbero lasciato nel testo il richiamo dell'opinione dell'Ofilio e Nerva, per introdurre la limitazione al principio generale inizialmente posto, antenata nella frase concessiva finale *si eius aetatis sint, ut intellectum capiant*, forse anche nell'intento di uniformare il regime possessorio al riconoscimento di categorie intermedie di impubere, fondato su una effettiva valutazione della loro capacità intellettuale e già

---

<sup>92</sup> Burdese, A., "Sulla capacità intellettuale degli impuberes in diritto romano", in *Archivio Giuridico CL*, p.22

determinatosi ad opera dei classici in relazione ad altri istituti".<sup>93</sup> Così, possiamo dire che l'opinione di Ofilio e Nerva rappresenta il regime classico. E se sia vero che Paolo ritenesse che il *pupillus* ha bisogno di *auctoritas tutoris* per acquistare il possesso, questa opinione non solo è in conflitto con la seconda parte dello stesso testo, cioè opinione dell'Ofilio e Nerva, ma anche è in conflitto con l'opinione di se stesso espressa in altri frammenti (D.41, 2, 32, 2; D.41, 3, 4, 2 etc.).

Inoltre, nel diritto classico, la funzione dell'*auctoritas tutoris* è in integrare la volontà degli impuberi, non è in supplirla. Quindi è molto strano che nel diritto classico si applicava questo regime all'infante. Concludendo, in questo frammento, l'opinione dell'Ofilio e Nerva rappresenta il regime classico. Siccome il possesso è *res facti*, l'impubere *infantia maior* può acquistarlo da solo, perché esso ha la sufficiente capacità intellettuale. L'*auctoritas tutoris* è inutile in questo caso. L'infante, invece, non può acquistarlo con o senza l'*auctoritas tutoris*, perché non ha *affectio tenendi* e l'intervento del tutore è inefficace in questo caso.

D.41,2,32,2

Paulus 15 ad sab.

*Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. item infans peculiari nomine per servum possidere potest.*

Secondo questo frammento, l'infante potrebbe possedere, qualora avesse acquistato l'*auctoritas tutoris*. Ma il testo è stato ampiamente sospettato, e gli indizi sono molti: *recte; nam alioquin*; il disordine logico in cui le varie proposizioni si seguono, infatti, prima vi si parla dell'infante, poi dell'impubere *infantia maior* e poi, di nuovo, dell'infante.

Secondo l'Albertario, nel testo originario, ci dovrebbe essere un *non* dinanzi *potest*

---

<sup>93</sup> Id., p.24

nella prima frase, e la frase *nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris* non dovrebbe esserci. La ragione è semplice: nel diritto classico è tenuto fermo il principio che *auctoritas tutoris* poteva soltanto integrare, non sostituire, la volontà del pupillo. Esso ha ricostruito il testo classico così: <sup>94</sup>

*Infans possidere non potest, etiam si tutore auctore coepit. Sed peculiari nomine per servum possidere potest. Utilitatis enim causa hoc receptum est, nam aliquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.*

Secondo il Longo, anche la frase successiva, cioè *utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem*, è interpolata. L'analisi critica conduce dunque a considerare questa frase come motivazione adattata dai compilatori a giustificare l'innovazione che, relativamente all'infante, avevano intrusa nel testo originario. Tale motivazione è contenuta nelle parole, che seguono immediatamente dopo, "*nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem*", queste parole sono appiccate alla motivazione classica, sfigurandone il contenuto e lo spirito.

L'esegesi di questo frammento conduce direttamente ad un altro, nitido, risultato: che il *pupillus*— cioè l'impubere *infantia maior*— poteva, a senso dei giuristi romani, acquistare il possesso senza bisogno dell'*auctoritas tutoris*: "*pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest*". Il Bonfante ed il Pachioni ritengono il testo sia alterato anche in questa parte. Ma il Longo, L'Albertario ed il Bursese credono che questa parte sia rimasta intoccata. Perché questo frammento non può riguardarsi come cattiva fonte d'informazione nel suo complesso; gli indizi dell'alterazione riguardano unicamente l'ipotesi dell'infante. L'impubere *infantia maior* può *incipere possidere* perché il possesso è *res facti*, dove l'*auctoritas tutoris* ha un valore tutto diverso da quello che spiega nel campo dei diritti. <sup>95</sup>

Dopo aver analizzato questi due frammenti importanti, i quali sono coerenti con

---

<sup>94</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.283

<sup>95</sup> Longo, G., "In tema di acquisto del possesso", in *Bull. XLII*, p.481

tante altre testimonianze nelle fonti, riusciamo a chiarire la capacità possessoria dell'impubere nel diritto romano. Nel diritto classico, l'infante non può acquistare il possesso anche con l'*auctoritas tutoris* e l'impubere *infantia maior* può acquistarlo anche senza l'*auctoritas tutoris*. Questa affermazione corrisponde bene alla natura classica del possesso. Il possesso è una *res facti* costituita da due elementi—*animus et corpore possidendi*. Anche se l'impubere *infantia maior* non può acquistare il diritto patrimoniale da solo, però ha la capacità intellettuale di signoreggiare la cosa che è tenuta da sé stesso. Quindi può possedere. L'infante, invece, non ha questa capacità intellettuale, quindi non può acquistare il possesso. Lo scopo dell'*auctoritas tutoris* è integrare la volontà dell'impubere, non è supplirla nel diritto classico. Come è tenuto all'Albertario, in questo caso l'*auctoritas tutoris* è inutile per l'impubere *infantia maior*, perché la sua capacità intellettuale è già sufficiente; ed è inefficace per l'infante, perché la volontà del tutore non può sostituire quella dell'infante. Soltanto nel tempo postclassico, per l'*utilitatis causa*, imperatore ammetteva che l'infante potesse acquistare il possesso con l'*auctoritas tutoris* (C.7.32.3 Imp.Decuis A.Rufo, a.250). Quest'innovazione ha risposto alle esigenze pratiche. Così anche l'infante può possedere le piccole cose quotidiane di donazioni, ad.es. i giocattoli, i dolci, le monete, etc.

### 1.2.2 *Filiusfamilias*

Secondo le regole generali del diritto romano, il *filiusfamilias* non può possedere. Perché il possesso, anche se è un fatto di natura, comunque produce gli effetti giuridici. Quindi si richiede la capacità giuridica dalla parte del soggetto. Per questo motivo, nel diritto classico, il *filiusfamilias*, come lo schiavo, non può possedere (salvo gli oggetti del peculio castrense). Tutto quello che il *filiusfamilias* ed il *servus* acquistano appartiene alla persona da cui essi giuridicamente dipendono. Tuttavia, il *paterfamilias* od il *dominus* può concedere loro un piccolo patrimonio—detto altrimenti *peculium*— la cui istituzione ha grande importanza, giacché il padre od il padrone è civilmente tenuto a rispondere delle azioni dei figli o degli schiavi entro i limiti del peculio. Però i figli o gli schiavi non diventano né padroni né possessori del

peculio.<sup>96</sup> Su questo punto, Ulpiano ha dimostrato la sua ragione *Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possiderenon non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est* (D.41.2.49.1).

Quando il *filiusfamilias* diventa il *paterfamilias*, esso acquista la capacità giuridica e naturalmente può possedere. Nel caso che il *filiusfamilias* non sa che sé stesso sia già diventato il *paterfamilias*, nelle fonti si dice che può possedere:

D.41,3,44,4

*Papinianus 23 quaest.*

*Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit? idem dicendum erit et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi praesumptione credat.*

Questo è un testo di importanza fondamentale per stabilire la nozione del possesso. Al Savigny, che richiedeva essenziale per il possesso l'*animus domini*, parve un testo assai singolare. Lo Jhering nella sua fervida battaglia massiccia contro il Savigny, lo dichiarava un testo incompatibile con quella teoria. È l'unico testo, che sia riconosciuto attendibile anche dal Baron, il più stento difensore della teoria dello Jhering. Se il *filiusfamilias*, diventato *pater familias*, ignorandolo, usucapisce la cosa, vuole dire che alla *possessio* non è necessario l'*animus domini*, dicono lo Jhering ed il Baron, perché il *filiusfamilias*, se onesto, non può nutrirlo.

Il Bonfante ha fatto giustamente osservare che la critica può colpire l'*animus domini*, ma non l'*animus possidendi* o l'*animus dominantis*, come occorre dire se si vuole rispettare la terminologia delle fonti.<sup>97</sup> Quest'opinione è condivisa dal Riccobono, il quale ha ritenuto che in questo caso lo Jhering non ha considerato che il *filiusfamilias* non può aver l'*animus domini* perché ignora il suo nuovo stato giuridico, tuttavia conserva la cosa con la volontà naturale di tenerla per sé.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.78

<sup>97</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.212

<sup>98</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.79

Però, nonostante questa giusta osservazione del Bonfante, è preferibile l'opinione dell'Alibrandi, che ritiene il testo sia interpolato dalle parole *cur non* etc. fino alla fine. Il Papiniano dovrebbe dire:

*Filiusfamilias emptor alienae rei, cum petremfamilias se factum ignoret, coepit rem sibi troditam possidere: non capiet usu, quamvis bona fides initio possessionis adsit, cum eum se per errorem esse arbitretur qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit.*

L'interpolazione sarebbe stata seguita togliendo la negazione e spostando alcune particelle (il *quamvis* ed il *cum*). Ed è probabilissima, tanto più che il Beseler ha gettato il sospetto su tutte le interpolazioni fatte nelle leggi del Digesto mediante il *cur*.

Abbiamo dimostrato che nel diritto romano il *filiusfamilias* e lo schiavo non possono possedere in principio. Però rispetto allo schiavo, il *filiusfamilias* ha acquistato la capacità patrimoniale gradualmente. Già nell'epoca classica la capacità patrimoniale del *filiusfamilias* comincia ad affermarsi. Il riconoscimento del *peculium castrense*— privilegio concesso, per prima, da Augusto ai *miles* per le cose acquistate in *militia* ed esteso in seguito anche ai congedati— opera la prima incrinatura nel principio rigido dell'incapacità patrimoniale del figlio della famiglia, conseguenza logica della struttura della *patria potestas*. E la capacità patrimoniale del *filiusfamilias*, via via maggiormente riconosciuta durante l'epoca postclassica, perde il carattere di eccezionalità. Riconosciuto il *filiusfamilias dominus* dei *bona adventicia* (materna e meterna generis) ed in genere, di tutto quanto gli sia pervenuto non *ex patre*. L'antico principio è del tutto eliminato.

A misura che il *filiusfamilias* acquistava la capacità patrimoniale, acquistava, di conseguenza, la capacità del possesso. Prima nei limiti del *peculium castrense*, poi in quelli campi dei *bona adventicia*.<sup>99</sup> Quindi, anche se in origine al figlio della famiglia e lo schiavo si applicava lo stesso principio, però dall'epoca classica, con lo sviluppo

---

<sup>99</sup> Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935, p.181

dell'istituto del peculio e la conferma dell'autonomia del *filius*, questo principio è totalmente cambiato per il figlio della famiglia, il quale ha acquistato gradualmente la capacità del possesso e dell'usucapione.

### 1.2.3 Le città e i corpi morali

A proposito della capacità del possesso dei municipi ed in genere i collegi, nel diritto classico esisteva un principio negativo, cioè le persone giuridiche non possono possedere. Però dal punto di vista pratico, questo principio non è adatto alle esigenze economico-sociali. Nell'età antica la giurisprudenza ha già sentito il disagio e riconosciuto la capacità del possesso dei municipi nei casi eccezionali:

D.41,2,1,22

*Paulus 54 ad ed.*

*Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt. forum autem et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur. sed nerva filius ait, per servum quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant.*

D.41,2,2

*Ulpianus 70 ad ed.*

*Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis per servum et per liberam personam adquiratur.*

Questi due frammenti sono molto importanti su questo tema, da cui possiamo vedere sia il principio classico che le diverse opinioni dei giuristi. Tra questi due frammenti, il primo è più chiaro e la sua genuinità è meno sospetta. Nell'inizio Paolo ha dimostrato il principio "*municipes per se nihil possidere possunt*", perché "*universi consentire non possunt*". Poi ha citato l'opinione del Nerva figlio che "*per servum quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse*". Però Paolo non ritiene che quest'opinione sia molto sicura, perché "*ipsos servos non possideant*". Da questo frammento si vede che il principio negava la capacità del possesso ai municipi. Però nel tempo molto presto (al meno nell'ultimo tempo dell'epoca classica) sorgerà la

tendenza di superare questo principio rigido per adeguarsi alle esigenze pratiche. Per questo motivo, qualche giurista (Bekker) persino ritiene che esistevano due principi contemporaneamente: l'uno giuridicamente logico, l'altro riconosciuto per riguardi pratici.

A proposito del secondo frammento, ci sono più discussioni. Prima di tutto, la sua genuinità è molto sospetta. Il De Francisci ritiene che la fine del testo "*idque etc.*" sia interpolata, adducendo il passaggio dall'attivo al passivo, l'*idque* non si sa a che cosa riferire, e la frase *per liberam personam*, la quale non è classica. L'Albertario va più avanti, ritenendo che tutto il testo appartenga ai compilatori. Perché, secondo esso, Ulpiano non poteva recisamente affermare *sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint*. Inoltre, questa spiegazione corrisponde al modo di interpolare dai compilatori: di solito interpolano Paolo, però in materia del possesso, dove Paolo dà gli estratti più copiosi, la cosa si inverte, il giureconsulto interpolato è Ulpiano.<sup>100</sup> Mentre l'opinione del Riccobono è contraria, egli crede che le testimonianze secondo cui si ritiene che questo frammento sia interpolato non siano sufficienti. Quindi non si può escludere la possibilità che il valore espresso da questo frammento appartiene ai giuristi prima del Giustiniano. A causa delle loro diverse opinioni verso il contenuto delle fonti, aggiungono le conclusioni diverse. Secondo l'Albertario, nel diritto giustiniano i municipi possono acquistare il possesso mediante il servo *ex omnibus causis*, e mediante i rappresentanti estranei: *per liberam personam*. Nel diritto classico— non secondo l'opinioni di tutti giuristi romani— possono acquistare solo per mezzo del servo *ex causa peculiari*. Si può anche dire che il diritto classico manteneva nei confini della logica, ma Giustiniano li oltrepassa e li distrugge.<sup>101</sup> Invece secondo il Riccobono, per adeguarsi alle esigenze pratiche, bisogna riconoscere la capacità del possesso dei municipi. Quindi l'antico principio viene rispettato nella forma, ma pienamente leso nella sostanza. Però non si può affermare che questo grande passo solo fatto nell'epoca giustiniana. È molto

---

<sup>100</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.328

<sup>101</sup> Id., p.328

probabile che anche nel tempo più antico il principio fosse già superato.<sup>102</sup>

A mio avviso, non c'è la differenza sostanziale tra le opinioni di questi due giuristi. L'unico punto per cui non sono d'accordo è il periodo quando si iniziava ad introdurre le regole secondo cui anche i municipi possono possedere mediante i servi od i liberi. Sappiamo che lo sviluppo storico della giurisprudenza romana sia un processo graduale e complicato. Alcune volte non si riesce a verificare precisamente da quando iniziava una regola o fino a quando la finisce. Perché in questo complesso processo, le opinioni dei giuristi si intrecciavano, un'opinione che all'inizio era trattata come eccezionale poteva diventare dominante nel tempo posteriore. Lo scopo primo dello studio del diritto romano è verificare il sistema dottrinale dei giuristi romani, i loro metodi dello studio e le loro mentalità. Se si può aggiungere questo scopo, anche se esiste qualche ambiguità del tempo, non dà tanto disagio per lo studio.

Slavo i municipi, si discuteva anche la capacità possessoria dell'eredità giacente nel diritto romano. Generalmente, nel caso dell'eredità giacente si applicavano gli stessi principi riconosciuti nel caso dei municipi, cioè ammetteva che essa poteva acquistare il possesso mediante il servo *ex causa peculiari* (D.41.2.1.5). Però, nel frammento D.41, 3, 44, 3, quando Papiniano trattava lo stesso argomento, non ha menzionato *ex causa peculiari*. L'Albertario ritiene che la menzione dell'*ex causa peculiari* in questa legge è stata certamente soppressa dal Giustiniano. Così, si può dire che le regole per la capacità possessoria dei municipi ed altri corpi morali nel diritto classico sono uguali.

## **2 L'oggetto del possesso**

### **2.1 Le richieste generali per l'oggetto del possesso**

Come non tutte le persone possono possedere, non tutte le cose sono qualificate di essere possedute. Affinché possa concepirsi un vero possesso, non basta che alcuno ritenga una cosa con l'animo di possederla, è necessario che la cosa sia oggetto

---

<sup>102</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.86

capace di essere posseduto.<sup>103</sup> Infatti nel diritto romano, l'oggetto del possesso deve aver tutti quegli stessi requisiti che le permettono di essere oggetto della proprietà.

Prima di tutto, l'oggetto del possesso deve essere la cosa corporale. Il possesso delle cose incorporeali è inimmaginabile per i Romani classici. Questo punto è chiaro e definito nelle fonti. È molto facile trovare i frammenti in cui si esprime questa richiesta: Paolo nella D.41, 2, 3pr dice *possideri autem possunt, quae sunt corporalia*; nella D.41, 3, 4, 27 lo stesso Paolo dice *nec possideri intelligitur ius incorporale*. E nella L.32§1.de serv. praed urb. esprime Giuliano che *natura servitutum ea est, ut possideri non possint*. Questa è la prima richiesta per l'oggetto del possesso e anche il punto in cui il diritto postclassico diverge da quello classico.

Salvo essere la cosa corporale, l'oggetto del possesso neanche non deve essere la cosa *extra commercium*. Nel diritto romano ci sono alcuni generi delle cose, i quali, a causa dei loro speciali scopi economici o religiosi, non possono essere gli oggetti della proprietà e del possesso. Queste cose includono:

a, *res divini iuris*, le cose tolte al commercio perché destinate ad uno scopo divino, e cioè, le cose consacrate al culto (*res sacrae*); i sepolcri e gli oggetti consепolti (*res religiosae*) e le mura e le porte della città (*res sanctae*).

b, *res humani iuris*, vale a dire le cose non possono essere l'oggetto di appropriazione individuale o di gestione economica, come l'aria, l'acqua corrente, il mare, il lido del mare (*res communes omnium*), ovvero le cose che, pur essendo suscettibili di gestione economica, l'ordinamento vuol conservare in *usu populi*, come le strade pubbliche, le rive dei fiumi, i porti etc. (*res publicae*), nonché le cose destinate ad essere usate da tutti gli abitanti di una comunità, come le strade della *civitas*, gli edifici pubblici, i circhi etc. (*res universitatis*).<sup>104</sup>

Secondo l'opinione prevalente, se, pertanto, mentre possediamo, l'oggetto diviene *res extra commercium*, ne perdiamo il possesso. Di conseguenza, se una persona esercita la *possessio corpore* su di un oggetto *extra commercium*, tale rapporto costituisce una mera detenzione; onde non viene in alcun modo protetto

---

<sup>103</sup> Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, p.97

<sup>104</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.88

dall'ordinamento giuridico.<sup>105</sup> Però il Savigny fa di parere che come una persona può possedere di buona fede un uomo libero come uno schiavo, essa può anche possedere le cose sacre o religiose quando crede che siano profane.

La terza richiesta per l'oggetto del possesso è che esso deve essere in maniera autonoma, cioè avente individualità propria. Questo significa che le parti che costituiscono la cosa composta non sono possedute dal possessore dell'ultima, perché esse non esistono in maniera autonoma. Ad esempio, il possessore di un edificio non possiede singolarmente i diversi elementi di cui esso è costituito, ma soltanto l'edificio. Tale distinzione ha grande rilevanza giuridica, soprattutto in ordine all'usucapione. Perciò, se una persona costituisce una casa con i materiali che in buona fede ritiene suoi, mentre invece appartengono ad altri, egli non potrà mai usucapirli, ancorché possieda edificio per lunghissimo tempo, in quanto il possesso non fu esercitato su di essi; il vero proprietario, quindi, può sempre reclamarli quando siano distaccati dell'edificio. L'usucapione è però possibile quando la casa venga demolita ed il proprietario ne conservi i materiali riesumati.<sup>106</sup>

Questo è il principio e corrisponde alle opinioni espresse nelle fonti (D.43, 24, 8; D.41, 3, 23, 2). Però nelle fonti c'è anche frammento importante che è apparentemente in conflitto con questo principio.

D.41,3,30,1

*Pomponius 30 ad sab.*

*Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.*

Nella prima parte di questo frammento, Papiniano ha citato il parere di Labeone che nel caso che mancassero dieci giorni al compimento delle usucapioni di tegole o

---

<sup>105</sup> Id., p.89

<sup>106</sup> Id., p.90

colonne congiunte all'edificio, è ammissibile che continuare il possesso di loro dopo la congiunzione.

Questo parere non corrisponde al principio generale ed i giuristi moderni dibattono tanto sul suo significato quanto sulla sua genuinità. Il Savigny ritiene che le tegole e le colonne, invece di essere nel nostro caso materiali di costituzione solidamente incorporati nell'edificio, fossero materiali aggiuntivi esternamente, debolmente, per ornamento. Lo Schirmer afferma che *coniecere in aedificium* non vuol dire incorporare nell'edificio, ma unire esteriormente anzi transitoriamente. Il Ruggieri ritiene che fossero possibili possesso ed usucapione delle parti di un edificio, purché non fossero le parti essenziali. Il Palpaloni, invece, crede che in questo testo l'usucapione continua solo per eccezione, *utilitatis causa*. Il Perozzi, che ha fatto con squisita finezza la critica di tutte le precedenti dottrine, è d'avviso che qui non ci sia possesso ad usucapione dei materiali, come tali, ma che se ne acquisti la proprietà mercé l'usucapione dell'edificio. Mentre il Ferrini ha indicato che l'opinione del Perozzi non è conciliabile né con la dicitura del testo, né con i principi generali.<sup>107</sup>

L'opinione del Riccobono è più particolare. Esso ritiene che Labeone permetteva l'usucapione degli oggetti di funzione puramente ornamentale (tegola e colonna) anche dopo la congiunzione. Però questa fu l'opinione dei giureconsulti proculeiani, la quale non riuscì a prevalere. In ordine a questo punto, ci fu contrasto tra i sabiniani e proculeiani, i quali ultimi tendevano a distinguere le cose che per effetto della congiunzione "*integra non manent*" da quelle che conservano le loro integrità. Per le ultime, il possesso e l'usucapione possono continuare. E la soluzione dei sabiniani corrisponde alla teoria tradizionale, cioè le cose congiunte ad altro cessano di essere oggetti autonomi del possesso.

L'Albertario e la Bozza non sono d'accordo con nessun parere precedente. Secondo essi, questo testo ha subito l'interpolazione dei compilatori. Perché la soluzione data è perfettamente conforme allo spirito giustiniano, che guarda più ad evitare le conseguenze inique derivanti dalla rigida applicazione della norma che alla

---

<sup>107</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.220

logica giuridica. L'opinione espressa in questo testo è del tutto contraria a quella dei classici. La soluzione originaria del giureconsulto sarebbe stata puramente logica e negativa. Ritengono che il testo originario sarebbe:

*Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, eum non usucapturum. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemme? Verum est gemma non usucapi.*

Un'altra richiesta per l'oggetto del possesso è che esso non deve *rerum universitas* (o, secondo la terminologia delle fonti, *corpora ex distantibus*). Queste cose sono costituite da un insieme degli oggetti che, pur essendo materialmente disgiunti tra loro, si sogliano tuttavia considerare come un oggetto unitario, in quanto essi sono della stessa specie e hanno una medesima destinazione. L'esempio tipico ed il gregge, e poi una biblioteca, una pinacoteca, e così via.<sup>108</sup> Nel D.41, 3, 30, 2, Papiniano ha affermato che il gregge, inteso come *rerum universitas*, non può essere oggetto né di possesso né di usucapione; l'uno e l'altro, invece, sono possibili rispetto ai singoli elementi di cui esso consta. Nonostante alcuni giuristi hanno posto i dubbi su questo frammento, la maggiore parte dei giuristi moderni (Bonfante, Riccobono, Bozza, etc.) credono che esso abbia rappresentato l'opinione prevalente della giurisprudenza classica.

Inoltre, l'oggetto del possesso deve essere certo. Questa regola riguarda specialmente il possesso di una parte della cosa. Se io do a Tizio il possesso della parte che io ho di un fondo, senza dirlo che questa è la metà, un terzo, etc. Tizio non può acquistare il possesso: *nam* (dice Pomponio ne D.41, 2, 26) *qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest*. Nel D.41, 3, 32, 2, sotto lo stesso nome del Pomponio si legge: *incertam parte possidere nemo potest*. Però la necessità che una parte per essere posseduta deve essere certa, non porta per conseguenza che debba essere stata fatta la materiale divisione, e ciascuno separatamente possegga la

---

<sup>108</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.93

sua parte. Si può possedere una parte *pro diviso*, e si può possedere *pro indiviso* innanzi che si faccia la partizione.<sup>109</sup>

Nel diritto romano, gli schiavi sono considerati come *res in commercio*, quindi sono gli oggetti del possesso. Invece, gli uomini chi godono *status libertatis* non possono essere oggetti del possesso. Però, in alcuni casi, per eccezione, anche le persone libere possono essere possedute. La ragione è che in realtà è difficile stabilire il vero stato di un uomo in ogni caso. Quindi, per *utilitatis causa*, quando una persona crede che un uomo libero sia schiavo per errore e lo possiede, questo possesso sta in piedi. Così, in diritto romano, l'uomo libero può essere posseduto in buona fede. Nelle fonti non è difficile trovare i testi in cui si conferma questa regola: D.41, 1, 23pr; D.18, 1, 4; D.18, 1, 5; D.18, 1, 6.

## 2.2 Il possesso dei diritti — quasi possesso

Nelle fonti classiche si ribadiva tante volte il principio dell'impossibilità di possedere le cose incorporali, ad esempio D.41, 2, 3pr (Paolo) *possideri autem possunt quae sunt corporalia*. D.41, 3, 24, 26 (Paolo) *nec possideri intellegitur ius incorporale*. D.8, 2, 32, 1 (Giuliano) *natura enim servitutum ea est ut possideri non possint*. Fr. Vat.91 *qui uti frui prohibitus est proprie deictus dici non potest*.

Però nelle stesse fonti possiamo anche trovare le espressioni *possessio iuris*, *quasi possessio*, cioè il possesso dei diritti. Se consideriamo lo sviluppo economico-sociale della società romana, non troviamo grande difficoltà per capire questo fenomeno. "Perché l'impossibilità del possesso dei diritti è solo un punto di partenza, ed è ancora una conseguenza del parallelismo con la proprietà, la quale non fu ammessa dai Romani che sulle cose corporali. E questo punto di partenza fu superato con lo sviluppo della vita e delle dottrine giuridiche. Infatti in Roma vi sono due organi attivissimi che attendono al progresso del diritto ed insieme delle dottrine: il pretore e la giurisprudenza. E tutti i principi e le norme del diritto sempre che necessità d'ordine sociale lo richiedono, si sono trasformati, ampliati, mutati. Il diritto

---

<sup>109</sup> Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, p.97

romano non è un ordinamento rigido nella sua struttura, ma costituisce un organismo che si evolve e si trasforma, adattandosi ognora alle mutevoli esigenze della società, dalla quella, appunto, esso trae la sua ragione d'essere. Quindi, le fonti ci rivelano che anche la norma per cui il possesso viene limitato alle *res corporales* fu derogata dai Romani, i quali non tardavano a riconoscere il possesso di taluni diritti, cioè di *res incorporales*".<sup>110</sup>

Sebbene non c'è il dubbio che nella tarda fase del diritto romano sorgeva la *possessio iuris*, ma sull'epoca precisa in cui si iniziava a riconoscerla ci sono le opinioni diverse tra i giuristi moderni. Secondo il Riccobono, nell'età classica i Romani hanno già riconosciuto all'esercizio di alcuni diritti, in primo luogo della servitù, effetti analoghi a quelli di cui è produttivo il possesso (tutela interdittale) di cose corporali. Anche se molti testi in cui si trattava la *possessio iuris* sono interpolati dai compilatori, ma l'esistenza delle interpolazioni non è di per sé stessa sufficiente a distruggere la classicità di una dottrina, finché serie ragioni storiche ed esegetiche non ha condannino. Pertanto, se l'esame complessivo dei testi ci rivela che ancorché alcuni di essi risultino alterati, la dottrina che vi si tratta risponde ad un nuovo orientamento giurisprudenziale, noi possiamo ben affermarne la classicità. E in materia del possesso questa rispondenza esisteva. Nel diritto classico, per acquistare la servitù si esigeva la forma della *mancipatio* o della *in iure cessio*. Una servitù che è consegnata all'acquirente per la tradizione non ha nessun effetto nel campo del *ius civile*, perché questa servitù non è costituita con legittimo modo. In questi casi, la servitù non poteva essere garantita dall'*ius civile* perché non è corrispondente alle esigenze formali. Per evitare questa conseguenza iniqua, si creava la dottrina della *possessio iuris* al fine di accordare al titolare di quel rapporto la tutela interdittale. Quindi si può dire che la *possessio iuris* è una costituzione che la giurisprudenza romana ha escogitato al fine di tutelare mediante gli interdetti possessorii alcuni rapporti, che, per difetto di qualche condizione imposta da *ius civile*, non possono essere protetti come gli altri diritti. Anche questa costituzione, naturalmente, si è

---

<sup>110</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.114

formata attraverso un graduale sviluppo che, iniziatosi forse con Giuliano, si svolge successivamente con Gaio, Ulpiano e Paolo. Ed è ovvio che il riconoscimento della *quasi possessio* nei rapporti suddetti sia sorto da esigenze d'ordine pratico, data l'importante funzione che frequente le servitù assumono nel campo economico ed agricolo, e ben logico, infatti, che in una società così complessa, come quella romana nel tempo dell'impero, si rendesse necessario proteggere anche quei rapporti tendenti alla costituzione di servitù, che, viceversa, non eransi costituite perché in difetto rispetto all'*ius civile*.

Tale protezione venne accordata in base all'analogia tra *possessio rei* e *possessio servitutis*. Quest'analogia può riscontrarsi anche in ordine agli elementi costitutivi della *possessio rei*, dacché alla *possessio corpore* ed all'*animus possidendi*; nella *possessio servitutis* corrispondono, rispettivamente *usus*, l'esercizio di fatto della servitù e l'intenzione dalla parte del proprietario del fondo dominante di esercitarla, come se essa fosse stata debitamente costituita.<sup>111</sup>

La teoria del Riccobono è molto influente. Però ci sono anche i giuristi chi non aderiscono alla sua opinione, ad es. l'Albertario e la Bozza. Secondo l'Albertario, per studiare la dottrina romana del possesso è importante distinguere fra epoca classica ed epoca bizantina, cioè fra il diritto romano classico ed il diritto romano giustiniano. Perché gli ambienti economico-sociali dello Stato romano-ellenico e dell'impero d'Oriente sono profondamente diversi dall'ambiente classico, e hanno influito ovviamente l'istituto del possesso come hanno influito infiniti altri istituti romani.

Nell'epoca classica del diritto romano, l'oggetto del possesso è limitato solo alla cosa corporale. Solo nell'epoca postclassica, comincia a spuntare l'idea che non solo la cosa, la *res*, sia l'oggetto del possesso, ma anche il diritto, soprattutto il *ius in re*. Il possesso dei diritti sorge così accanto al possesso delle cose. Il sorgere di questo nuovo concetto, applicato ad una serie di istituti, soprattutto all'intera serie dei diritti reali, è un fenomeno tanto importante e tanto vasto che non poteva permettere a Giustiniano di formare nella sua complicazione quella dottrina del possesso che a lui

---

<sup>111</sup> Id., p.229-231

era stata trasmessa dai giureconsulti classici, ma doveva costringerlo, per dare al possesso delle cose e al nuovo possesso dei diritti una base unica, a modificare profondamente ed, anzi, a sovvertire quella classica dottrina.<sup>112</sup> Gli studi degli alcuni altri giuristi (Perozzi, Pacchioni, ecc) hanno anche testimoniato questo punto. Se il concetto del quasi possesso sorgeva solo nell'età postclassica, come mai anche nelle fonti classiche si sono già menzionate le terminologie *possessio iuris*, *quasi possessio*? Per questa domanda, la spiegazione dell'Albertario è che tutti i testi in cui si affermava che il titolare dei diritti reali sono i possessori sono interpolati. I compilatori, per fondare una base unica sia per il possesso delle cose sia per il possesso dei diritti, sono costretti a cambiare i testi dei giuristi classici. Le testimonianze per questa affermazione, secondo l'Albertario, sono tante. Per esempio, nel diritto classico l'usufruttuario poteva ricorrere all'utile interdetto unde vi quando era *prohibitus*. Nelle fonti non interpolate, si usava *prohibitus* per l'usufruttuario chi era tolto il godimento della cosa, e *deiectus* per il possessore. Si può vedere questa differenza dell'uso delle terminologie nei frammenti D.43, 16, 3, 14; D.7.1.6pr; D.43, 16, 9, etc. Il diritto classico non vedeva nell'usufruttuario un *deiectus*, perché esso non possedeva: della classica terminologia sono rimaste chiare vestigia nelle fonti. Inoltre, nel diritto classico la tradizione presuppone il possesso: non può essere capace di tradizione ciò che non è capace del possesso. E per acquistare la servitù, ci vuole la forma della *mancipatio* o della *in iure cessio*; per l'usufrutto, una *res nec Mancipi*, si esige *in iure cessio*, come dice Gaio *usus fructus in iure cessionem tantum recipit* (Gaio 2, 30). Quindi a nessuno di questi due diritti reali più importanti nell'età classica si può applicare la tradizione.

L'opinione del Bonfante è intermedia tra quelle due precedenti. Esso ritiene che già nell'epoca classica nei riguardi dell'usufruttuario ed usuario, si sia parlato di *quasi possessio*, ma non per indicare la *possessio iuris*, come conosciuta nell'epoca giustiniana, bensì per esprimere un rapporto con la cosa non parallelo, ma analogo alla *possessio*, come la locuzione non molto differente da *esse in possessione*, cioè

---

<sup>112</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.52

una specie di detenzione qualificata della cosa. E con questa intelligenza essa ben poteva essere riferita all'usufruttuario e costituire la base dell'applicazione utile degli interdetti possessori. I testi, perciò, che parlano di *quasi possessio* dell'usufruttuario o dell'usuario non sarebbero interpolati. Ed il Giustiniano intese veramente di estendere il possesso e la difesa possessoria oltre i cancelli dell'antico possesso romano, ma egli non estendeva il carattere del possesso all'esercizio di fatto di qualunque diritto reale, né estendeva la tutela possessoria a tutti i casi di detenzione della cosa, bensì estendeva la tutela possessoria ad ogni esercizio di diritti reali, cui fosse inerente la detenzione ed il godimento vero della cosa; e, poiché ha riconosciuto per la prima volta il carattere di diritto reale dell'enfiteusi e della superficie, ha esteso anche a queste nuove figure di diritti reali la tutela possessoria. Giustiniano non ha inteso di modificare la classica nozione del possesso, ma in una forma oscura egli si propone di riconoscere ugualmente la *possessio* ed accordare la tutela possessoria, anche ad una serie di figure nettamente delimitate dal *iue in re*.

Abbiamo citato tre opinioni principali su questo tema. Il Riccobono ritiene che la *possessio iuris* sorgeva nell'epoca classica. A mio avviso, questa affermazione non corrisponde alla realtà. È molto strano che da una parte i giuristi classici ribadivano che le cose incorporali non possono essere possedute, dall'altra parte essi ammettevano il possesso dei diritti. I pretori hanno accordato ad alcuni titolari dei diritti reali la tutela interdittale, però non in via diretta, ma in via utile. Questo ha testimoniato che essi non sono i possessori, altrimenti gli possono accordare la tutela interdittale direttamente, non bisogna rivolgersi alla via utile. L'Albertario, invece, ritiene che la *quasi possessio* sorgeva solo nell'età postclassica, e tutti i testi che parlano la *quasi possessio* sono interpolati. Questa affermazione, a mio parere, è troppo assoluta. Nelle fonti classiche i testi di questo genere non sono pochi. La possibilità che tutti questi testi sono delle mani dei compilatori non è grande. L'opinione intermedia del Bonfante sembra più ragionevole. Nell'epoca classica la tutela interdittale si accordava all'usufruttuario ed usufruario solo per corrispondere le esigenze pratiche, non perché si ammetteva che essi sono possessori. Solo nell'età postclassica Giustiniano ha cambiato la classica teoria possessoria, introducendo la

*possessio iuris*, cioè il possesso di *iure in re*.

Questo cambiamento ha influito profondamente la teoria possessoria, "il possesso non è più nel mondo romano–ellenico, soprattutto nel mondo giustiniano, quell'istituto che, di solito, nel mondo romano aveva un'esistenza giuridica propria, non confondibile con la proprietà o con qualsiasi altro diritto reale. Questa normale individualità giuridica del possesso romano è ora scomparsa. Il possesso ora rappresenta l'esercizio del diritto della proprietà o di qualsiasi altro diritto reale: è uno stato di fatto che normalmente si associa ad uno stato di diritto".<sup>113</sup> Così, i titolari dei cosiddetti diritti frazionari della proprietà sono *possessores iures* o *quasi possessores*; il titolare del diritto della proprietà è *possessor*: gli uni possiedono un diritto, l'altro possiede la cosa. In questo età la *possessio* ed *actio in rem* si possono indifferentemente scambiare, perché la *possessio* è fondato sull'*actio in rem*.

---

<sup>113</sup> Id., p.129

## Capitolo IV L'acquisto, la perdita e la conservazione del possesso

### 1 L'acquisto del possesso

#### 1.1 L'acquisto del possesso *animo et corpore proprio*

In analogia ad un diritto, il diritto positivo regola anche l'acquisto, la perdita e la continuazione del possesso. Però, a rigore, come un fatto, non si potrebbe parlare di acquisto del possesso (*adquirere possessionem*), bensì tenendo presente che esso è un rapporto continuativo, di inizio del possesso (*incipere possidere*). E tale è infatti, non di rado, il linguaggio delle fonti, ma il più delle volte le apparenze s'impongono e fanno che venga trasportato nel possesso il linguaggio dei diritti.<sup>114</sup> Abbiamo saputo che il possesso sia un fatto costituito da due elementi essenziali, cioè *animo et corpore possidere*, quindi possiamo dedurre che quando si forniscono questi due elementi nello stesso tempo, si inizia a possedere, come dice Paolo "*adipiscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo aut per se corpore*" (D.41,2,3,1). Tra questi due elementi, *corpore possidere* è quello materiale, esteriore e l'*animus possidendi* è quello spirituale, interiore. Per acquistare il possesso, prima di tutto, si deve acquistare la signoria di fatto sulla cosa. Ma qual è il criterio secondo cui si giudica se è presa o no questa signoria? Su questo punto i giuristi si discutono.

Il Savigny ritiene che quando esiste "la fisica possibilità di esercitare un'azione immediata sulla cosa e di escludere ogni azione straniera"<sup>115</sup>, si può dire che il possesso è già acquistato. Dalle parole "fisica possibilità" possiamo indurre che secondo il Savigny il contatto corporale non è necessario per acquistare il possesso, basta non esistere nessun ostacolo tra la persona e la cosa, cioè la persona può esercitare la signoria di fatto quando vuole. Precisamente, per acquistare il possesso delle cose immobili è necessario e sufficiente l'essere presente nel fondo, senza bisogno di nulla farvi. Perché questo atto costituisce la immediata prossimità, la quale pone l'uomo in grado non solo di mettere in qualunque istante i piedi su ciascuna

---

<sup>114</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.277

<sup>115</sup> Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857, p.73

parte del fondo, ma parimente di fare di esso ogni sua volontà.<sup>116</sup> E per le cose mobili, quando l'intenzione è fuori di ogni dubbio, la semplice presenza della cosa basta all'effetto del prendimento, e che nessun altro atto corporale vi si richiede.<sup>117</sup>

Questa formula è stata dopo il Savigny tormentata anche essa dalla critica. Si crede che la possibilità di agire immediatamente sulla cosa non corrisponde alla realtà ed alle fonti romane. La tendenza della critica è principale per opera di Jhering. Secondo esso, "la *possessio corpore* è un fatto fisico nel senso che conviene, per stabilire la sua esistenza, prendere in considerazione elementi fisici: ma essa è in fatto che si svolge in grembo alle società umane. Quindi, siano i momenti da prendere in considerazione è un punto su cui non la pura logica dei fatti naturali decide, ma l'apprezzamento sociale. Se l'*animus possidendi* dipende dalla psicologia del possessore, la *possessio corpore* dipende, in un certo senso, dall'animo dei terzi, dalla psicologia sociale"<sup>118</sup>. Quindi noi dobbiamo nel concetto della *possessio corpore* tener presente da un lato il riferimento di questo concetto alla nozione complessiva del possesso, dall'altro la sua valutazione sociale, e potremo definire la *possessio corpore* quella qualunque relazione di fatto che nell'economia e nella coscienza sociale permette di agire quando si voglia sulla cosa ad esclusione di ogni altro. Questa definizione introduce nella nozione della *possessio corpore* un elemento variabile da popolo a popolo, da epoca a epoca. Per questo motivo, siccome nelle fonti giustinianee esistono le opinioni delle diverse epoche, quando si fa la ricerca, si deve attendere di non confondere i diversi caratteri storici.

Anche il Riccobono consente che le condizioni e gli atti necessari per acquistare il possesso variano in diverse epoche. E nel suo studio ha distinto due modi per acquistare il possesso, cioè l'acquisto originario e l'acquisto derivativo, e crede che i requisiti per questi due modi non sono uguali. "L'acquisto originario del possesso si attua unicamente in conseguenza di un rapporto diretto tra soggetto ed oggetto, e si determina, pertanto, attraverso uno o più atti che l'acquirente deve compiere onde

---

<sup>116</sup> Id., p.74

<sup>117</sup> Id., p.76

<sup>118</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.279

conseguire quella potestà di fatto, in virtù della quale diventa *ex novo* possessore: tale atto o complesso di atti, che concorrono alla realizzazione del possesso (*possessio corpore*) costituiscono la cosiddetta apprensione materiale, la quale, in ultimo analisi, rappresenta l'atto costitutivo del possesso, vale a dire la condizione necessaria e sufficiente affinché esso si generi"<sup>119</sup>.

Nelle fonti ci sono tanti frammenti in cui si trattava quest'argomento. Per esempio nel D.41,1,5,1, Gaio ha discusso se si può acquistare il possesso di una bestia ferita in caccia: *Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.* In questo frammento, Gaio non consente Trebazio chi sostiene che la bestia ferita appartenga al cacciatore "*eo usque nostram videri donec eam persequamur*", e ritiene che per acquistare essa sia necessario catturarla. La motivazione adottata da Gaio a sostegno della sua opinione è molto logica "*quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus*". Quindi, secondo Gaio in ordine all'acquisto originario l'apprensione deve intendere in senso stretto e rigoroso, cioè come materiale apprensione della cosa medesima.

Nel D.41,1,55 Proculo ha discusso una situazione analogo al precedente: *In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oportet, quaero. respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in private posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an*

---

<sup>119</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.98

*non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.* Qui il Poculo ha trattato la questione seguente: se il cacciatore che abbia teso i lacci acquistati *ipso facto* il possesso del cinghiale che vi sia rimasto impigliato, o, si renda a ciò necessario che la bestia venga direttamente appresa. Onde ragionatamente risolverla, esso distingue molte ipotesi e, tra le altre, se i lacci siano stati posti in luogo pubblico, od in fondo proprio o altrui. Infine, però, conclude che cinghiale appartiene al cacciatore non appena sia caduto nella insidia tesagli. A meno che la bestia non riesca a districarsi dai lacci e fuggire. Quindi, la cosa importa all'acquisto del possesso è, secondo il Proculo, l'effetto sicuro, materiale che l'animale non possa liberarsi, dacché allora esso è in *mea potestate*.

L'acquisto originario del possesso non solo riguarda alla presa degli animali, un'altro esempio importante è l'acquisto del tesoro nascosto sotto il fondo. In un frammento interessantissimo D.41,2,3,3, Paolo ha trattato questa questione: *Neratius et proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod brutus et manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.* Paolo ha citato le opinioni diverse di alcuni giuristi. Prima, Neratio e Proculo ritengono che il concorso dell'elemento spirituale è sufficiente all'acquisto del possesso, solo in quanto la *possessio corpore* già sussista dal momento che il tesoro, facendo parte del fondo, si trova della disponibilità del proprietario. Poi, il Bruto ed il Manilio sostengono che sia

possibile l'usucapione del tesoro insieme all'usucapione del fondo, anche se il possessore ne avesse ignoto l'esistenza. Paolo non consente nessun'opinione precedente, e sostiene che in questo caso l'opinione più diffusa, cioè quella di Sabino sia più giusta, secondo la quale la consapevolezza dell'esistenza del tesoro nel proprio fondo non è sufficiente per acquistare il possesso di esso, bisogna prenderlo materialmente.

Come si vede, da Manilio a Paolo v'ha tutta una graduazione di opinioni diverse, dalla quale soprattutto emerge un contrasto tra i proculeiani ed i sabiani. I quelli ultimi ritengono che la volontà del soggetto per l'acquisto originario del possesso debbesi realizzare con un atto materiale, né si possa, senza l'apprensione, pervenire all'acquisto originario del possesso. I proculeiani, invece, ritengono sia sufficiente che il possessore avesse cognizione del tesoro nel fondo e l'*animus* di acquisirlo.

Un'altro caso tipico dell'acquisto originario del possesso è l'*occupatio bellica*. Nel D.41,2,18,4, Celso dice che l'esercito invasore acquista il possesso solo del territorio realmente occupato. *Rursus si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intraverit optinet.*

Indubbiamente ci sono più casi dell'acquisto originario del possesso, però, purtroppo, non possiamo esaminare tutti quanti. Dai testi esaminati, possiamo concludere il principio originario e la tendenza dello sviluppo di esso nel diritto romano. "Mentre nel periodo antico doveva essere assoluta la concezione materialistica, (per guisa dell'acquisto originario del possesso si richiedeva un contatto materiale diretto tra l'acquirente e la cosa), però verso la fine della repubblica, ad opera dell'elaborazione scientifica del diritto (come si è visto a proposito della caccia con Trebazio), si comincia a delineare la tendenza ad estendere la sfera della materiale apprensione, ammettendosi da taluni (Proculeiani) la possibilità di provenire l'acquisto originario del possesso anche con mezzi meccanici".<sup>120</sup> Nell'epoca più tarda, con la tendenza dello spiritualizzamento nel possesso, la richiesta della presa materiale per l'acquisto originario del possesso viene superata in più aspetti.

---

<sup>120</sup> Id., p.106

Fin'ora, abbiamo analizzato l'acquisto originario del possesso, una parte molto importante dell'acquisto del possesso. Però non dobbiamo dimenticare che ci sia un'altro modo per acquistare il possesso, cioè l'acquisto derivativo. Infatti, l'acquisto derivativo del possesso si tratta in conseguenza di un rapporto tra due persone, l'una delle quali trasferisce all'altra la potestà di fatto sulla cosa. Si estrinseca, però, nella traditio si realizza in virtù della volontà del tradente a dismettere il possesso in favore dell'acquirente e del comportamento di questo a conseguirlo.

Alcuni ritengono che come un stato di fatto il possesso non si può ammettere trasferimento. Il fatto deve essere realizzato dall'acquirente con i propri atti idonei a stabilire la signoria sulla cosa. Quest'opinione sembra ragionevole apparentemente, però quando si pensa più profondamente, non si può consentire. Perché è incontestabile che ove la signoria di fatto sulla cosa sia costituita, il terzo si troverà più agevole di sostituirsi all'attuale possessore, il quale si ritira volontariamente per rendere possibile allo stesso l'acquisto della cosa. In questo senso può parlarsi di un acquisto derivativo del possesso, perché il possesso è tuttavia una relazione della persona sulla cosa, che ha valore e riconoscimento, in primo luogo, nell'ordine sociale. Quindi quando dei prassi si fa e si riconosce l'acquisto del possesso in questo modo, non si può negare solo per il conflitto teorico.

Rispetto all'acquisto originario del possesso, nell'acquisto derivativo l'elemento psicologico assume via via importanza prevalente. La differenza tra questi due modi dell'acquisto del possesso è ovvia: quello originario si costituisce unicamente in base ad un rapporto da soggetto ad oggetto, invece il derivativo, consegue ad una relazione tra due persone, l'antico ed il nuovo possessore. È quindi ben logico che, l'acquisto originario deve sempre riconnettersi ad un atto reale, in base a cui possa accertarsi la costituzione di un possesso prima inesistente. L'acquisto derivativo, invece, si presenta sotto un aspetto tutto diverso, in quanto il possesso già esiste e deve semplicemente trasferirsi dal tradente all'acquirente. È appunto per questa ragione che in ordine ad esso con lo sviluppo della dottrina si attribuisce maggiore rilievo all'*animus*. Quindi, possiamo dire che anche se in origine anche nell'acquisto derivativo la *possessio corpore* è indispensabile, nel periodo posteriore, la presa

materiale della cosa non è necessaria almeno in alcuni casi. Questa tendenza si vede dallo sviluppo della *traditio*.

Quando si tratta l'argomento dell'acquisto derivativo del possesso, non si può prescindere la *traditio*, perché proprio mediante la *traditio* l'acquisto derivativo si effettua. Onde si può affermare che l'apprensione dell'oggetto costituisce il momento centrale dell'acquisto derivativo. Essa, però, non deve necessariamente esplicarsi, come per l'acquisto originario, in senso rigorosamente materialistico, dacché, in ordine all'acquisto derivativo predomina l'elemento spirituale del possesso.

Ai primordi dell'Impero, l'apprensione materiale viene intesa in senso molto attenuato, e già si manifesta nella dottrina una certa tendenza a spiritualizzarlo, la quale si svolge successivamente ad opera soprattutto dell'elaborazione giurisprudenziale. Nonostante esista questa evoluzione, però, nell'acquisto derivativo del possesso i Romani mai prescindono dal requisito della consegna della cosa, anche nelle forme più spiritualizzate di *traditio*, in cui l'acquirente non compie materialmente alcun atto di apprensione. In ogni caso, infatti, l'acquisto non ha luogo se non quando, avvenuto l'accordo tra le parti, l'oggetto si trova effettivamente nella piena disponibilità dell'acquirente come appunto si verrebbe a trovare in seguito alle più materiali delle tradizioni. Però, nelle fonti più tardi possiamo trovare gli esempi in cui la tradizione non solo si realizza indipendentemente da qualsiasi atto di presa dalla parte di acquirente, ma la cosa resta nella situazione di fatto che aveva prima della tradizione stessa, la quale si riduce ad una mera finzione, fondandosi unicamente sul consenso delle parti, che in virtù della legge può operare il trasferimento del possesso. L'esame esegetico di questi testi ci rivela che si tratta di costituzioni giustinianee.

Abbiamo già dimostrato che la tradizione diventa sempre più spiritualizzata nel diritto romano. Nell'epoca tarda esistono i modi speciali in cui non bisogna consegnare materialmente la cosa dal tradente all'acquirente. In pratica, questi modi non sono pochi. Ora analizziamo tre di essi più tipici e importanti.

#### *Traditio longa manu*

La *Traditio longa manu* è un modo di trasferire il possesso, in cui il tradente

trasmette all'acquirente la potestà di fatto sulla cosa con indicargliela e mettergliela a disposizione.

D.41,2,18,2

*Celsus* 23 D.

*Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat vacuumque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.*

In questo frammento Celso dice che quando la persona, la quale mi abbia venduto un fondo me ne mostri i confine dall'alto di una torre, io ho acquistato il possesso, così come se vi fosse materialmente entrato. Nel diritto romano, per acquistare il possesso del fondo, di regola bisogna l'acquirente gli entrare. Questo è un atto tipico per dimostrare la prensione materiale dell'oggetto immobile. Però quando non è conveniente entrare (ad es. il fondo si trova in un luogo lontano), basta il tradente indicare la sua posizione precisa e trasmettere la disponibilità sul fondo all'acquirente. Per quanto riguarda questo frammento, alcuni giuristi hanno messo in dubbio la sua genuinità, nonché la D.41,2,3,1 di Paolo, in alcuni papiri ravennati è espressamente dichiarato che il donatario di un fondo lo abbia girato tutto per acquistare il possesso. Però, secondo il Riccobono, è ingenuo ed inconcludente addurre a pro di una tesi così grave dei semplici documenti notarili, quali i papiri citati. In essi, si trovano assai spesso inserite delle dichiarazioni puramente formali, che, come quella menzionata, rappresentano solo un relitto storico. Non mancano peraltro esempi di genere, ad esempio, in alcuni documenti notarili medioevali che si riferiscono a stipulazioni si dichiara che le parti contraenti hanno adempiuto alla formalità della stipulazione orale. Evidentemente, questo non risponde alla realtà, perché sappiamo per sicura che già prima dell'età giustiniana questa forma solenne è del tutto abbandonata e sostituita dall'atto scritto. Quindi i papiri ravennati non possono infirmare la genuinità dei due testi che abbiamo citato. Ed il frammento D.41,2,18,2 ci attesta che anche al trasferimento del possesso dei fondi, la *traditio*

*corporis* tende ad attenuarsi, fino quasi a scomparire.<sup>121</sup>

### *Traditio clavium apud horrea*

Nelle fonti ci sono i testi in cui si dimostra che la consegna delle chiavi produce il trasferimento delle merci che sono custodite nei magazzini. Così, l'acquirente acquista il possesso della cosa senza la prensione materiale, come dice Papiniano nel D.18,1,74: *clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur*.

Il Savigny ritiene che la chiave ha doppio significato: prima, la chiave non si vede se altro che un simbolo, e che da ciò si passasse a pretendere che qualunque altro cosa poteva adoperata ugualmente che la chiave, non per altro nominata in diritto romano, che per modo di esempio; secondo, la chiave anche serve ad un altro uso, cioè a dischiudere le cose rinchiusa ed egli dimostra che la sola presenza è sufficiente al prendimento delle cose mobili.<sup>122</sup>

Il Riccobono ritiene che per i giureconsulti il possesso è una *res facti* e non può iniziarsi che mediante un atto corporeo. Quest'atto può essere più o meno apparente, ma non si può abolire e non ammette surrogati o simboli. Ciò si ottiene con la consegna della chiave in vicinanza dell'edificio, perché allora si ha il mezzo idoneo per realizzare il potere di fatto su medesimo, che è sul posto o vicino; e che perciò si trova immediatamente a disposizione esclusiva dell'acquirente. Papiniano richiede ogni volta la presenza della cosa e ne fa una condizione essenziale.<sup>123</sup> Anche in altri frammenti (D.41,2,1,21; D.41,2,9,6 e Inst.II.1,45) si vede la stessa richiesta. Però, nell'età giustiniana la tradizione della chiave effettua per sé stesso il trasferimento del possesso e della proprietà, la vicinanza dell'oggetto non è più richiesta. Perché i giureconsulti avevano considerato le chiavi soltanto come un mezzo meccanico che

---

<sup>121</sup> Id., p.123

<sup>122</sup> Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857, p.77

<sup>123</sup> Vat.Fra.264.265, D.39.5.31.1, D.16.3.5

rende possibile esercizio del potere di fatto, mentre nella compilazione esse divennero un simbolo; rappresentano la cosa, che perciò è indifferente se sia vicina o lontana la cosa. Quindi, secondo il Riccobono, l'opinione di Savigny riflette solo le situazioni dell'epoca giustiniana.

#### *Traditio brevi manu*

La *traditio brevi manu* è un altro modo speciale della tradizione, il quale significa che nel caso in cui l'acquirente ha già detenuto l'oggetto in un altro titolo (depositario, comodatario, etc.) prima che le due parti hanno accordato sulla tradizione, l'acquirente diventa il possessore senza bisogno di prenderlo di nuovo. Nelle fonti in ordine alla *traditio brevi manu* i testi sono numerosi ed è fatto degno di rilievo che molti di essi si riferiscono ai giureconsulti proculeiani. Secondo essi, il detentore diventa il possessore immediatamente con solo mutare della volontà, "*solo animo*", quindi senza bisogno di "*locomotio*" della cosa, come esigevano i sabiniani.

Un testo interessante su questo tema è D.41,2,9,9 in cui Ulpiano ha citato l'opinione di Nerva e Proculo. Secondo essi se il depositante consente al depositario l'uso del deposito a titolo di mutuo, questo ne acquista il possesso *ipso facto*, indipendentemente da qualsiasi atto che ne riveli l'animo, rimanendo perciò soggetto a tutti i rischi ed a tutti gli obblighi inerenti al mutuo.

Un altro frammento importante è D.41,1,9,5 in cui il Celso ha riconosciuto la *traditio brevi manu*. Questo frammento costituisce una chiara prova dello svolgimento dottrinale del possesso, ed in particolare, del fatto che la *traditio brevi manu* è, al tempo di Gaio, pienamente accolta dalla giurisprudenza romana. Qualche giurista (ad es. Solazzi) ritiene che questo frammento sia interpolato, perché il Celso si distacchi dall'opinione dei Sabiniani. Però il Riccobono non lo consente e ritiene che esso attesta l'evoluzione dell'acquisto derivativo del possesso, che, orientandosi verso forma più spiritualizzata, si allontana via via dal concetto materialistico della *traditio corporis*.

I modi della tradizione sono decisi dai prassi sociali. Nell'età postclassica e medievale, con lo sviluppo del sistema commerciale la tradizione si diventa sempre più spiritualizzata. In questo periodo, sorgono tanti altri modi speciali della tradizione,

ad esempio, apporre la proprio marca sull'oggetto acquistato, *constitutum possessorium*, *traditio instrumentorum*, *subscriptio instrumentorum*, *traditio tacita*, etc. Dall'evoluzione della tradizione, si vede che nel processo dello sviluppo del diritto, il buon senso è un elemento più importante, perché esso si nutre d'esperienza, la quale arriva a discernere istintivamente qual che è utile, qual che serve in maniera semplice e diretta, da quel che è inutile; la dottrina, invece, ha un'importanza meno rilevante, perché essa è arzigogolata e tirata in base ad elementi che non hanno sostrato nella vita.

## 1.2 L'acquisto del possesso per gli altri

Il possesso è un fatto di natura costituito da due elementi essenziali, l'*animus possidendi* e la *possessio corpore*. Per iniziare il possesso, si deve fornire questi due elementi nello stesso tempo. Però, non è necessario che sono esistenti sulla stessa persona. Questo vuol dire che una persona può acquistare sia *animo et corpore proprio*, sia *animo nostro, corpore alieno*. Come dice Paolo nel Rec.Sent.5, 2, 1: *possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*. Nel D.41,1,53, il Modestino ha espresso la stessa opinione: *ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus*.

Le persone per cui si può acquistare il possesso possono essere divise in due gruppi: il primo include le persone soggette al possessore, cioè le persone nella famiglia, come lo schiavo, il *filiusfamilias*, ecc.; il secondo include tutte le persone esterne della famiglia.

Prima, vediamo l'acquisto del possesso al *paterfamilias* per mezzo delle persone soggette. Abbiamo già trattato l'acquisto del possesso del *filiusfamilias* nel capitolo precedente, quindi qui trattiamo principalmente l'acquisto dello schiavo del possesso per *paterfamilias*. Nel diritto romano, lo schiavo non è un vero soggetto, ma solo uno strumento intelligente, quasi un ordigno per apprendere. Il diritto romano, sia nell'epoca classica che nell'epoca postclassica ammette l'acquisto del possesso per

mezzo dello schiavo. Però, mercé altre persone chi si trovano le simili situazioni dello schiavo, come le persone soggette alla *manus* od al *mancipium* o lo schiavo tenuto in usufrutto, almeno nell'epoca classica, non si acquista il possesso, perché queste persone non sono possedute dal *paterfamilias*. Nel diritto giustiniano le persone soggette al *manus* od al *mancipium* non esiste più, e si inizia a permettere l'acquisto del possesso mediante il servo usufruttuario, però solo nel caso di *ex re nostra* od *ex operis eius*.

Siccome il servo non può sostituire il padrone se non nella *possessio corpore*, quindi quando il padrone acquista il possesso per il servo, di regola, esso deve aver l'*animus possidendi*, cioè esso deve almeno sapere il fatto che il suo servo ha preso il possesso di una cosa. Però, nelle fonti ci sono tanti testi in cui si dice che anche il padrone ignaro può acquistare il possesso per il servo (D.41.2.44.1; D.41.2.1.5; D.41.2.34.2, ecc.). Su questo punto i giuristi moderni dibattono. Il De Francisci, a cui aderiscono anche l'Albertario e il Riccobono, ritiene che secondo il principio classico il servo acquista per il padrone ignaro solo dalla *peculii causa*. "L'applicazione generale della regola *domino ignorantibus acquiritur* oltre che la *causa peculiaris* rappresenta il principio nuovo. I testi che non contengono il limite della *causa peculiaris* sarebbe stati interpolati mediante la cancellazione delle parole *ex peculii causa* e *peculii nomine*; i testi che le contengono ci conserverebbero il diritto storico, conforme al duplice carattere pratico e storico-scientifico della compilazione giustiniana. A parte le tracce dell'interpolazione nei singoli testi, la tendenza nuova sarebbe dimostrata dal fatto che i bizantini, i quali perseguono sempre i motivi nuovi della compilazione giustiniana, dando ad essi un risalto maggiore, hanno soppresso la *peculii causa* in alcuni testi più caratteristici, ove la avevano conservata i compilatori".<sup>124</sup>

In contrario all'opinione del De Francisci, il Beseler ritiene che il principio classico sarebbe stato generale dello schiavo *domino etiam ignorantibus*, senza distinguere se fatto *peculii nomine* od altrimenti, vale a dire *ex omnibus causis*: la

---

<sup>124</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.337

restrizione al peculio è opera dei compilatori. Questa limitazione sarebbe stata indotta dalla irriflessiva tendenza dei compilatori di mantenere fermo il parallelismo tra il servo e *filiusfamilias*, il quale ormai acquista di regola per sé, e doveva quindi dirsi che acquista al padre, quando acquista *peculii nomine*. Tuttavia non tutti i testi che contengono la limitazione del peculio sarebbe interpolati dai compilatori. In parte essi sono relativi all'usucapione e per qual che concerne l'usucapione già il diritto classico ammetteva che il soggetto a potestà potesse rappresentare il *paterfamilias* nella *bona fides* soltanto negli acquisti *ex causa peculii*.

L'opinione del Solazzi è intermedia tra quelle due che abbiamo citato. Secondo esso, già nell'epoca classica una schiera di giureconsulti, forse i proculeiani, a cui si accosta Ulpiano, a differenza di Paolo, dovevano aver oltrepassato, in testi generali almeno, i confini della *peculii causa*. I compilatori hanno posta a base della trattazione il giureconsulto Paolo, che se non è sabiniano, è in generale un seguace delle teorie sabiniane: i concetti proculeiani, a cominciare dal *solo animo adquirere*, fanno capolino soltanto in alcune speciali applicazioni (ad es. infanti, furiosi, municipes, ecc).

Il Bonfante consente all'opinione del Solazzi. Esso ritiene che l'opinione del Beseler non corrisponde né ai dati generali né alle fonti, invece quella di Solazzi, la quale non è tanto lontano da quella di De Francisci, è più prossima al vero. Considerando la nozione e la natura classica del possesso, aderisco a quest'opinione. "L'acquisto del possesso deve essere distinto nettamente dall'acquisto dei diritti ed in linea di principio il servo non può sostituire il padrone se non nella *possessio corpore*. La regola originaria, conferma a questi concetti, non poteva essere se non quella di ammettere il servo ad acquistare *domino ignorantibus* soltanto *peculii nomine*, in quanto il peculio implica una volontà generale di fare proprio ogni acquisto di possesso dalla parte di servo, implica cioè l'*animus possidendi* di *dominus*. Che questo concetto sia oltrepassato per gli incapaci di agire, che nell'epoca romano-ellenica vi sia stato una tendenza a non tenere conto della *causa peculiaris*, è plausibile. In ultima analisi per epoca romano-ellenica ciò si ricollega all'altra

tendenza di riavvicinare il possesso al diritto".<sup>125</sup>

Abbiamo detto prima che nel diritto romano si può acquistare il possesso anche per mezzo delle persone estranee alle famiglie, cioè per il procuratore. Questo è importante, perché nel diritto classico non si può acquistare mediante persone libere estranee alle famiglie, ma solo mediante i propri soggetti, cioè *per extraneam personam nihil adquiri potest*. Questa regola corrisponde alla tradizione romana secondo cui la famiglia romana era un piccolo Stato e le persone della famiglia acquistavano ad essa anche senza ordine o scienza del *paterfamilias*, perché non potevano acquistare per sé stesse. Però, per quanto riguarda il possesso, la situazione è diversa. Siccome il possesso è un fatto e non è un diritto, si può acquistare non solo mediante le persone della famiglia, ma anche mediante quelle libere estranee alla famiglia. Infatti il tema del possesso è lo spunto della rappresentazione nel diritto romano. Vediamo due testi classici in cui si trattava quest'argomento:

Gai.2, 95. *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. ed hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. tantum de possessione quaeritur, an (per procuratorem?) nobis adquiratur.*

Paul.Sent.5, 2, 2. *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.*

Da questi due frammenti si vede che anche se Gaio disputa l'acquisto del possesso mediante il procuratore, Paolo lo riconosce. E possiamo dire che già nell'epoca classica inizia la regola che il procuratore acquista al dominus anche se ignaro il possesso. Questa regola è affermata anche in altri testi (D.41,2,34,1; D.41,1,13,1; D.47,2,14,17, ecc.).

Inoltre, possiamo anche trovare alcuni testi nelle fonti in cui questa regola si

---

<sup>125</sup> Id., p.339

estende in una forma generale, cioè dal procuratore alla persona libera (D.13,7,11,6; C.7.32.1). Così il principio antico diventa *per liberam personam possessionem adquiri potest*. Però, la maggiore parte dei giuristi moderni ritengono che questa è una alterazione dei compilatori. Per esempio nel D.41,2,2 Ulpiano dice *Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis per servum et per liberam personam adquiratur*. Il Knipf suppone che i compilatori abbiano sostituito la libera persona al *procurator* in questo frammento. Però, l'Alibrandi non consente, perché "i *municipes* non hanno *procurator*", il quale sembra piuttosto incline a mantenere a soltanto la menzione del servo: probabilmente tutta la frase finale dopo il verbo *possint* si riduceva alle parole *per servum*. Ulpiano doveva partecipare all'opinione del Nerva, il quale con la giurisprudenza sabiniana, ritiene che i *municipes* possono almeno possedere ed usucapire mediante gli schiavi.

Una serie di testi dimostra un'altra tendenza di Giustiniano, cioè estende a tutti gli amministratori le facoltà di rappresentazione concesse al procuratore, così troviamo i testi in cui accanto al procurator è menzionato anche il tutor od il curator (D.41,2,1,20; D.13,7,2,6-7; D.6,2,7,10, ecc.). Il Solazzi ritiene che sia possibile che questa sia il pensiero dei giureconsulti classici. Perché "il tutore è al pari del procuratore *omnium bonorum* un rappresentante stabile ed un organo permanente del pupillo, almeno in tutti i casi in cui questi non può agire e quegli non può limitarsi a integrarne la capacità. Che se poi ripensiamo al motivo, tanto bene illustrato dallo Scialoja, per cui i Romani ammisero che il procuratore potesse acquistare il possesso al principale, ci accorgeremmo che esso calza egualmente al tutore, il procuratore non rappresenta il suo principale nell'acquisto soltanto, ma altresì nel rapporto del fatto con la cosa. Orbene, in questa situazione si può trovare anche il tutore; vi sono anzi dei casi in cui è necessario che il tutore prolunghi la sua amministrazione oltre la semplice conclusione del negozio. Ce n'è abbastanza per supporre che il diritto classico abbia finito con il trattare alla pari tutore e procuratore."<sup>126</sup> Però, non tutti i giuristi pensano così. Per esempio, il Bonfante ritiene che il possesso esige

---

<sup>126</sup> Id., p.363

costantemente l'*animus* del possessore, quindi anche in ordine agli schiavi essi non acquistano *domino ignoꝛanti*, se non dove il *dominus* ha manifestato per lo meno una volontà generale mediante la concessione dell'*administratio* del patrimonio corrisponde alla concessione dell'*administratio* peculii. Invece nel caso di tutore, non vi è nessuna manifestazione di volontà da parte dell'impubere, la quale possa sostituire fino ad un certo segno l'*animus* del possessore. Quindi tutto poeta a credere che è stato Giustiniano a estendere la possibilità di rappresentanza in ordine al possesso a tutore e curatore, cioè in generale ad ogni amministratore.

Per quanto riguarda l'acquisto del possesso mediante persone libere estranee alla famiglia, l'ultima questione è l'acquisto per il mandatario. Sebbene si ammette l'acquisto del possesso per il procuratore, però, esistono i testi che negano l'acquisto del possesso per il mandatario (D.41,1,59; D.41,3,13,2; C.45,1,135,2, ecc.). Per chiarire questa questione, prima di tutto, dobbiamo sapere qual è la differenza tra il procuratore ed il mandatario nel diritto romano. L'opposizione stabilita tra il procuratore ed il mandatario si solleva risolvere nell'antica dottrina con l'asserire che procuratore era il mandatario che agisce in nome del mandante, il nostro mandatario con la rappresentanza; mentre *is qui mandatum accepit* sarebbe il mandatario che agisce in nome proprio, il nostro commissionario. Ma lo Schlossmann non consente. Secondo esso, il procuratore è una persona alla dipendenza del *paterfamilias*, in genere un suo liberto che amministra gli affari, ed il tipo genuino sarebbe il procuratore *omni bonorum*. Ma precisamente il procuratore non sarebbe munito di mandato.

Lo Scialoia respinge questa idea e ritiene che la caratteristica vera del procuratore consiste appunto nell'essere il rappresentante stabile del principale, un organo permanente nell'amministrazione, e l'acquisto mediante il procuratore sarebbe stato riconosciuto appunto perché questo, non essendo costituito per un determinato affare come il vero e proprio mandatario, bensì per un gestione prolungata, rappresenta alla pari dello schiavo il suo principale, non tanto nell'acquisto quanto durevole rapporto di fatto con la cosa, che è l'essenza del possesso. Però, nell'epoca giustiniana questi due istituti distinti si confondono.

Nel diritto classico si riconosce l'acquisto del possesso *etiam ignorantibus* soltanto mediante il procuratore, cioè mediante il procuratore *omnium bonorum*. I giuristi insistevano, perciò, nel dire che mediante il mandatario non si poteva acquistare. Mentre nel diritto giustiniano si ammette che il possesso possa essere acquistato mediante qualunque persona libera. Perciò, bisogna ritenere che il possesso possa essere acquistato sempre nel diritto giustiniano per mandatario, al mandante.<sup>127</sup> A causa di questi due atteggiamenti diversi, i testi relativi nel Digesto sono in confusione: alcuni parlano dell'acquisto mediante il procuratore; alcuni negano l'acquisto mediante il mandatario ed alcuni ammettono l'acquisto mediante la persona libera.

Fin'ora abbiamo trattato l'acquisto del possesso per gli altri. Nel diritto romano si ammette l'acquisto del possesso sia per mezzo delle persone soggette (schiavo, *filiusfamilias*) che per le persone libere. A proposito delle ultime, esiste una tendenza di estendere. Nel diritto classico si può acquistare soltanto mediante il procuratore, mentre nel diritto giustiniano si può acquistare mediante qualunque persone libere, includendo il tutore, il curatore ed il mandatario.

## **2 La perdita del possesso**

### **2.1 Le situazioni generali**

La perdita del possesso è un tema che rappresenta, sotto altro aspetto, gli stessi motivi e gli stessi problemi dell'acquisto. Il punto di vista è sempre l'apprezzamento sociale, il quale per ragioni ovvie procede con più larghezza verso il possessore o presunto possessore in tema di perdita che non in tema di acquisto.<sup>128</sup> In genere, quando cessano le condizioni giuridiche o gli elementi costitutivi del possesso, il possesso sarebbe tenuto perduto. I casi appartengono al primo includono la cessazione della capacità del soggetto (ad es. il possessore diviene lo schiavo), e la cessazione della capacità dell'oggetto (ad es. la cosa diventa la cosa *extra commercium* o cosa sacra, o lo schiavo posseduto diventa libero). I casi appartengono al secondo

---

<sup>127</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.311

<sup>128</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.403

includono le situazioni in cui è perso uno od altro degli elementi essenziali del possesso, cioè l'*animus possidendi* e la *possessio corpore*.

La difficoltà che presenta il tema della perdita del possesso *animo* o *corpore* dipende, in una misura anche maggiore che non per il tema dell'acquisto, dall'essere una pura questione di fatto e della variabilità di quell'apprezzamento sociale secondo i tempi, dato il complicarsi della economia, l'affinarsi degli usi e della coscienza. Tanto nella perdita *corpore* quanto nella perdita *animo*, come accade nel rapporto parallelo del matrimonio, il criterio sociale influisce nel senso che restringere la cessazione del rapporto per lo spiritualizzarsi progressivo della nozione dell'istituto.

Secondo la regola generale, diverso dall'acquisto e la conservazione del possesso, per la perdita, basta cessare solo uno dei due elementi costitutivi del possesso. Perché per l'esistenza del possesso, bisogna appoggiarsi al medesimo accoppiamento di un fatto con l'animo, dunque essa rimanga esclusa quando codesto accoppiamento è cessato, cioè tutte le volte che od il solo fatto corporale od il solo animo cessa, o cessano entrambi al tempo medesimo. Questa regola che è consentita dai giuristi classici è affermata chiaramente da Papiniano nel D.41,2,44,2 *eius quidem, quod corpore nostro tenevamus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore*. Però nelle fonti anche esiste un testo particolare del quale discutono i giuristi:

D.41,2,8

Paulus 65 ad ed.

*Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

Questo frammento ha dato la grande difficoltà ai giuristi moderni, perché il senso apparente di esso non corrisponde alla regola generale. L'Alibrandi ritiene qui si vede chiaramente che il punto, a cui mirava il Paolo, era di definire la necessità di un atto contrario, non la simultaneità o l'alternativa del difetto ne'due elementi. Non v'è dunque che la difficoltà grammaticale nata dalla voce *ultrunque*. Ora questa parola può adoperarsi nel semplice significato di relativo a due prescindendo dalla loro

congiunzione o disgiunzione.<sup>129</sup> Questo senso del *ultrumque* non è isolato, si trova anche in altre fonti letterarie e giuridiche (ad es. Varro, *de re rustica* 1, 2, 14; Cicero, *de officiis*, 3, 15; D.38,10,1,16; D.31,1,3; C.7.60.3.3). Inoltre, lo stesso Paolo ha affermato "*igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest*" nel D.41,2,3,6, è molto strano se lo stesso giurista esprime due diverse opinioni sullo stesso tema.

In origine, anche il Savigny reputava così, cioè *ultrumque* significa *alterutrum* qui. Però, scosso da alcune osservazioni del Thibaut e dell'Hugo, ha cambiato la propria opinione, avvertendo che la parola *ultrumque* avesse mai codesto preciso significato del *alterutrum*. Secondo esso, il filo delle idee nel passo del Paolo sarebbe questo: nelle obbligazioni la estinzione è, per regola, simile alla origine, di modo che si fonda sopra di un atto della medesima indole di quello onde ebbe origine la obbligazione, e non può mai verificarsi né senza un atto qualunque, né per un atto d'indole differente. Così accade parimente al possesso. Come, cioè, esso si acquista mediante un dato modo di agire, così si perde ancora unicamente per un avvenimento contrario, il che è rigorosamente vero per ambedue le cause di acquisto, cioè tanto per fisico avvenimento, quanto per atto morale. Evidentemente, pertanto, la forza del discorso non sta nell'*ultrumque*, ma nel *contrarium actum est*. Si volle dire, insomma, che la perdita del possesso non può aver luogo né senza un nuovo atto, né per un fatto d'indole differente, ma soltanto per il medesimo onde l'acquisto si verifica; e che questa, identità si richiede non già solamente per fatto materiale, e neppure per l'intellettuale soltanto, ma sì per ambedue insieme.<sup>130</sup>

Il Savigny ha chiarito il significato esatto della parola *ultrumque*, ma non ha spiegato la discordia tra questo testo e la regole generale del diritto classico. Questo lavoro è fatto dai giuristi più recenti. Secondo l'Albertario, la spiegazione è soprattutto fondata sull'acuto rilievo già fatto dal Gifanio e dal Cupero. Questi giuristi tengono molto opportunamente presente l'iscrizione del passo del Paolo, la quale ci permette di conoscere in quale parte del suo commentario all'Editto il passo originariamente si

---

<sup>129</sup> Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, p.63

<sup>130</sup> Albertario, E., *Corso di dirittoromano: il possesso* vol.II, Padova, 1914, p.7

trovava. L'iscrizione dice: Paulus 65 ad edictum. Ora, nel libro 65 ad edictum Paolo—come si può vedere attraverso la palingenesia *iuris civilis* del Lenel—commentava l'*interdictum unde vi* e l'*interdictum uti possidetis*: i due interdetti romani riferenti esclusivamente ai fondi. Quindi si può dire che il principio affermato da Paolo è un principio eccezionale, riferentesi originariamente soltanto ai fondi, suggerito dalla necessità di toglier valore all'usurpazione clandestina: non infirmante quindi il principio generale, affermato dallo stesso Paolo e dagli altri giuristi, secondo il quale il possesso si perde se viene meno l'uno o l'altro dei due elementi. Però, i compilatori gli mettono nel titolo *de acquirende vel amittenda possessione* (D.41.2), così gli fanno acquistare un indiscutibile valore generale.

L'opinione di Riccobono è molto vicina a quella dell'Albertario che abbiamo citato. Secondo esso, la regola in questione si riferisce unicamente alla perdita del possesso conservato *solo animo*, che, invece, costituisce un caso del tutto nuovo ed eccezionale rispetto alle norme di diritto antico. La dottrina dominante a tempo si Paolo ammette che il possessore di un fondo conservi il possesso, ancorché un altro lo occupi clandestinamente, finché non manifesta di non volere più possedere: in questo caso, adunque si abbia perdita del possesso è necessario che, oltre l'*actum in contrarium* relativo alla possessio corpore, se ne produca un'altro, dal quale si possa desumere la volontà di perdere il possesso. Questa spiegazione infatti ha un appoggio diretta nel D.41.2.46 del Papiniano.<sup>131</sup> Quindi Paolo qui non esprime la regola generale, ma solo una norma particolare, relativo solo alla *possessio quae animo retinetur*.

Questa opinione è molto persuasiva, al quale aderisce anche il Bonfante.<sup>132</sup> Dall'analisi precedente possiamo dedurre che Paolo non ha intenzione di abolire la regola generale, veramente rispondente alla struttura dell'istituto del possesso e profondamente logico, secondo il quale quando cessa uno dei due elementi essenziali, cioè la *possessio corpore* e l'*animus possidendi*, il possesso sarà perduto.

---

<sup>131</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.191

<sup>132</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.428

## 2.2 La perdita del possesso ritenuto *animo et corpore proprio*

### 2.2.1 La perdita della *possessio corpore*

Passiamo all'analisi delle situazioni specifiche. Abbiamo sottolineato tante volte che il possesso è un istituto più vicino alla vita umana, quindi i suoi contenuti devono essere decisi non solo dalla pura logica, ma anche dalle esigenze pratiche. Per quanto riguarda la perdita del possesso, sebbene il criterio generale è chiaro e semplice, considerando le ricchissime e complessissime situazioni nella vita sociale, quando si lo applica, si deve considerare tanti altri elementi che variano da epoca ad epoca, dal luogo al luogo. Come ha sostenuto il Bonfante "bisogna distinguere il carattere permanente dell'evento dal carattere transitorio, che può apparire socialmente ed economicamente conciliabile con la continuazione del possesso e della volontà dominatrice: poiché giova sempre tenere presente che la *possessio romana* significa signoria vera, non già detenzione o mera insistenza corporale e precaria. Nello stato delle fonti romane che ci presentano un ammasso di responsi di varie epoche e di vari giuristi, il criterio posto, dato il suo carattere storico e psicologico, serve talora più a spiegare che ad eliminare i dubbi; ma considerando il diritto giustiniano come un corpo di leggi positive, occorre valutare i motivi prevalenti che ispirano la legislazione di Giustiniano".<sup>133</sup>

Abbiamo dimostrato che quando cessa la signoria materiale sulle cose, cioè la *possessio corpore*, si perde il possesso. Però, per giudicare la cessazione della *possessio corpore*, ci sono diversi criteri corrispondenti alle diverse situazioni. Vediamo prima la perdita della *possessio corpore* delle cose mobili. Paolo ha dimostrato la regola generale per la perdita della *possessio corpore* delle cose mobili nel D.41.2.3.13 *Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tantum cessat*

---

<sup>133</sup> Id., p.404

*interim diligens inquisitio*. Per conservare il possesso delle cose mobile, è necessario esistere una custodia reale dalla persona sulla cosa, cioè la possibilità di apprendere l'oggetto quando si voglia, come intendono i Romani. Quando si perde questa custodia assolutamente, in guisa che sia impossibile o si possa reputare impossibile di rintracciarla, il possesso è perso. Che l'altro abbia acquistato il possesso, o no, è del tutto indifferente. Se, per esempio, uno schiavo altrui ruba la cosa nostra senza comando del suo padrone, né lo schiavo né il padrone acquistano cotesto possesso, ma il nostro possesso è perso decisamente. Ma anche senza l'azione di un terzo può rimanere esclusa la possibilità di azione per parte nostra: così se il luogo, in cui la cosa si trova, è inaccessibile, per esempio la cosa va perduta in naufragio e non sembra che possa, sul momento almeno, veniva estratta dalle acque (D.41, 2, 13pr). Quando si smarrisce la cosa momentaneamente, o dimentica dove ha messa, il possesso non è perso, perché *praesentia eius sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio*. Papiniano ha discusso una questione simile nel D.41, 2, 44pr.

*Papinianus 23 quaest.*

*Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thesauri memoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, ¶ ius possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum, nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, ¶ quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem, cum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset. itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum, supra terram an infra terram possideam, nihil intersit.*

In questo frammento Papiniano riteneva che una persona chi ha nascosto le monete nel fondo e poi ha dimenticato il luogo preciso non perde il possesso sulle monete. Alcuni giuristi (Alibrandi, Bonfante, ecc) credono che tale frammento sia

genuino. Però, l'Albertario ha posto i suoi dubbi. Secondo esso, l'alterazione dalle parole *ius possessionis* sino a *possessionem* è evidente. Sospetta è l'espressione *ius possessionis* per indicare il possesso che i Romani non considerano come un diritto. Decisivo per far ritenere l'alterazione è, poi, il cambiamento del soggetto. Nella parte genuina è il giurista chi parla (*dixi*); invece nella parte interpolata sono i compilatori (*responsuros*). Essi adoperano quel plurale *maiestativum* che molte volte permette di scorgere le alterazioni dei testi romani. E l'importanza data a questo rilievo è stringente contrasto con quanto è avvertito invece nella sostanzialmente genuina D.41,2,47. Alla fine, esso conclude che i principi generali, regolatori dell'istituto del possesso nel diritto romano, richiederebbero che chi sotterra una cosa nel fondo e poi dimentica il luogo del sotterramento, debba perdere il possesso. Se, in seguito, se ne ricordasse ancora, egli comincerebbe a possedere di nuovo, e tale è insegnamento dei testi genuini. Ma i compilatori giustinianeî hanno sacrificato la logica dell'istituto alla opportunità pratica o, comunque, a considerazioni che contrastano col puro ragionamento giuridico ed hanno stabilito, perciò, il principio opposto. Per loro chi sotterra una cosa nel fondo, anche se dimentica il luogo del sotterramento e non è più in grado di possedere in realtà la cosa sotterrata, qualora lo voglia, si considera ciò non ostante come possessore, se altri non l'ha ancora occupata.<sup>134</sup>

Per quanto riguarda gli animali, le regole espresse dalle fonti sono chiare.

D.41,1,3,2

*Gaius 2 rer. cott.*

*Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coeretur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit:*

D.41,1,5pr.

*Gaius 2 rer. cott.*

*Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.*

---

<sup>134</sup> Albertario, E., *Corso di dirittoromano: il possesso* vol.II, Padova, 1914, p.19

D.41,1,5,5

*Gaius 2 rer. cott.*

*Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

Per gli animali selvatici, il possesso continua fino a che esiste un apparecchio particolare, che ci rende possibile di realmente impadronircene. Quando essi sono fuggiti dalla nostra custodia e riacquistano la *naturalis libertas*, cessano di essere in nostro possesso. Per gli animali mansuefatti, siccome loro sono abituati di andare via e ritornare, quando perdono questa abitudine, cioè si allontanano permanentemente e definitivamente, cessano di essere posseduti da noi.

Il caso più particolare della perdita della *possessio corpore* delle cose mobili è quello riguardando gli schiavi fuggiti. Nelle fonti ci sono tantissimi testi in cui si discute questa questione. Prendiamo alcuni di essi come gli esempi:

D.41,2,1,14

*Paulus 54 ad ed.*

*Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere nerva filius ait, licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri ideoque interim etiam usucapi. sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem. possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos, quos in provincia habemus, cassii et iuliani sententia est.*

D.41,2,3,10

*Paulus 54 ad ed.*

*Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit spartacus, et iudicium*

*liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat. sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur: alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit et liberale iudicium imploraverit, nihilo minus in possessione mea est et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus.*

D.41,2,13pr.

*Ulpianus 72 ad ed.*

*Pomponius refert, cum lapides in tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. ego dominium me retinere puto, possessionem non puto, nec est simile fugitivo: namque fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione: at in lapidibus diversum est.*

D.41,2,50,1

*Hermogenianus 5 iuris epit.*

*Per servum in fuga agentem, si neque ab alio possideatur neque se liberum esse credat, possessio nobis acquiritur.*

Da questi frammenti, si vede che in questo caso la giurisprudenza romana ha derogato il principio generale per le ragioni di pratica utilità. Nella ipotesi che il servo si allontana con il proposito di non tornare, il possesso dovrebbe considerarsi perduto, dal momento in cui l'elemento materiale viene a mancare in modo definitivo. Però, "*utilitatis causa*" si ammette che il *dominus* possa "*solo animo*" conservare il possesso del suo schiavo, anche se sia fuggitivo finché esso non è appreso dagli altri o non si proclama libero. La motivazione per cui si riconosce che il fuggitivo conservi al suo padrone il possesso di ciò che detiene o che possa eventualmente acquistare, senza peraltro renderlo responsabile delle sue malefatte è l'importante funzione che ai servi compete nell'economica romana. Però, l'atteggiamento particolarissimo della giurisprudenza romana in questo caso non danneggia la regola principale, perché i giuristi sono attenti di non applicarlo fuori la sfera necessaria.

Passiamo alla perdita della *possessio corpore* delle cose immobili. Siccome gli

elementi essenziali del possesso delle cose mobili ed immobili sono uguali, le regole principali per la perdita del possesso sono le stesse. Però, la differenza della natura degli oggetti produce le influenze nei casi specifici."Gli immobili non si possono mettere in una data situazione che corrisponda ai fini di chi ne intenda di disporre: bisogna pur tenere conto della impossibilità di adibire sempre la custodia o di mantenere la cosa in modo da ricostituirla ove occorra nella detenzione materiale. Appunto perché qui la volontà che decide in modo speciale per conservare il possesso, discorrono i Romani di un possesso conservato nudo animo o solo animo"<sup>135</sup> .

Siccome le cose immobili hanno questo carattere, l'esigenza per la custodia non è così stretta come le cose mobili. Quindi anche per gli immobili, il possesso è perduto se è tolta la possibilità di agire sulla cosa e continua finché questa possibilità dura. Però, se questa possibilità si termina solo momentaneamente, il possesso non è perduto. Per esempio, il possesso del fondo non va perduto se esso è temporaneamente inondato, ma ben va perduto se il fondo viene occupato in guisa permanente delle acque. Come dice Paolo nel D.41,2,3,17 *Labeo et nerva filius responderunt desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit*. Per lo stesso motivo, l'abbandono temporaneo del fondo (ad es. il possessore va al mercato) non fa perdere il possesso. In questo punto, i Romani credono che anche l'occupazione altrui, durante questo abbandono temporaneo, non fa che si perde il possesso, finché, saputo dell'occupazione, il possessore si rinunci per timore a rientrare nel proprio fondo, o, facendo la prova di rientrare, si è respinto. Il risultato è che l'occupazione clandestina non toglie il possesso.<sup>136</sup>

### 2.2.2 La cessazione dell'*animus possidendi*

Ora, vediamo un'altra situazione—la cessazione dell'*animus possidendi*. L'*animus possidendi* è uno dei due elementi costitutivi del possesso. Quindi, teoricamente, quando si cessa, il possesso è perduto. Però, questa conclusione è molto teorica. In realtà, la manifestazione congrua di non voler possedere è l'abbandonare la cosa, vale

---

<sup>135</sup> Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, p.380

<sup>136</sup> Albertario, E., *Corso di dirittoromano: il possesso* vol.II, Padova, 1914, p.22

a dire perdere anche la *possessio corpore*. Quindi, di solito, la cessazione dell'*animus possidendi* si accompagna la perdita della *possessio corpore*. Tuttavia, nel caso in cui il possessore chi detiene la cosa non vuole più possedere, possiamo dire che sia perso il possesso? Nelle fonti possiamo trovare qualche testo che ci dà la risposta positiva.

D.41,2,3,6

*Paulus 54 ad ed.*

*In amittenda quoque possessione affectio eius qui possidet intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.*

D.41,2,17,1

*Ulpianus 76 ad ed.*

*Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.*

Per il primo frammento in cui si dichiara che il possesso cessa immediatamente per la cessazione dell'*animus possidendi*, il Beseler, il Kubler e sostanzialmente anche il Rotondi ritengono che esso sia interpolato dai compilatori ed il testo originario dovrebbe essere: *In amittenda quoque possessione et corpus et affectio eius qui possidet intuenda sunt: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, non protinus amittes possessionem*. Così il testo originario diceva semplicemente in contrario. Il Bonfante non consente quest'opinione. Secondo esso, questo testo ricostruito ha poca autenticità. "Prima di tutto, si comincia con attribuire al giureconsulto non il linguaggio dei compilatori, ma addirittura il linguaggio dei commentatori moderni. *Corpus*, come formula rituale per significare la *possessio corpore* o *possessio naturalis*, cioè l'elemento materiale della *possessio*, è l'espressione assolutamente estranea alle fonti romane, dove *corpus* significa la cosa stessa o il corpo umano. Inoltre, ridotto in forma negativa, *non protinus*, ecc., il testo

è la più scialba e vuota dichiarazione".<sup>137</sup> Quindi, conclude il Bonfante che si può proporre una diversa restituzione, perché non è impossibile interpolare il testo in un senso ragionevole, supponendo che il possessore, sia pur rimanendo sul fondo, abbia inteso con manifestazioni abbastanza concrete di deporre l'*animus possidendi*. Anche non volendo ammettere il riconoscimento classico di costituito possessorio, certo il possesso è perduto se alcuno accetta di ricevere in conduzione od in comodato la cosa, che finora egli possedeva, e sia pure che altri non acquisti.

Per il secondo frammento che abbiamo citato, il Kniep ed il Beseler credono che non sia originario. Secondo il primo, il testo doveva in origine riferirsi alla trasmissione della proprietà *ad tempus*, la quale sarebbe affatto inefficace, rimando il diritto in testo al trasferente, mentre la *possessio* sarebbe perduto. Il Bonfante, invece, ritiene che secondo le regole civili, sia verissimo che la nuda volontà, sia pur accompagnata delle più chiare o congrue manifestazioni, non basta a fare perdere la proprietà ed il diritto in generale, ma è sufficiente a spogliare del possesso, sempre perché questo è una *res facti*. L'unico dubbio in proposito può essere se veramente alla *recessio* del possesso basti il *constituere nolle possidere*, come dice Ulpiano, od il *nolle possidere*, come dice più semplicemente Paolo. Non è escluso che Ulpiano pensasse al concetto proculeiano, per cui la *derelictio* non fa perdere la proprietà, finché altri non abbiano preso il possesso della cosa, ma ben fa perdere immediatamente il possesso.

A proposito della cessazione dell'*animus possidendi*, ci sono due questioni particolari da discutere, cioè il possesso si perde o no dalle parti del pazzo e pupillo. Per la prima questione, le fonti ci danno la risposta chiara.

D.41,2,27

*Proculus 5 epist.*

*Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.*

---

<sup>137</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.423

D.41,3,4,3

*Paulus 54 ad ed.*

*Furiosus quod ante furorem possidere coepit, usucapit. sed haec persona ita demum usucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua usucapio sequitur.*

D.41,3,31,3

*Paulus 32 ad sab.*

*Si servus meus vel filius peculiari vel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam vel etiam usucapiam: si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere, sicuti per dormientes quoque eos idem nobis contingeret. idemque in colono et inquilino, per quos possidemus, dicendum est.*

D.41,3,44,6

*Papinianus 23 quaest.*

*Eum, qui postea quam usucapere coepit in furorem incidit, utilitate suadente relictum est, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat, ex omni causa implere usucapionem.*

Da questi frammenti, si vede che le opinioni dei diversi giureconsulti su quest'argomento sono molto chiare e coerenti. Non solo il possessore che diventa pazzo durante il periodo del possesso non lo perde e può continuare l'usucapione, ma anche quando lo schiavo o colono per cui possediamo ed usucapiamo diventa pazzo, il possesso e l'usucapione non cessano. Il motivo per questa opinione è semplice. Secondo l'Albertario, "il possesso è perduto per il solo *animus* semprechè il possessore voglia in un momento qualunque abbandonare il possesso, giacché in questo momento la riproduzione del volere primitivo è resa del tutto impossibile della opposta determinazione della volontà, e questa impossibilità è appunto ciò donde bisogna che risulti la perdita del possesso. Perciò, quando anche di poi il possessore precedente si risolva di nuovo a possedere, può di più aver luogo una nuova apprensione in virtù del cotesto cambiamento di volontà, giacché il possesso precedente ha completamente cessato di esistere con quel momento. Siccome, dunque, in questo caso la perdita del possesso fondasi, non sopra un nudo non volere, ma

sopra un nuovo volere opposto al primo, così è chiaro essere incapace di perdere il possesso colui che non può volere".<sup>138</sup> Questa spiegazione corrisponde alla natura del possesso (si prospetta la stessa questione nel matrimonio) ed i pensieri dei Romani (*quia furiosus non potest desinere animo possidere*). Sebbene la pazzia del soggetto impedisce l'acquisto del nuovo possesso, però non impedisce il possesso che è già acquistato.

Per quanto riguarda la seconda questione, cioè il pupillo, la situazione è più complicata. Abbiamo discusso la capacità possessoria del pupillo nel capitolo precedente, e sappiamo che su quest'argomento esistevano le diverse opinioni. Infatti, l'opinione sulla capacità possessoria del pupillo decide l'opinione sulla perdita dell'*animus* del pupillo. Prima vediamo un frammento importante

D.41,2,29

*Ulpianus 30 ad sab.*

*Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.*

In questo testo Ulpiano dice che il pupillo senza l'autorizzazione del tutore non può perdere il possesso con l'animo. Perché perdere il possesso con l'animo e con il corpo sono due cose diverse. Sulla genuinità del testo, i giuristi moderni si discutono. Secondo l'Albertario, questo testo è interpolato dai compilatori. Perché nel diritto classico, il possesso è una *res facti*, il pupillo, cioè l'impubere che ha superato l'età dell'infanzia, lo può acquistare e perdere anche senza l'*auctoritas tutoris*. Per perdere il possesso, basta che esso sia nell'impossibilità fisica di possedere o non voglia più possedere. L'*auctoritas tutoris* non è necessaria né per una né per l'altra. Questo è un prodotto inevitabile scaturente dall'essenza dalla logica dell'istituto del possesso. Però i compilatori, evidentemente spinti dalle ragioni pratiche e dal principio che il pupillo può, senza l'*auctoritas tutoris*, migliorare, non peggiorare la propria condizione, andarono contro quell'essenza e logica. Quello principio generale i giureconsulti

---

<sup>138</sup> Albertario, E., *Corso di dirittoromano: il possesso* vol.II, Padova, 1914, p.23

applicavano solo ai diritti, non alla *res facti*, come il possesso. Però i compilatori l'applicavano anche al possesso, apparentemente non considerando più il possesso come una inviolabile *res facti*, lasciando scorgere che essi consideravano *res facti* la detenzione. Quindi il contenuto di questo testo è coerente con l'opinione dei compilatori, ma non dei classici. Così, secondo l'Albertario, il contenuto originario dovrebbe essere contrario: *possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, quod est enim facti, potest amittere*. Però, secondo il Bonfante, chi ritiene che nel diritto romano, salvo opinione isolata di Ofilo e Nerva, il pupillo non può acquistare il possesso senza l'*auctoritas tutoris*, il contenuto di questo testo non ha nulla di strano, perché è ben logico che l'*animus possidendi* di pupillo deve essere integrato da quello di tutore, sia nel caso dell'acquisto che nel caso della perdita.

### 2.3 La perdita del possesso ritenuto con ministero altrui

Abbiamo discusso la perdita del possesso *ritenuto animo et corpore proprio*. Però, in realtà, in molte situazioni il possessore possiede la cosa per mezzo degli altri, come gli schiavi, i coloni od i rappresentanti. In questi casi, il possessore forse è lontano dalla cosa e non sa le situazioni specifiche della cosa. Invece, la persona per cui si possiede è sempre vicina alla cosa e può esercitare la signoria materiale sulla cosa, però esso non è il possessore e i suoi atti non hanno gli stessi effetti giuridici come quelli del possessore. Quindi, naturalmente, in questi casi le situazioni sono più complicate. Per quanto riguarda la perdita del possesso, nel caso del possesso ritenuto *animo et corpore proprio*, si devono considerare l'*animus* e *corpus* del possessore; mentre nel caso del possesso ritenuto con ministero altrui, si devono considerare non solo l'*animus* e *corpus* del possessore, ma anche quelli del rappresentante. Come dice Papiniano nel D.41.2.44.2 *Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. illa quoque*

*possessionis amittendae separatio est. nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo.* Cioè se il possesso del fondo era ritenuto da noi, per perderlo si esige un atto dell'animo od isolato (*vel animo*) od accompagnato dal fatto, e questo fatto potrebbe essere la semplice partenza senza l'altro. Se poi il possesso ritenevasi per mezzo del colono o del servo, l'atto dell'animo nostro non è necessario. Ma il fatto dell'acquisto del possesso in tal caso deve essere di una natura più grave, cioè bisogna che un nuovo possessore sia entrato nel fondo. In questo frammento possiamo vedere la differenza generale tra questi due casi. Però, in questa materia, una regola generale non serve tanto, bisogna analizzare sottilmente le diverse situazioni pratiche, così si può aggiungere le conclusioni forse meno generali, ma sicuramente più precise e più utili.

Prima, vediamo i casi in cui il possesso è tolto dagli altri. Questi casi infatti includono due situazioni specifiche. La prima situazione è la più semplice, cioè quando un terzo ha tolto la possibilità di esercitare la signoria materiale dal detentore chi serve come ministero altrui (per esempio esso è cacciato da un invasore), si intende che il possesso è perso anche per il possessore. Su questo punto non vi è difficoltà e tutti i giureconsulti convenivano. La seconda situazione è più complicata. Se il detentore vuol aver la cosa per sé, il possesso sia perduto per il possessore o no? Prima consideriamo i casi in cui si tratta delle cose mobili. In tali casi, i proculeiani credono di sì, perché "*solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio*" (D.41,2,3,3), e quindi il possesso è passato dal rappresentato al rappresentante. I sabiniani, invece, credono che la cosa resta all'antico possessore sinché non è stata toccata. E se il detentore tocca la cosa con l'intenzione di averla per sé, il suo atto costituisce il furto e esso acquista il possesso. L'unica eccezione è per il servo. Quando esso toccasse una cosa peculiare con l'animo di ritenerla per sé, non s'intendeva che potesse privare il padrone del possesso. Quest'opinione è preferita dal Giustiniano. Per quanto riguarda le cose immobili, alcuni autori ritengono che il possesso non sia perso prima che il possessore abbia la notizia dell'occupazione altrui. Però, secondo l'Albertario, questa regola si applica al

caso in cui non c'è il rappresentante ed il possessore possiede *nudo animo*.<sup>139</sup> In tale caso ci vuole un atto per manifestare la volontà del detentore. Quindi quando il possessore volendo entrare nel suo fondo venisse respinto dal detentore, il possesso è perso.

Ora, vediamo nel caso in cui è morto il rappresentante, se è perduto il possesso. Per questa questione, il diritto moderno, come quello romano, negava che si perdesse il possesso. Come dice Africano "*Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur: quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possiderit, sed semper in hereditate coloni manserit*". In questo caso, l'elemento corporale è mancato, dunque, per quale motivo si riconosce la continuazione del possesso? Paolo ritiene che quando è morto il colono e nessun esercita la signoria reale sul fondo il possessore lo possiede *solo animo* (D.41,2,3,8).

Nel caso in cui il colono od altro detentore avesse abbandonato la detenzione, ci esiste il contrasto tra i proculeiani ed i sabiniani. Per i primi, il possesso rimane fino a che un'altra persona ha preso la dominazione del fondo. Mentre i sabiniani ritengono che il possesso sia perduto quando il fondo è abbandonato, come dice Paolo "*Quum, quis persuasevit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, sed de dolo malo iudicium in eum competit*".

Per la questione se il possesso si perde o no quando il detentore abbia trasferito la cosa agli altri o pone un'altro rappresentante, le risposte dei giureconsulti romani sono molto coerenti. Cioè per la prima il possesso è perso e per la seconda esso rimane. Perché il possesso è perduto quando il rappresentante fa che un'altro si costituisca un vero possessore; ma non è perduto quando a sua volta costituisce un altro, che presti per lui il semplice ministero del possesso corporale.

Fin'ora abbiamo analizzato i diversi casi della perdita del possesso. La perdita

---

<sup>139</sup> Id., p.85

del possesso dipende dagli elementi e condizioni essenziali del possesso. Il principio generale è semplice: quando uno dei essi viene meno, il possesso non può essere più. Però, nei casi particolari, solitamente per le ragioni pratiche, si riconoscono le eccezioni, cioè anche se manca qualche elemento o condizione, il possesso non si perde (*ritiene solo animo*). Quindi, il principio generale è importante, però, nei casi pratici, sempre bisogna analizzare le situazioni particolari. Solo con tale modo si può aggiungere le conclusioni migliori.

### **3 La conservazione del possesso**

#### **3.1 La conservazione del possesso per mezzo dei terzi**

Nel diritto romano, anche nell'epoca antica, è ammessa la possibilità di possedere tramite i terzi i quali tengono la cosa *alieno nomine*. In base a questa costruzione la disponibilità materiale e la consapevolezza fanno capo al terzo *in possessione*, mentre gli effetti della situazione possessoria ricadono sul possessore mediato.<sup>140</sup> In realtà, le situazioni della conservazione del possesso per mezzo dei terzi sono molto varie. Ma considerando gli istituti economici e la struttura familiare nella società romana, includono soprattutto il possesso tenuto tramite i *potestati subiecti*, cioè lo schiavo e *filiusfamilias*. Il servo nel diritto romano è considerato come la persona senza capacità giuridica, come organo dell'avente potestà, quindi qualunque cosa che esso detiene od è posseduta dal padrone (*peculio*) o non è posseduta dal padrone (la cosa acquistata *extra peculio* nell'ignoranza del padrone). Per questo motivo, nel nostro caso, la sua intenzione non ha nessun rilevanza. Anche se il servo vuole tenere la cosa per sé o persino caccia via il padrone da un bene immobile, però finché la cosa resta nella disponibilità di esso, le conseguenze del potere di fatto da lui esercitato sul bene continuano a fare capo al padrone, perché i soggetti a potestà conservano ovunque il possesso al loro avente potestà. Tale conclusione è molto naturale considerando la posizione giuridica del servo ed è testimoniata da tanti testi nelle fonti:

---

<sup>140</sup> Lambrini, P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, p.77

D.41,2,15

*Gaius 26 ad ed. provinc.*

*Rem, quae nobis subrepta est, perinde intellegimur desinere possidere atque eam, quae vi nobis erepta est. sed si is, qui in potestate nostra est, subriperit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non amittimus possessionem, quia per huiusmodi personas acquiritur nobis possessio. et haec ratio est, quare videamur fugitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest.*

D.41,2,40pr.

*Africanus 7 quaest.*

*Si de eo fundo, quem, cum possiderem, pignori tibi dedi, servus tuus te deiciat, adhuc te possidere ait, quoniam nihilo minus per ipsum servum possessionem retineas.*

D.47,2,57,3

*Iulianus 22 D.*

*Cum autem servus rem suam peculiarem furandi consilio amovet, quamdiu eam retinet, condicio eius non mutatur ( nihil enim domino abest): sed si alii tradiderit, furtum faciet.*

Similmente, siccome non ha la capacità giuridica neanche il *filiusfamilias*, quindi teoricamente anche le cose tenute da esso si possiedono dal *paterfamilias*. Però, diverso dal servo, nel diritto romano, si riconosce via via l'autonomia economica del *filiusfamilias*, ad es., già nell'epoca classica il *filiusfamilias* può possedere *peculium castrense*, nell'età posteriore la sfera del *peculium* che il *filiusfamilias* può possedere si amplifica sempre. Quindi per il *filiusfamilias*, solo le cose *extra peculium* tenute da esso sono possedute dal *paterfamilias*. Fin'ora abbiamo analizzato le prime situazioni, cioè la conservazione del possesso tramite i soggetti a potestà. Però, questi casi non sono tipici. Perché nel diritto romano, queste persone sono considerate come gli organi del *paterfamilias*, non hanno la posizione giuridica indipendente. Quindi non c'è tanta differenza tra che il *paterfamilias* possiede da solo e possiede tramite loro. Anche le opinioni dei giureconsulti su questo punto sono molto coerenti.

Il caso più tipico e più importante in questo tema è la conservazione del possesso tramite il rappresentante. La rappresentanza diretta appariva nel diritto romano in un periodo molto tardo. In origine essa fu esclusa nel modo più assoluto nel sistema del diritto quiritario, che rispecchia le condizioni primitive del piccolo popolo di agricoltori. E tale regola è tramandata in formule precise e categoriche: *per extraneam personam non adquiritur*.

Le ragioni per l'esclusione sono varie. Prima, nel tempo primitivo, non si è sviluppata la forza di astrazione necessaria per riconoscere la rappresentanza, in cui tutte le manifestazioni del diritto hanno rilievo, in quanto siano percepite dai sensi nelle cause e negli effetti. Quindi in quel tempo non è immaginabile che uno acquisti un diritto o fatto, ma deve passare gli effetti giuridici ad un'altro. Secondo, nell'economia limitata di una popolazione agricola e nell'organizzazione familiare nella società romana primitiva, i servi e i figli che sono considerati come organi del *paterfamilias* potevano sufficientemente adempiere quella funzione che in un'economia più progredita ed in un diritto più sviluppato si richiede dalla rappresentanza diretta.

Con lo sviluppo dell'economia e giurisprudenza, la rappresentanza iniziava ad essere applicata nell'età classica. La ragione maggiore è il cambiamento profondo nella struttura economica della società romana. In quello periodo, mentre diminuiva il ceto degli agricoltori e diminuivano le forme dell'economia patriarcale, si veniva con il ritmo accelerato una nuova economia capitalistica, a base industriale e commerciale con un grande sviluppo di diritto bancario.<sup>141</sup> In queste condizioni, l'introduzione della rappresentanza è inevitabile. Però, il principio negativo antico non è abolito, almeno nel campo del *ius civile*. Quindi, nel diritto classico esistono due sistemi contraddittori nel campo della rappresentanza: da una parte l'esclusione assoluta secondo il *ius civile*, e dall'altra parte provvedimenti vari, escogitati dal pretore, dalla giurisprudenza e dall'Imperatore. I mezzi per cui si riconoscono gli effetti giuridici della rappresentanza sono vari, per esempio, il pretore può creare le nuove azioni

---

<sup>141</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.198

(*actio exercitoria*) o estender le azioni esistenti in via utile.

Nel diritto giustiniano, questa regola antica ancora esiste teoricamente. Ma il riferimento della regola non può significare l'esclusione della rappresentanza né in modo assoluto, né in modo relativo. La regola è solo una sopravvivenza storica nella codificazione del secolo VI. La persista di essa è dovuta alla forma dell'opera legislativa, la quale compiuta con materiali antichi, per quanto rimodernati, assunse largamente elementi tralasciati del diritto arcaico. Nella sostanza, la codificazione riconosce la rappresentanza in tutte le forme come nel diritto moderno, dacché tutti i mezzi indiretti e le applicazioni singole del diritto classico, organizzati ormai e fusi col ius civile, rovesciarono l'antico principio negativo. Pertanto, se nella complicazione di Giustiniano appare ancora in contrasto fra i due sistemi, esso si manifesta in maniera più aspra ed intollerabile, perché nel diritto classico la differenza era visibile e riconoscibile dagli elementi tecnici (*formulae, iurisdictio*), nel diritto nuovo quei segni non sempre furono mantenuti, anzi spesso furono eliminati.<sup>142</sup>

Abbiamo discusso nei titoli precedenti l'acquisto e la perdita del possesso tramite i terzi. Naturalmente, se si può acquistare e perdere il possesso per mezzo del rappresentante, si può anche conservare per esso. Questo si riconosce nelle fonti.

D.41,2,9

*Gaius 25 ad ed. provinc.*

*Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator hospes amicus, nos possidere videmur.*

D.43,19,1,7

*Ulpianus 70 ad ed.*

*Is, cuius colonus aut hospes aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere vel actu vel via, et idcirco interdictum habebit: et haec ita pedius scribit et adicit etiamsi ignoravit, cuius fundus esset, per quem iret, retinere eum servitutem.*

D.43,19,1,8

---

<sup>142</sup> Id., p.204

Ulpianus 70 ad ed.

*Si quis autem, cum putaret fundum ad se pertinere, suo nomine iter fecerit amicus meus, utique sibi, non mihi interdictum adquisisse intellegitur.*

Nella conservazione del possesso per mezzo del rappresentante, è il criterio sociale che si fa valere. Le ragioni e gli usi dell'economia e della vita sociale fanno sì che il proprietario non sia sempre presente nel fondo, ma lo detenga per mezzo di altri in economia propria od altrui, mediante corrispettivo, od anche ne gratifichi ad altri il godimento ed i frutti, senza rinunciare al rapporto di dominazione. Pertanto il detentore in nome altrui può essere così un locatore di opera in funzione di guardiano (*custos*) o di operaio (*mercennarius*), od un depositario, come un conduttore di fondi rustici (*colonus*) o di fondi urbani (*inquilinus*).<sup>143</sup>

Nel caso della conservazione del possesso per mezzo del rappresentante, le condizioni della conservazione del possesso incentrano al rappresentante, e conviene guardare esclusivamente ad esso per stabilire la perdita. Per esempio, se il depositario inizia a possedere la cosa per sé o abbandona la cosa, il possessore perde il suo possesso, anche se non lo sappia. Una eccezione è nella conservazione del fondo, in cui i romani intendono che quando i terzi entrano nel fondo o il rappresentante lo priva, il possessore non perde il suo possesso finché non sappia questo fatto, e facendo le prove di rientrare, sia respinto o rinunci per tema di ogni tentativo di rientrare. Quando muore il rappresentante, come abbiamo detto nel titolo precedente, il possesso continua. Questo è, infatti, un'altra eccezione.

### **3.2 ritenere animo possessionem**

Ora, passiamo all'argomento più controverso e più importante nel campo della conservazione del possesso, cioè il possesso che si conserva con solo animo. Abbiamo saputo che il possesso è una signoria di fatto dagli uomini sulle cose che produce gli effetti giuridici. Da questa definizione possiamo condurre che la dominazione materiale sulla cosa è l'elemento più essenziale del possesso. Però le esperienze della

---

<sup>143</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.396

vita sociale ci dicono che anche quando il padrone va via per alcuni giorni, lasciando la casa libera, od il servo lascia la casa per gli affari del padrone, non si considera che il possesso della casa o del servo sia già perduto. Come dice il Savigny "il possesso di un fondo continua, finché non cessa la possibilità di agire a volontà sopra di esso, e non è punto necessaria una presenza continua del possessore, la quale anzi nella più parte dei casi sarebbe totalmente impossibile. È importante considerare questa proposizione nel punto di vista, sotto del quale è stata qui posta, cioè una mera conseguenza della regola data circa la durata e continuazione del possesso, e niente affatto come una eccezione di questa regola". Qui il Savigny non si è limitato nel senso letterale della "signoria materiale", ma considera le situazioni reali della vita sociale, e ha posto una spiegazione pratica, flessibile e ragionevole della regola romana.

Infatti, neanche i Romani non si sono limitati nella definizione stretta del possesso. Nelle fonti possiamo trovare tante testimonianze che ci mostrano che la concezione strettamente materiale nella pratica è ben presto superata e si riconoscono gli effetti tipici del possesso anche nelle situazioni in cui non si ha più la disponibilità effettiva della cosa. Per le cose mobili, il criterio è la custodia, cioè la disponibilità potenziale, consistente nella possibilità attuale di riacquistare la materiale detenzione. Quindi, per conservare il possesso, non si deve detenere la disponibilità materiale della cosa, ma solo quella potenziale.

Per i beni immobili, si adotta un criterio ancora più largo, nel senso che se ne conserva il possesso, anche se ci si allontana per un certo tempo. La tendenza è quella di considerare esistente il possesso, con i suoi vantaggi, fino al limite massimo possibile, per cui si ammette la continuazione del possesso anche a favore di chi non esercita, né personalmente né tramite altri, la signoria sul fondo, senza, però, che esso lo lasci in stato di abbandono.

"Ammessa questa costruzione, l'elemento corporale ai fini della conservazione del possesso non si può più intendere come costante insistenza materiale sulla *res*; per la sua esistenza è ormai sufficiente la possibilità di disporre liberamente della cosa in qualunque momento. Il possesso esiste, dunque, finché perdura l'apparenza di non

libertà della cosa e questa l'ultima va interpretata caso per caso secondo la destinazione economica della cosa e gli usi sociali"<sup>144</sup>. In tale senso si trova per la prima volta, e poi più di frequente, il termine *animo ritenere possessionem*.

Il caso originario di questa regola è il possesso del *saltus*. Il *saltus*, nelle fonti romane, significa i fondi a coltura boschiva od al pascolo, per la loro stessa essenza, non possono essere coltivati; questa particolarità ha influito sul regime possessorio, perché in tali casi manca la possibilità di verificare il loro uso costante durante una momentanea assenza del possessore. Quindi, per rispondere le esigenze pratiche, si ritiene che anche nel periodo in cui il possessore sia assente, il possesso del *saltus* si conserva per animo. Questa soluzione è decisa dalla natura economica del *saltus*, nella stagione improduttiva non bisogna restare il possessore, il quale lascia con l'intenzione di ritornare nella prossima stagione produttiva. Questo caso, in origine, è l'unico per cui si applica la regola di *animo ritenere possessionem*. Perché data la realtà sociale ed economica dell'epoca classica, era difficile immaginare che un altro genere dei terreni venisse lasciato incustodito per lunghi periodi senza che si ritenesse abbandonato. Nel tempo posteriore, quando sorgono nella realtà i casi con le stesse modalità di utilizzazione del *saltus*, la giurisprudenza estende l'applicazione di tale regola senza esitazione.

Nelle fonti si trovano i testi in cui si trattava quest'argomento:

D.41.2.27

*Proculus 5 epist.*

*Si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.*

Si crede che questo è il testo più antico in cui si riferisce alla cosiddetto *animo ritenere possessionem*, che fa presumibilmente introdotto proprio da Proculo. In questo testo, infatti, non sono citati gli altri giureconsulti che avessero affrontato la questione ed in particolare non è richiamato Labeone, predecessore di Proculo ed

---

<sup>144</sup> Lambrini, P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, p.100

attento studioso, a quanto sembra, di problematiche possessorie. Il più risalente riferimento ad un uso del termine *animus* nell'ambito possessorio fa capo proprio a Labeone, relativamente però all'acquisto del possesso; se il capo dei Proculiani avesse manifestato il suo pensiero anche in tema di conservazione del possesso, difficilmente Proculo ne avrebbe omissa la citazione. L'idea che Proculo sia il primo giureconsulto a parlare di una conservazione del possesso attuata *animus* è suggerita anche da D.43.16.1.25, in cui Ulpiano afferma di aver appreso questa regola, che è ormai entrata nel *ius commune*, proprio da Proculo.

D.41,2,44,2

*Papinianus 23 quaest.*

*Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. illa quoque possessionis amittendae separatio est. nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo,*

D.41,2,46

*Papinianus 23 quaest.*

*Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.*

D.41,2,3,11

*Paulus 54 ad ed.*

*Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.*

Anche in questi frammenti la conservazione del possesso del *saltus* con solo *animus* è citato come assolutamente indiscusso. Quindi, concludendo, già all'inizio

dell'epoca classica, più precisamente con Proculo, la regola di possedere con solo animo è indiscutibilmente accolta, almeno per un particolare tipo dei fondi–*saltus*.

Nel tempo posteriore, con lo sviluppo dell'economia nella società romana e della giurisprudenza, tale regola si applica ad una sfera sempre più ampia. E Giustiniano ha esteso a tutti i fondi la teoria, che se ne mantiene il possesso, quando si lasciano per tornarvi.<sup>145</sup> Ora consideriamo alcuni casi tipici per conoscere meglio le regola di conservazione del possesso con solo animo.

Nel caso dell'occupazione clandestina dei fondi, abbiamo saputo la regola, cioè il possesso non si perde se non quando il possessore sia venuto a conoscenza dell'occupazione e tenti invano il recupero o vi si rassegni. Però, secondo il Rotondi, questa regola non può essere originaria, ma il risultato della nuova dottrina. Seconda la teoria antica, il possesso si impenia sulla signoria di fatto o quanto meno sulla possibilità–sia pure valutata con larghezza di criteri–di esercitare quando si voglia tale signoria sulla cosa; per conseguenza, quando questa disponibilità è venuta meno, il possesso non dovrebbe poter sopravvivere.<sup>146</sup> Che il precedente possessore sappia della avvenuta occupazione od invece la ignori non può aver importanza dal momento che la signoria è ormai di fatto esercitata da un altro. La stessa espressione “*clandestina possessio*”, “*clan possidere*”, largamente usata nelle fonti, è di per sé la miglior prova di questa deduzione.

La spiegazione data da Paolo per questo cambiamento è il conservare il possesso solo animo. In tali casi, la signoria di fatto è cessata, e l'*animus* non è più la conoscenza di aver la cosa in disposizione, ma le semplice credenza di averla tuttora o di poterla quando si voglia riacquistare. Si osserva che qui l'*animus* è separato dal *corpus* ed al primo è attribuita una esistenza ed un'efficacia autonoma. Le situazioni di questi casi non sono dissimili da quella del caso di *saltus*, dove si usa la formula dell'*animus possidendi* per giustificare i risultati. Dal punto di vista pratico, lo stato di fatto durante il periodo tra l'inizio dell'occupazione clandestina e la venuta della conoscenza al possessore precedente ha un carattere instabile ed equivoco, in quanto i

---

<sup>145</sup> Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, p.90

<sup>146</sup> Rotondi, G., “*Possessio quae animo retinetur*”, In *Bull. XXX*, p.27

terzi non sanno come si comporterà il titolare quando ne venga a conoscenza e sempre pensano che esso, appena conosciuto l'occupazione, vuole riprendere la signoria di fatto subito. Quindi, qui, come in tante altre situazioni, la valutazione sociale ha sempre un ruolo decisivo.

Ora, vediamo un'altro caso importante, cioè il possesso del servo fuggitivo. Infatti, su questo argomento, le teorie classiche non sono unite. I giureconsulti hanno posto le diverse opinioni su questa tema, per esempio, alcuni (Giuliano) riconosce la continuazione del possesso del servo fuggitivo solo per gli effetti dell'usucapione (D.41.2.1.15), mentre altri (Ulpiano) lo riconosce anche per la tutela interdittale (D.44, 3, 8). In genere, i Proculiani negano l'acquisto del possesso per servo fuggitivo, invece i Sabiniani l'ammette.

L'*ubi consistam* fu finalmente raggiunto da Paolo. Egli afferma senza esitazione la continuazione del possesso del servo fuggitivo, perché con la fuga del servo non ne perdiamo la disponibilità in modo assoluto, ma con questa disponibilità ve perduto solo uno degli elementi del possesso, la *possessio corpore*, l'altro, l'*animus possidendi*, sopravvive. Questa è una nuova strada, la quale nessun giureconsulto precedente ha scoperto. Con tale spiegazione, Paolo ha cambiato fundamentalmente il significato e la funzione dell'*animus* nel possesso. Qui, l'*animus* non è, infatti, l'elemento integratore della signoria del fatto realmente esistente, ossia la volontà cosciente di esercitare tale signoria; e non è neppure la credenza di aver ancora la disponibilità della cosa e di poterla quando si voglia esercitare, bensì è la volontà di conservare il possesso e di far di tutto per recuperarlo: una volontà pura e semplice, disgiunta sia dalla possibilità attuale di realizzarla, giacché il servo è già fuggito; sia dall'ignoranza del sopraggiunto impedimento.<sup>147</sup> Dal punto di vista logico, questa opinione non ha nessun ragione. Quando il servo è fuggito e totalmente fuori dalla sfera d'azione del suo padrone, solo l'*animus*, o la voglia, di quest'ultimo non può cambiare questo fatto reale. Però, siccome tale spiegazione corrisponde alle esigenze pratiche, ha finalmente acquistato il trionfo nella codificazione giustiniana. Infatti, i

---

<sup>147</sup> Id., .67

compilatori l'hanno abusata e portata ad applicazioni pratiche più larghe e ancora più anormali. Per questo motivo, nelle fonti giustinianee, possiamo trovare le sue applicazioni anche in tanti altri casi (ad es. il possesso dell'assente; il possesso del prigioniero della guerra; il possesso per mezzo di rappresentante, ecc.).

Fin'ora, abbiamo analizzato la nascita e lo sviluppo della regola *retinere animo possessionem* nel diritto romano, e sappiamo che tale regola, anche se contro la teoria classica, diventa sempre più diffusa nel diritto postclassica. La ragione per questa fenomeno è che essa corrisponde alle esigenze pratiche. Dunque, qual è lo scopo a cui serve tale regola in realtà? Da una parte, la formula del *retinere animo possessionem* permette di estendere la protezione interdittale a favore del possessore che venga a conoscenza dell'avvenuta occupazione. Egli, infatti, non ha perduto il possesso, in quanto l'ha conservato con animo, potrà perciò esercitare vittoriosamente contro l'invasore l'interdetto *retinendae possessionis causa*, cioè l'*uti possidetis*, nel caso in cui il possessore tenti di rientrare nel fondo e non vi sia ammesso, egli sarà legittimato all'esercizio dell'interdetto reintegratorio??? *unde vi*.

Dall'altra parte, tale formula anche ha la funzione pratica per quanto riguarda l'aspetto dell'usucapione. Sarebbe, quindi, possibile l'usucapione della cosa immobile occupata clamorosamente—se non a favore dell'occupante clandestino, al quale mancherebbero comunque la buona fede e titolo—per meno a favore di un eventuale terzo che entri in buona fede nella disponibilità del bene. Quindi, sebbene la formula *retinere animo possessionem* non corrisponde perfettamente alla teoria classica, però porta i risultati equi nella pratica. Infatti, tale è la sua vera fondazione e giustificazione.

## Capitolo V La tutela interdittale del possesso

### 1 L'introduzione generale della tutela interdittale nel diritto romano

È ben riconosciuto che per il diritto romano una classificazione basilare è *ius civile* ed *ius honorarum*. L'*Ius civile* è il punto di partenza e punto chiave per tutto il sistema del diritto romano (almeno nell'epoca classica). Però, l'*ius civile* si applica in un campo molto limitato e ha un carattere di formalismo, quindi non può adattarsi bene alle esigenze pratiche. Per superare tali ostacoli, i pretori hanno creato l'*ius honorarum*, il quale non solo completa i contenuti del *ius civile*, ma anche crea gli istituti che erano sconosciuti nell'*ius civile*, "*iure honorario obbligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipuntur, vel fieri prohibentur*" (L.52, pr.D.de.obl.et.act.).

A proposito di rimedi di diritto, i mezzi legittimi di difesa, con i quali un cittadino leso nei suoi particolari interessi poteva farsi rendere ragione invocando l'intervento dell'autorità suprema, erano compresi sotto il nome generico di *actiones*. Per conoscere come avessero origine, è d'uopo rammentare che nei primi tempi si usava un solo procedimento assai semplice. Cioè colui che si credeva leso, chiamava il suo avversario innanzi il supremo magistrato, il quale udite le parti, conosciuto lo stato della questione, ed esaminate le prove, pronunciava la sentenza. Così usavasi al tempo dei re, quando "*nec quisquam privatus erat disceptator aut arbiter lites, sed omnia conficiebantur iudiciis regis*" (Cic. de. Republ.v.2 V.L.1.D.de.orig.iuris). Con andare del tempo divenne impossibile osservare questo procedimento in tutte le cause. Essendo succeduti i consoli ai re, ed i pretori ai consoli nell'ufficio di render giustizia, si credette spedito di rinviare la maggiore parte delle controversie ad un collegio di giudici od ai giudici singolari, perché pronunziassero sul merito della questione; e quindi nacquer le *actiones* propriamente dette.<sup>148</sup> Tale è la tutela provvista dall'*ius civile*.

Per tutte le controversie che nascessero fuori dei casi contemplati nelle formule delle *actiones*, il magistrato aveva due vie da scegliere. O creare secondo l'occasione

---

<sup>148</sup> Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, p.141

una formula e rimandare le parti ad un giudice, o seguendo il procedimento antichissimo conosce esso stesso il merito della causa e definirla. I pretori usavano l'uno e l'altro modo secondo le circostanze. Ma il primo rientrava nella categoria già esposta delle azioni propriamente dette; il secondo dava luogo alle straordinarie *cognitiones*. Sembra che alcune delle questioni giudicate anticamente con una straordinaria *cognitio* dessero l'origine agli interdetti.<sup>149</sup>

Sebbene l'interdetto è riconosciuto come uno strumento importante della tutela giurisdizionale in sostituzione delle *actiones*, però, in origine, la maggiore motivazione per cui i pretori lo creava è esercitare la loro funzione di amministrazione. L'utilizzazione degli interdetti in occasione dell'esercizio della *iurisdictio* è un'applicazione derivata e successiva. Alcuni autori credevano che l'estimo della parola *interdictum* è *inter duos dicuntur*, cioè pronuncia magistratuale tra due persone. Però, questa spiegazione, secondo il Nicosia, è data nelle Istituzioni giustinianee e fuorviata dal significato originario di questa parola. Essa corrisponde esattamente e coerentemente alla dilatata e unitaria concezione giustiniana dell'attività giurisdizionale, nell'ambito della generalizzata *cognitio extra ordinem*, nel quale ormai non vi erano più gli interdetti in quanto tali, quali specifici interventi magistratuali (anche al di fuori del processo) con autonoma configurazione e funzione, ma vi erano le *actiones ex interdicto*, come è ben noto, e come è esplicitamente riconosciuto nelle stesse Istituzioni giustinianee.

Un'altro parere è che il verbo *interdicere* deriverebbe da *interim dicere*. Secondo lo stesso Nicosia, questa spiegazione, che si ricollega alla provvisorietà degli effetti di questo dicere magistratuale, di questi interventi volti a produrre effetti immediati ma provvisori (*interim*, cioè frattanto), corrisponde certamente a quella che fu la funzione, tipicamente interinale, degli interdetti (od almeno di certi interdetti)<sup>150</sup>, e quindi è più plausibile.

Quindi gli interdetti sono creati dai pretori prima principalmente per la funzione amministrativa e poi anche per quella giurisdizionale. Ma per quale motivo essi sono

---

<sup>149</sup> Id., p.142

<sup>150</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997, p.109

creati ed in quale campo si applicavano originariamente? Per rispondere tali domande, prima dobbiamo fare una trattazione dello sviluppo storico dell'istituto degli interdetti.

Sappiamo per sicuro che gli interdetti molto antichi (forse i più antichi tra tutti) furono emanati alla tutela di luoghi pubblici o sacri, per impedire che in tali luoghi venissero attuati determinati comportamenti. In alcuni interdetti nel riordinamento definitivo dell'editto operato da Giuliano (nel secondo secolo d.C., per incarico dell'imperatore Adriano), troviamo le parole "*Ne quid in loco pubblico fiat*", "*Ne quid in flamine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*", da cui il divieto veniva espresso direttamente con un *ne* seguito dall'indicazione dell'attività che si intendeva impedire. In particolare, la formulazione di tutti questi interdetti è sempre e ripetutamente strutturata in questo modo: alla descrizione della situazione rispetto alla quale si vuole vietare che venga fatta violenza (*vis*), viene collegato invariabilmente mediante *quo minus*, variamente collocato (a volte in testa, a volte a metà discorso), l'ordine "*vim fieri veto*", con cui immancabilmente si chiude la formulazione di ciascuno di tali interdetti.<sup>151</sup>

Nel tempo originario, il contenuto degli interdetti è un divieto, cioè solo un ordine negativo, però nel tempo posteriore possiamo trovare anche gli interdetti contenuti un ordine positivo, in particolare, o di restituire, o di *exhibere*. Questa classificazione degli interdetti proibitori, restitutori ed esibitori è rispecchiata già nelle Istituzioni giuliane:

*Gai. 4.142: Principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta aut restitutoria aut exhibitoria.*

*Gai. 4.139: ...et in summa aut iubet (scil.praetor) aliquid fieri aut fieri prohibet; formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur.*

*Gai.4.140: Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restitatur; interdicta vero, cum prohibet fieri, velut cum*

---

<sup>151</sup> Id., p.113

*praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. Unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur.*

Dal discorso di Gaio si ricava che sotto la denominazione generale di *interdicta* venivano ricompresi sia ordini magistratuali positivi, che imponevano di fare qualcosa, e precisamente o di *exhibere* o di *restituere* (*veluti cum praecipit ut aliquid exhibeatur aut restituatur*), i quali più propriamente si chiamavano *decreta*; sia ordini meramente negativi, ai quali soltanto corrispondeva propriamente la denominazione di *interdicta*, e che erano quindi gli interdetti in senso stretto.

Tutto ciò conferma che gli interdetti più antichi, quelli che avevano costituito il prototipo della categoria, erano stati quelli poi inquadrati come *interdicta prohibitoria*, solo ad essi infatti corrispondeva il significato fino a tardi ritenuto “proprio”. Mentre solo in un secondo momento vennero ad essi assimilati, e ricompresi sotto la denominazione di *interdicta*, anche i restitutori ed esibitori, che contenendo un ordine positivo meritavano piuttosto la denominazione di *decreta*. Dai frammenti gaiani si vede che la tripartizione presente nel paragrafo 140, il quale è conseguentemente ribadita come *principalis divisio* nel paragrafo 142, è presentata come relativa a tutti (*omnia*) gli interdetti.

## **2 La tutela interdittale per il possesso**

### **2.1 Le situazioni generali**

Secondo la teoria generale, nel diritto romano il possesso è un fatto di natura che produce gli effetti giuridici. Però, circa quali gli effetti giuridici produce il possesso, i giuristi moderni dibattono. Hanno posto i pareri diversi. Tuttavia, su un punto sono d'accordo tutti, cioè la tutela interdittale è uno dei effetti giuridici del possesso. Qualcuno di loro (Bonfante) persino ritiene che la tutela interdittale è l'unico effetto giuridico del possesso. A mio avviso, anche se le richieste per i diversi interdetti sono differenti (ad es. alcuni interdetti richiedono *nec vi nec clam nec precario* ad avversario, alcuni no), cioè qualche possesso (la *possessio iusta*) è protetto di più rispetto agli altri, però siccome tutti i possessi sono forniti da almeno un interdetto (persino la *possessio iniusta*), si può dire che la tutela interdittale è infatti l'effetto

giuridico basilare del possesso. Per questo motivo, "i moderni si riferiscono il possesso propriamente detto con la qualifica, letteralmente non riscontrabile nelle fonti stesse, di *possessio ad interdicta*".<sup>152</sup>

Il motivo per cui il possesso è tutelato è, non differente dal motivo della tutela del diritto, l'interesse che lo Stato nutre per la pace e per l'ordine fra i consociati. "La tutela dello stato di fatto non è un fenomeno che si riscontri solo nel possesso, ma si verifica spontaneamente o necessariamente ogni qualvolta un determinato fatto e la turbativa di esso si manifestano su larga scala e si impongono agli organi dello Stato una larga parte del potere amministrativo e dell'attività di polizia è esercitato in questo senso"<sup>153</sup>. Per quanto riguarda il possesso, in una società ben sviluppata e matura, il fenomeno che il fatto sia scompagnato dal diritto è molto agevole e frequente. Ora, troppo ordinarie sarebbero le usurpazioni, se ciascuno possessore, per respingere le molestie o riavere la cosa che gli è stata tolta, dovesse dimostrare il proprio diritto, e forte incitamento si darebbe allo spirito disonesto, se l'usurpatore fosse al sicuro perché al possessore non vien fatto di dar la prova del suo diritto. "La difesa del possesso precisamente nell'epoca classica del diritto romano, in cui l'istituto aveva una vastissima portata, era ordinata in modo da separarsi nettamente dalla tutela del diritto. Era una tutela di natura straordinaria e di carattere amministrativo. Il pretore non interveniva come organo della giurisdizione, bensì quale investito di *imperium* e con la funzione di polizia. I mezzi di tutela del possesso appartenevano alla procedura degli interdetti, ordini del magistrato rivolti ai singoli".<sup>154</sup>

Finora abbiamo trattato le motivazioni della tutela del possesso nel diritto romano, ora vediamo il suo processo storico. Dal sistema giuridico dell'editto (magistralmente ricostruito dal Lenel sulla base del ricco materiale), sappiamo che gli interdetti *de singulis rebus* si susseguivano nel seguente ordine: prima quelli *de rebus divinis*, poi *de rebus publicis*, in terzo luogo quelli *de rebus privatis*, all'intero dei

---

<sup>152</sup> Albanese, B., *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p.22

<sup>153</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.42

<sup>154</sup> Id., p.44

quali venivano prima quelli *de rebus soli* e dopo quelli *de rebus mobilibus*. Dunque, in linea di massima, dovevano essere di più antichi gli interdetti relativi alle *res divini iuris* e alle *publicae* rispetto a quelli relativi alle *res privatae*, e, all'interno di questi ultimi, più antichi quelli riguardanti gli immobili rispetto a quelli riguardanti le cose mobili.

La tutela, specie più marcata in quelli più antichi, era predisposta non nell'interesse di singoli, e tanto meno per assicurare l'utilizzazione esclusiva ai singoli, bensì per salvaguardare e mantenere in buono stato il luogo pubblico, e se mai premetterne e assicurarne a tutti agibilità. Ma ci sono anche alcuni, in particolare l'interdetti *De loco publico fruendo*, che serviva ad assicurare ai singoli privati la fruizione esclusiva di un luogo pubblico. Abbiamo dimostrato nel primo capitolo che nell'epoca classica i singoli cittadini possono essere permessi di utilizzare il fondo pubblico (*ager publicus*) senza o con il pagamento. I singoli non hanno nessun diritto su questo tipo di fondo, però alcuni interdetti sono creati per tutelare loro l'utilizzazione esclusiva dell'*ager publicus*. Si ritiene generalmente che tale è l'origine della tutela interdittale del possesso.

La tutela interdittale si originava per la protezione della *res publica*, però nel tempo posteriore si ampliava anche alla *res privata*. Nella sistematica dell'editto giuliano, il passaggio dagli interdetti relativi alle *res publicae* a quelli relativi alle *res privatae* è segnato dagli interdetti *Uti possidetis* e *Unde vi*, in quanto con tali due interdetti si apre la serie degli interdetti riguardanti *res privatae*.

Questi due interdetti possessori più antichi sono stati introdotti in riferimento all'*ager publicus*. In altre parole, alla creazione dell'*Uti possidetis* e dell'*Unde vi*, si fece ricorso ad una certa epoca storica in riferimento a *res publica*, e precisamente agli agri pubblici, per tutelare il possesso ed il godimento esclusivo di tali agri dalla parte di privati, in particolare alla tutela dei possessori di *ager occupatorius*, cioè il tipo fondamentale dell'*ager publicus*. Il possessore di tali fondi non potevano proporre la *rei vindictio*, imperniata sulla solenne affermazione "*ex iure Quiritium meum esse aio*", perché i fondi erano pubblici, nel *dominium* del *populus Romanus*. E fu per la tutela della *possessio* di tali agri, che si imponeva come una necessità

ineludibile, che vennero creati l'*Uti possidetis* e l'*Unde vi*.

Nel tempo posteriore, quando si avviò la progressiva trasformazione dell'*ager publicus* in *ager privatus*, tali interdetti vennero del tutto naturalmente utilizzati anche per la tutela della *possessio* degli *agri privati*. E a partire da quando, tra la fine della repubblica e l'inizio del principato, pressoché tutto il suolo italico era divenuto l'*ager privatus*, essi finirono ormai per trovare l'applicazione soltanto in riferimento agli immobili oggetti di proprietà privata.<sup>155</sup>

Abbiamo trattato l'origine e la sfera dell'applicazione degli interdetti possessori, i quali erano presi in considerazione soprattutto in connessione e in riferimento al processo. Nell'epoca classica, i pretori usavano l'interdetto come uno strumento processuale più importante per tutelare il possesso. Però, nell'epoca postclassica, con la totale riforma del processo, le situazioni possessori hanno subito i cambiamenti profondi. Ormai, nell'epoca giustinianea, il termine "*actio*" è promiscuamente adoperato tanto per indicare l'azione nel senso preciso romano, quanto per indicare un interdetto. La classica procedura interdittale, nettamente staccato dall'ordinamento giudiziario, è un semplice ricordo storico. Si possono trovare le tracce di tali cambiamenti nelle fonti, i compilatori hanno interpolato i frammenti classici per adattare le nuove istituzioni.

D.44,7,37pr.

*Ulpianus 4 ad ed. praet.*

*Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. interdicta quoque actionis verbo continentur.*

D.44,7,37,1

*Ulpianus 4 ad ed. praet.*

*Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.*

---

<sup>155</sup> Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997, p.121

"Nel diritto giustiniano le azioni possessorie conservano la denominazione di interdetti. Il fenomeno non è né isolato né inspiegabile. Anche scomparsa ormai ogni differenza tra gli interdetti e le azioni, i compilatori rispettano per regola la terminologia romana. Lo scopo scientifico, al quale la grande opera della compilazione era diretta, non permise ad essi di penetrare arditamente nei commentari dei giureconsulti, di alterarli e di sconvolgerli per adattarli alla realtà della mutata procedura: gli istituti classici non esistono più, ma i compilatori conservano ancora il nome che gli istituti nel diritto romano classico avevano. La sostanza è mutata: resta, uguale, la forma. Sono soltanto i bizantini commentatori del *Corpus iuris civilis* che, non avevano più alcuna preoccupazione dottrinale teorica, ignorano—si può dire—il termine *interdictum* che viene, per essi, sostituito dallo stesso termine greco che indicava l'azione romana"<sup>156</sup>. Quindi si può dire che nell'epoca giustiniana non c'era più la differenza sostanziale tra la tutela dei diritti e la tutela del possesso.

Nell'epoca classica, secondo Gaio, gli interdetti possessori sono classificati in tre categorie, "*aut adipiscendae, aut retinendae, aut recuperandae possessionis*"<sup>157</sup>, o secondo alcuni altri, in due, *retinendae* e *recuperandae possessionis*. La prima categoria include due interdetti: *uti possidetis*, che è destinato per i fondi e *utrubi*, il quale è modellato sugli schiavi, ma poi è esteso per tutte le cose mobili. Anche la seconda categoria include due interdetti: *unde vi* e *unde vi armata*. I contenuti di tali due interdetti sono simili. La maggiore differenza sta nei presupposti delle applicazioni degli interdetti. Nella parte seguente trattiamo tali quattro interdetti possessori dettagliatamente.

## 2.2 I vari interdetti

### 2.2.1 *interdictum uti possidetis*

L'interdetto *uti possidetis* è uno degli interdetti possessori più antichi nel diritto romano, secondo il quale il possessore del fondo *nec vi nec clam nec precario ab altero* chi ha subito o temuto di subire la molestia dell'altro può chiedere il pretore ad

---

<sup>156</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.44

<sup>157</sup> L.1.pr. D.de interdictis

eliminare tale molestia e condannare l'altra parte a compensare i danni che ha subito durante il periodo della molestia e il processo. Il contenuto di tale interdetto si trova in diverse fonti. Nel Digesto si trova nel D.43.17.1pr:

D.43,17,1pr.

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Ait praetor: " uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. de cloacis hoc interdictum non dabo. neque pluris, quam quanti res erit: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam".*

La formula ricordata dagli imperatori Diocleziano e Massimiano è:

*L.I C. Uti poss.8, 6 Uti possidetis fundum de quo agitur, cum alter ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim prohibebit.*

La relazione più antica, forse pregiuliana, ci è conservata in Festo alla voce *possessio*, ed. Teubner p.260:

*Uti nunc possidetis, eum fundum quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.*

La parte essenziale di Gaio (2, 160) è la più succinta, omettendo l'eccezione di possesso vizioso: *Uti nunc possidetis, quo munus ita possideatis, vim fieri veto.*

Comparando queste diverse redazioni dell'interdetto *uti possidetis*, ci ne siamo accorti che il *nunc* di Gaio e di Festo è stato eliminato dai compilatori. Esso si ritrova nelle Pandette stesse alla D.43, 17, 3, 6, quando si riferisce le parole iniziali dell'interdetto. La ragione di tale fenomeno è senza dubbio l'assimilazione intervenuta dell'interdetto *utrubi* con l'interdetto *uti possidetis*, che rendeva inutile il rilievo di questo momento che ormai non era più un momento specifico dell'interdetto *uti possidetis*. Inoltre, la formula Ulpiana o giustiniana pone *aedes* invece di *fundus*, malgrado il *fundus* è in tutti gli interdetti lo *specimen costante* nel diritto delle pandette stesse, e anche in ordine all'interdetto *uti possidetis*, tanto nelle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano, quanto nel Codice. L'aver assunto nello *specimen* le *aedes* invece del *fundus* può dunque sorprendere, ma non ha tanta importanza. Piuttosto la cosa può indurre a pensare che la formula dell'interdetto contenesse menzione anche

*locus*, cioè della *partio fundi*, dell'appezzamento di terreno che non ha l'autonomia di un fondo, e che vi fossero tre formule corrispondenti per il *fundus*, per le *aedes* e per il *locus*.<sup>158</sup> Una testimonianza chiara di tale deduzione è un frammento di Ulpiano nel Digesto, cioè il D.50.16.60.

Essenziale nell'interdetto è il divieto della turbativa. Nell'interdetto si usa la parole *vis*, però qui *vis* ha un significato molto ampio, includendo qualunque atto che contro il divieto interdittale non rispetti lo stato attuale del possesso. Insomma, i requisiti generali dell'interdetto sono:

- a) un pericolo oggettivamente riconoscibile di turbativa;
- b) la relazione di tale turbativa con il possesso come tale;
- c) turbativa temuta per avvenire, non compiutasi nel passato.

Da tali requisiti si vede che non occorre che il possesso sia già stato turbato: se lo fa, cioè avrà importanza solo in quanto comprova il pericolo che lo possa essere nuovamente in futuro, e questa è la ragione per cui di regola non si ricorre all'interdetto, se non in base a turbative già verificate, ma che le turbative siano procedute, non è in tesi assoluta necessario e tanto meno è necessario che in quelle avvenute si riscontri dolo o colpa o intenzione di turbare il possesso. Il pericolo di tali turbative vi ha certo, quando l'altra parte afferma di aver essa il possesso, di potere o volere fare certi atti che sarebbero in pregiudizio dell'attuale possesso, ecc. Inoltre, la turbativa deve essere rivolta contro il possesso, non contro la persona, come tale, del possessore, ecc.<sup>159</sup>

Per quanto riguarda la natura e lo scopo di tale interdetto, il Savigny ritiene che essa è un'azione *ex maleficio*, presupponendo come condizione dell'interdetto un delitto. Però, secondo il Bonfante, questa opinione non è esatta, perché non si confà né con l'interdetto il quale ci è presentato nelle Pandette, né con la procedura antica la quale è stata meglio rivelata dall'ultima lettura di Gaio. Per dare il fondamento dell'interdetto non si richiede una lesione compiuta, contro la quale provvedono per avventura dell'azioni di carattere personale. Basta una lesione futura, una turbativa

---

<sup>158</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.430

<sup>159</sup> Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, Milano 1908, p.338

che si abbia ragione di temere. Lo scopo essenziale dell'interdetto è mantenere lo stato del possesso come è attualmente costituito, impedire la turbativa futura, impetrandone anzi dal pretore il divieto, il *vim fieri veto*.<sup>160</sup>

Tale carattere è infatti normale nell'istituto interdittale nel diritto romano. Nella *cautio damni infecti* o nella *operis novi nuntiatio* o nell'*interdictum quod vi aut clam*, la lesione può essere anche semplicemente temuta, l'agire del vicino soltanto deve dare veramente motivo di temerla. Quindi, la lesione reale non è un presupposto necessario per l'interdetto, basta una lesione ragionevolmente temuta.

Per dimostrare la funzione dell'interdetto, prima di tutto ci giova richiamare l'analogia con le azioni dei proprietari: infatti gli interdetti *retinendae* corrisponde all'azione negatoria o proibitoria; invece l'interdetto *recuperandae* corrisponde alla *rei vindicatio*. La maggiore differenza è che l'azione negatoria è un rimedio petitorio e definitivo, l'interdetto un rimedio provvisorio, in quanto è aperta sempre la questione del diritto.<sup>161</sup> Un'altra differenza è che sebbene nella tutela della proprietà la parte essenziale è la *rei vindicatio*, il fulcro della tutela possessoria è l'interdetto *uti possidetis*, non l'interdetto *undi vi*, il quale corrisponde a *rei vindicatio*. La ragione non è complicata. *Uti possidetis*, pur essendo un rimedio provvisorio, ha una sfera più larga dell'interdetto *unde vi*; perché il recupero del possesso è garantito solo quanto vi è stato spoglio violento, mentre contro la turbativa la tutela è incondizionata, vale a dire, se occorre che non si abbia un possesso vizioso di fronte all'avversario, non occorre però che la turbativa abbia un carattere delittuoso. Il motivo di tale differenza è che l'essenza della tutela possessoria è di mantenere lo stato fatto, come in genere la tutela interdittale ha per lo scopo il mantenimento dello stato quo, mentre la garanzia del recupero è già una concessione ispirata in parte da altri motivi.<sup>162</sup>

Ora passiamo alla procedura dell'interdetti *uti possidetis*. Anche se ci sono

---

<sup>160</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.431

<sup>161</sup> Anche il Riccobono ha detto così nella sua opera, "nell'interdetto, il pretore, infatti, non interviene, come nel processo ordinario, quale organo della giurisdizione, limitandosi a curare la preparazione del giudizio, sebbene in forza del suo imperium e con funzione della polizia, emettendo dietro ricorso della parte lesa, un interdetto vale a dire un comando ipotetico, subordinato della verità dei fatti allegati"; cfr. Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.275

<sup>162</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.432

ancora tante lacune dei dettagli, però, soprattutto grazie alle Istituzioni di Gaio, ci riusciamo a sapere le cose generali. Nel diritto romano, secondo che ciascuna parte funga unicamente o da attore o da convenuto, ovvero sia attore e convenuto al tempo stesso, gli interdetti si dividono in due tipi: semplici e duplici. *Uti possidetis* appartiene agli interdetti duplici, perché in esso nessuno dei litiganti appare o come attore o come convenuto soltanto, ma assume e l'una e l'altra posizione processuale. In tale interdetto il pretore rivolge ad ambedue le parti le stesse parole:

Gai id.156, 157 *Tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. Simplicia sunt veluti in quibus, alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria;*

*Namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat.*

Gai id.160 *Duplicia sunt veluti uti possidetis interdictum et utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quod par utriusque ligatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actori pars sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur.*

In tale interdetto, quando interviene una turbativa, un atto di violenza, cioè quando il divieto emesso dal pretore è stato violato, il possessore può rivolgersi al pretore. Si discute molto in dottrina che nel tempo presto per iniziare la procedura l'atto di violenza debba essere necessariamente reale o basta essere ragionevolmente temuto. Però fuori di dubbio è che in epoca tarda sia lecito ricorrere ad una “*vis ex conventu*”, quando si voglia provocare il giudizio.<sup>163</sup> Quando la procedura è iniziata, il pretore deve regolare il processo interinale. Questo processo è attribuito alla parte chi offre per la restituzione eventuale dei frutti al vincitore la maggiore somma, quindi tale parte della procedura si chiamava *fructus licitatio*. Il vincitore nella *fructus licitatio* si obbliga mediante una nuova stipulazione, la *stipulatio fructuaria*, a pagare la somma offerta, qualora fosse giudicato contro di lui. Poi il pretore faceva le due parti sfidarsi reciprocamente mediante una *sponsio*, per cui tutte e due parti si

---

<sup>163</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.275

obbligano di rimando a pagare una somma, quando fosse giudicato che l'uno o l'altra avesse contravvenuto all'ordine del pretore e turbato il vero possesso. Siccome il giudizio era duplice e le parti assumevano la posizione di attore e di convenuto nello stesso tempo, Gaio dice che ci vogliono una sponsione e una restipulazione. Però, secondo il Bonfante, ci sono due sponsioni e due restipulazioni.

Ora, è finita così la fase del processo *in iure*. Poi, il giudice, avanti cui si andrà, dovrà decidere sulle sponsioni e restipulazioni. A tal'uopo esso dovrà esaminare precisamente chi dei due, al momento dell'emissione dell'interdetto, possedeva *nec vi nec clam nec precario* di fronte all'avversario, e condannare il perdente nella somma della sua *sponsio* o *restipulatio*. Se il vincitore già si trova nel possesso (perché vinse la *fructus licitatio*), la lite è terminata a questo punto. Se, invece, il soccombente è la stessa parte a cui viene attribuito il possesso interinale, la procedura deve andare davanti ancora. In tale caso, ha luogo il cosiddetto *iudicium secutorium sive Cascellianum*, probabilmente introdotto dal giurista Aulo Cascellio durante la sua pretura, per un congruo indennizzo all'avversario."Quindi, la complicazione del giudizio era diversa, secondo che avesse vinto la parte che aveva già vinto nella *fructus licitatio*, cioè il possessore interinale o l'altra parte: il possessore interinale perdente non solo pagava la somma della *sponsio* e della *restipulatio*, ma pagava anche la somma della *fructus licitatio*, ed inoltre doveva restituire il possesso con i frutti percepiti nel frattempo, poiché è detto espressamente in Gaio che la somma della *fructus licitatio* si pagava a titolo di pena per aver mal ritenuto il possesso altrui e tentato privarne l'avversario, ma non si computava come un vero indennizzo, invece l'altra parte, soccombendo, era semplicemente condannata a pagare la somma della *sponsio* e della *restipulatio*".<sup>164</sup>

Salvo l'*iudicium secutorium sive Cascellianum*, colui che in iure aveva ceduto all'avversario nella *fructus licitatio* poteva intentare un altro *iudicium secutorium* per i frutti, il quale si chiama *iudicium fructuarium*. Assai discussa è la ragione di questo *iudicium* ed i vantaggi che potevano farlo preferire al *iudicium* sulla *fructuaria*

---

<sup>164</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.433

*stipulatio*. L'ipotesi più pratica è quella del Lenel, che colui chi aveva ceduto il possesso interinale potesse con questo giudizio ottenere un risarcimento più equo che non quello stabilito dalla *fructus licitatio* in caso di vittoria; infatti il danno da lui subito per essere stato privo del possesso nel frattempo poteva superiore alla somma raggiunta nell'incanto.

Per fare operare bene la procedura, ci vuole un'attività continua e voluta dalle tutte e due parti. Però, a qualche volta può accadere che dopo la lesa dell'interdetto l'una delle parti rifiutasse a compiere i singoli atti necessari a provocare il giudizio, i *cetera ex indèdictio*, per esempio, poteva rifiutare di fare le sponsioni e le restipulazioni, di procedere alla *fructus licitatio*, o di prestare la *sadistatio* o *stipulatio frutuaria*, dopo aver vinto nella *fructus licitatio*. In tale caso, tutto ulteriore procedimento rimane fermato. Si credeva che rifiutare di fare questi atti necessari per far luogo al giudizio è anche un atto di violenza e si discute sulla natura di quest'atto di violenza. Secondo il Bonfante qui si tratta di una finzione di violenza. Per infrangere gli ostacoli recati da una parte e fare andare avanti la procedura, era disposto contro colui chi rifiutasse di procedere ai *cetera ex indèdictio* un *indèdictum secundarium*, con il quale l'avversario volenteroso otteneva contro il contumace piena soddisfazione, cioè od il divieto di un'ulteriore turbativa, se esso era stato aggiudicato il possesso interinale, o la restituzione del possesso, se il contumace ha vinto nella *fructus licitatio*. Però, in base a quali condizioni tale interdetto venga emanato e se l'avversario deve almeno provare che egli stesso possiede *nec vi nec clam nec precario ad altero* quando si emana l'interdetto sono le questioni controverse in dottrina.

Nell'interdetto *uti possidetis*, come in alcuni altri interdetti, esiste una condizione importante, cioè la parte che vuole essere tutelata dall'interdetto deve provare che il suo possesso sia *nec vi nec clam nec precario ab altero*. Questa clausola vuol dire che solo la *possessio iusta* può essere tutelata dall'interdetto *uti possidetis*. Però, circa la sua funzione ci sono le discussioni nella teoria. Alcuni autori, ad es. lo Schmidt, ritengono che essa abbia una mera funzione negativa, cioè chi non prova il possesso non vizioso di fronte all'avversario è respinto e non deve assumere nessun altra

responsabilità; invece, gli altri, ad es. il Savigny ed il Bonfante sono di parere che essa abbia una funzione recuperatoria, vale a dire che se uno possiede, ma il suo possesso è vizioso di fronte all'avversario, egli deve restituirlo all'avversario alla fine. Considerando la funzione generale dell'istituto interdittale nel diritto romano e le esigenze pratiche, anche noi siamo di opinione della funzione recuperatoria. Perché da una parte ci sono i testi che sembrano dire chiaramente che l'interdetto può in talune ipotesi condurre al ricupero della cosa.<sup>165</sup> D'altra parte il carattere dell'interdetto duplice porta necessariamente a questo risultato. Se il giudice respinge la pretesa dell'uno in qualità di attore, deve condannarlo come convenuto, e non può in tale ipotesi condannarlo se non alla restituzione del possesso. Se la clausola *nec vi nec clam nec precario* ha un significato serio, esso non può aver che questo: che il possesso venga restituito dal possessore vizioso al possessore leso. Anche dal punto di vista pratico, se il pretore non condanna il possessore vizioso di restituire il possesso, questo vuol dire la discordia è lasciata stare. Il possessore vizioso continua a possedere, ed il possessore leso è ancora privato del possesso. Tale non è un risultato soddisfacente e giusto.

Abbiamo dimostrato prima che l'interdetto *uti possidetis* appartiene agli interdetti *retinendae possessionis*. Però, con la sua funzione recuperatoria, in qualche volta, il possessore non solo non può mantenere il possesso, ma anche deve restituirlo all'avversario. Infatti, questo è uno dei motivi per il parere della funzione negativa. Però, in realtà, la situazione non è così. Da un canto la designazione di *retinendae possessionis* è desunta dalla funzione essenziale e probabilmente unica in origine, perché la clausola *nec vi nec clam nec precario* pare aggiunta in seguito. Da l'altro canto, nell'interdetto *utrubi*, è molto ovvio che egli può accorda la victoria al non possessore, però nessuno nega che egli è uno degli interdetti *retinendae possessionis*.

### **2.2.2 *interdictum utrubi***

Un'altro interdetto *retinendae possessionis* è *interdictum utrubi*, anche il quale prede il nome dalle parole dell'ordine pretorio. Questo interdetto è introdotto per la

---

<sup>165</sup> D.43.17.3pr

manutenzione delle cose mobili. Originariamente egli è concepito in ordine agli schiavi, ma già nel diritto classico era stato esteso a tutte le cose mobili.

Gaio confermava la sua forma così:

*Utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.*

E nel Digesto si suona come:

D.43,31,1pr.

*Ulpianus 72 ad ed.*

*Praetor ait: " utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto".*

In tali redazioni manca l'eccezione del possesso vizioso, ma noi sappiamo di certo dal commento che segue e dalle altre fonti, che tale eccezione doveva essere nell'interdetto e la loro mancanza nel Digesto e in Gaio non ci può sorprendere. Conviene piuttosto notare che la formula gaiana è grammaticalmente scorretta, ed il Lenel la restituisce come: *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.*

Come risulta dalle formule, tale interdetto aveva una particolare struttura per cui rivela quasi un'antitesi con l'interdetto; non è il possessore attuale chi vince, ma colui che nell'anno ha posseduto per un maggiore periodo del tempo.<sup>166</sup> Però, circa come si conta il periodo di tempo, c'è la discordia. Secondo il Ferrini, "la *maior pars anni* va intesa relativamente, vince ad es. chi ha posseduto due mesi in confronto di chi ha posseduto un mese: fr.156D.50 16. Non importa distinguere chi possegga attualmente".<sup>167</sup> Invece, il Riccobono ritiene che "viene infatti accordato in favore di colui che durante l'anno abbia posseduto (sia pure solo animo o per *estraneam personam* o viziosamente ai terzi) giustamente nei confronti dell'avversario e per un periodo di tempo superiore a sei mesi, calcolandosi l'anno a ritroso cominciare dal giorno in cui è sorta la lite. Così, ad esempio, se Tizio possiede per otto mesi e Gaio per i sette mesi che seguono sino al dì della lite, l'interdetto viene emanato in favore

---

<sup>166</sup> Id., p.438

<sup>167</sup> Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, Milano 1908, p.340

di Gaio, giacché il possesso esercitato da Tizio nei primi tre mesi non giova, in quanto non rientra nell'anno, che, calcolandosi a ritroso, comprende i sette mesi del possesso di Gaio, e quindi, cinque soltanto degli otto durante i quali Tizio ha posseduto: in questo caso, pertanto, vince colui che si trova nel possesso. Se, invece, Tizio ha posseduto per dieci mesi e Gaio per i due che seguono sino al dì della lite, vince Tizio che pure non possiede: in questa ipotesi, quindi, l'interdetto fa recuperare il possesso a chi lo aveva perduto"<sup>168</sup>.

Dai paragrafi che abbiamo citato, si vede che ci sono due metodi per calcolare il periodo di tempo: quello relativo (Ferrini) e quello assoluto (Riccobono). Considerando le situazioni pratiche, credo che il modo relativo sia più ragionevole. Perché in pratica esistono i casi in cui nessuno dei litiganti ha goduto il possesso per un periodo superiore sei mesi nell'anno. Per esempio, se Tizio ha per posseduto quattro mesi e Gaio ha posseduto per tre che seguono sino al dì della lite, secondo l'opinione del Riccobono, in questo caso nessuno può essere tutelato dall'interdetto *utrubi*, perché nessun ha posseduto per più di sei mesi nell'anno. Considerando la facilità di passare il possesso della cosa mobile dall'uno all'altro, può succedere spesso che nessuno dei litiganti ha posseduto più di sei mesi dentro un anno. Per questo motivo, si può dire che il metodo relativo è meglio per adoperare l'interdetto ai casi più ampi possibili.

Rispetto agli altri interdetti possessori, *utrubi* ha una struttura speciale, la ragione è che la perdita dei mobili è troppo agevole, anche indipendente dalla violenza o persino dall'opera umana: gli schiavi e gli animali possono fuggire; la forza delle acque e dei venti può trascinare altrove gli oggetti mobili. È stato rilevato altresì che l'interdetto non adopera la forma possedeva, ma esse *apud aliquem*. Secondo il Bonfante, gli autori a torto si valsero di questo rilievo per indurre lo svolgimento graduale del concetto del possesso in sé stesso, giacché l'interdetto *uti possidetis* è ben formato sul possesso ed è a ritenere il più antico. Piuttosto questa redazione dimostra ancora una volta che il concetto genuino del possesso è la *possessio*

---

<sup>168</sup> Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935, p.260

immobiliare.<sup>169</sup>

Per quanto riguarda il computo del periodo del possesso, per evitare i risultati iniqui nel caso di trapasso del possesso, i Romani introdussero l'*accessio possessionis*. Mediante la cosiddetta *accessio possessionis* il possessore poteva aggiungere al suo possesso il possesso dell'autore, quando fosse egualmente qualificato, cioè non vizioso di fronte all'avversario. In tale accessione si poteva fruire del possesso del creditore pignoratizio, del precarista, giacché per gli interdetti non si richiedono le qualifiche necessarie per usucapire.

Gai. 4.151: *Sed in utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed stiam alterius, quam iustum est ei accedere, veluti eius cui heres extiterit, eiusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit, itaque si nostrae possessionis iuncta alterius iusta possessio exuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus...sed si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam aut precario ad adversario adquistam, non datur accessio; nam ei "possessio" sua nihil prodest.*

L'*accessio possessionis*, nata nell'interdetto *utrubi*, ebbe un singolare destino. Nel diritto giustiniano questo destino ha cambiato. Ma i Giustiniane non soppressero le tracce di questo istituto: sì bene lo trasportarono in un altro campo, lo adattarono ad un nuovo scopo. I testi che riguardavano l'*accessio possessionis* nell'interdetto *utrubi* furono trasportati nella usucapione. E nacque, così, come lo Zanzucchi dimostrò con analisi minuta ed acuta, l'*accessio possessionis* giustiniana: un concetto, una cosa ben diversa dall'*accessio possessionis* classica. L'*accessio possessionis* nel diritto giustiniano è la facoltà del successore a titolo singolare (anche questo un concetto e un termine postclassico) di congiungere, agli effetti della usucapione, al possesso proprio quello del suo attore, purché sia ugualmente utile all'usucapione, continuo e non interrotto civilmente.<sup>170</sup>

Nelle fonti possiamo trovare i testi in cui l'*interdictum uti possidetis* e *utrubi* sono considerati *mixtae actiones*.

---

<sup>169</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.438

<sup>170</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.81

D.44,7,37,1

*Ulpianus 4 ad ed. praet.*

*Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.*

Nel diritto classico, si chiamavano "*interdicta duplicia*" quelli interdetti, in cui ognuna delle parti era ad un tempo datrice e convenuta; e si chiamavano "*iudicia duplicia*" le azioni divisorie, in cui per l'appunto lo stesso fenomeno processuale si ripeteva. Dunque, qual è il significato di *mixtae actiones*? Secondo l'Albertario, questa terminologia è giustiniana, perché essi vengono chiamati *actiones*, non *interdicta*. Cioè è una terminologia dei Bizantini, favorita, indubbiamente, dalla nuova dottrina della natura *actionis*. Però, circa il suo significato, le fonti ci rivelavano l'ambiguità.

*Mixtae actiones* sono quelle in cui ognuna delle parti è ad un tempo attrice e convenuta;

*Mixtae actiones* sono le azioni in *rem* e in *personam* ad un tempo;

*Mixtae actiones* sono le azioni nello stesso tempo penali e reipersecutorie.

Tutte le tre categorie sono postclassiche: tarde accarezzate classificazioni delle scuole d'oriente, che plasmavano in un'arida forma e comprimevano e irrigidivano l'azione romana. Dalle scuole le tre categorie passarono nella legislazione giustiniana, dove noi le troviamo, per interpolazioni frequenti dei compilatori, attribuite ai giuristi di Roma.<sup>171</sup>

Nel nuovo diritto l'interdetto *utrubi* non serba più la sua struttura antica, ma è completamente assimilato all'*interdictum uti possidetis*. Si richiede, come *uti possidetis*, il possesso attuale, e gli effetti, come i requisiti, sono identici; anche la duplicità degli interdetti non ha che una ragione storica, e nel diritto comune entrambi vennero fusi nell'unico istituto del *possessorium ordinarium*.<sup>172</sup>

### 2.2.3 *interdictum de vi*

---

<sup>171</sup> Id., p.84

<sup>172</sup> Id., p.81

Ora, passiamo ad esaminare l'interdetto *recuperandae possessionis*. Come gli *interdicta retinendae*, anche quelli *recuperandae possessionis* includono due tipi: *de vi cottidiano* o *de vi semplicemente* e *de vi armata*.

L'*interdictum de vi* era antichissimo. Cicerone nelle orazioni *Pro Tullio* e *Pro Caecina*, che costituiscono per noi la fonte principale dell'antichissima struttura dei due interdetti *recuperandae possessionis*., lo chiama ai maiores, cioè, pare, ad un'epoca abbastanza oscura e non prossima, la formula che egli ne offre è la seguente:

*Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti...cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario (a te) possideret, eo restituas.*

Tale testo derivava dall'orazione *Pro Tullio*, che fu tenuta nell'anno 71—72 a.C. Qui Cicerone ricorda una forma più arcaica per l'interdetto *de vi* o *de vi armata*.

La formula dell'editto giuliano è restituito dal Lenel come seguente:

*Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.*

Secondo il Keller ed il Karlowa, le parole *cum ille possideret* non erano nell'Editto e nemmeno le parole *illum quaeque ille tunc ibi habuit*. La prima osservazione è probabilmente giusta, poiché l'editto giuliano sembra aver tolto alcuni ricami inutili nelle clausole edittali. Ora il *cum ille possideret* era indubbiamente inutile, non solo perché il possesso si doveva indurre dalla *deiectio* ed ormai poteva anche essere presupposto dalla giurisprudenza, ma anche perché egli era, in fondo, già formulata nella *exceptio vitiosae possessionis*.<sup>173</sup>

Nel Digesto, invece, la formula è così:

D.43,16,1pr.

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Praetor ait: " unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit*

---

<sup>173</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.440

*pervenerit, iudicium dabo*".

Tale formula è gravemente interpolata, come già riconobbero lo Schmidt, l'Albertario ed il Lenel. I compilatori hanno fuso le parole iniziali dell'interdetto con tenore della formula dell'*actio in factum*, promessa dopo l'anno, quando l'interdetto non si poteva più esprimere, onde il carattere di interdetto viene ad essere eliminato come risulta spiccatamente dalla chiusa finale *de eo...iudicium dabo*, invece dell'imperativo *eo restituas*. Questo interdetto conteneva nel diritto classico l'*exceptio vitiosae possessionis ab altero*, ed aveva la durata di un anno dal momento della espulsione violenta. Dopo l'anno era accordata un'*actio in factum*.

Vat. Fr.312: *...aditus praeses provinciae, si de possessione te pulsum animadvertit nec annus excessit, ex interdicto unde vi restitui te cum sua causa providebit, vel si hoc tempus est, ad formulam promissam.*

La stessa *actio in factum* giovava anche contro i genitori ed i parenti, i quali andavano esenti dall'interdetto, come in genere da tutte le azioni infamanti.<sup>174</sup> Così, il D.43,1,1,43 avverte:

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Interdictum hoc quia atrocitatem facinoris in se habet, quaesitum est, an liberto in patronum vel liberis adversus parentes competit. et verius est nec liberto in patronum nec in parentes liberis dandum esse meliusque erit in factum actionem his competere. aliter atque si vi armata usus sit adversus libertum patronus vel adversus liberos parens: nam hic interdictum competit.*

Dai testi nelle fonti, sappiamo il contenuto essenziale di questo interdetto, cioè se il possessore chi possiede *nec vi nec clam nec precario ab altero* è spogliato il suo possesso con *vis*, egli può rivolgersi al pretore per recuperarlo dentro un anno dal giorno dello spoglio. Circa il soggetto passivo di questo interdetto, si ritiene che può essere applicato contro chiunque chi ha compiuto, sia in nome proprio che in nome altrui, lo spoglio violento, ovvero contro chi l'ha ordinato. La menzione espressa del *procurator* pare eliminata già nell'editto giuliano come inutile, in quanto

---

<sup>174</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.86

precisamente colui che ha ordinato lo spoglio è equiparato a colui chi lo ha compiuto; il *deiecisti* della formula interdittale si riferisce ad entrambi.

D.43,16,1,12

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Deiecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel iussit, ut aliquis deieceretur: parvi enim referre visum est, suis manibus quis deiciat an vero per alium: quare et si familia mea ex voluntate mea deiecerit, ego videor deiecisse.*

Nel caso in cui un ordine è dato, sono tenuti così il *procurator* come il *dominus*, sicché l'espulso ha la libera scelta di rivolgersi o contro l'uno o contro l'altro. Su questo proposito, esiste un testo interessante nelle fonti:

D.43,16,1,13

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse sabinus ait et alterius nomine alteri eximi, sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita ( non enim excusatus est, qui iussu alicuius deiecit, non magis quam si iussu alicuius occidit): cum autem falsus est procurator, cum ipso tantum procuratore interdici debere. sabini sententia vera est.*

Secondo l'Albertario, tale frammento è ovviamente interpolato. La distinzione, che nel testo è fatta tra *verus* e *falsus procurator*, risale forse ai compilatori giustiniane. Inoltre, risale anche il principio, affermato nel testo, che l'uno dei due è liberato *sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita*. Il pensiero del giurista classico, poi, non si può ricostruire col dire che esperito l'interdetto contro l'uno, è tolta la possibilità di esperirlo contro l'altro, ma col dire che esperito l'interdetto contro l'uno, l'altro non è liberato. Quindi, il testo doveva dire: *alterius nomine alterum non eximi*. Giustiniano anche qui, come in altri casi, riduce l'obbligazione da cumulativa a correa.<sup>175</sup>

La formula è espressamente rilevata anche nell'editto giuliano, cioè se uno schiavo della famiglia ha compiuto lo spoglio con la violenza, il padrone è tenuto

---

<sup>175</sup> Ibid.

responsabile anche senza aver dato un ordine. In tale caso, il padrone è tenuto alla restituzione dell'*id quod ad eum pervenit*, o alla *noxae deditio* dello schiavo. Come è espresso nel D.43.16.1 16—17:

D.43,16,1,16

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Familiae autem appellatio servos continet:*

D.43,16,1,17

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Sed quaeritur, quem numerum servorum contineat, utrum plurium an vero et duum vel trium. sed verius est in hoc interdicto, etiamsi unus servus vi deiecerit, familiam videri deiecisse.*

Se il *filiusfamilias* o un operaio ha compiuto l'espulsione, il *paterfamilias* è pure tenuto utilmente con interdetto.

D.43,16,1,20

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Si filius familias vel mercennarius vi deiecerit, utile interdictum competit.*

Per quanto riguarda il soggetto attivo dell'interdetto, alcuno s'intende *deiectus* anche se fu spogliato il *procurator* o la famiglia o qualunque rappresentante nel possesso, quindi nell'editto giuliano è stata anche al riguardo abbandonata l'espressa menzione dell'editto arcaico trasmessoci da Cicerone. Però, il *deiectus* doveva essere vero possessore.

D.43,16,1,9

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.*

Secondo l'Albertario, l'ultima parte del frammento, cioè *sive civiliter sive naturaliter possideat* è interpolate. Per i Giustinianeî *possessio naturalis* è l'espressione indicante, anche, il possesso, non indicante solamente la detenzione come nel diritto classico. Perciò, il principio che *deiectus* può essere soltanto il possessore non è scosso, neppure nel diritto giustiniano. Gli è che nella nuova epoca,

applicato il concetto del possesso anche ai diritti, in particolare ai diritti reali, ad essi pure si applica il concetto del *deiectus*. "*Possessio*" e "*deiectio*" sono due termini giuridici, l'uno in funzione dell'altro. Così, riconosciuto nella nuova epoca il possesso del usufrutto, Giustiniano può considerare *deiectus* anche usufruttuario (D.43.16.3.14)

<sup>176</sup>.

Non è necessario, invece, che il *deiciens*, o l'espulsore, possiede attualmente, o che anzi non abbia mai posseduto, basta l'espulsione, per fare che sia contro di lui esperibile l'interdetto.

Un presupposto importante per l'interdetto unde vi è la *deiectio* o espulsione. E la *deiectio* richiede per il suo verificarsi la *vis altrox*. Come si spiega la parola *vis*? Ha un senso più stretto o più ampio? Per fare applicarsi questo interdetto nel campo più ampio possibile, non si deve spiegare la *vis* con un senso stretto. Quindi, nell'*interdictum de vi*, senza esaurire completamente il concetto della *vis*, i Romani, spinti dalle ragioni pratiche, ne hanno reso la nozione molto larga ed elastica.

Nella pratica, le situazioni sono molto varie. Il tipo p proprio dello spoglio sarebbe il vero *deiicere*, cioè l'espulsione del possessore che è dentro il fondo, con l'uso della forza. In tale proposito ci sono varie controversie. Una è che, come ritiene lo Hufeland, bisogna distinguere la perdita dall'espulsione, almeno nel diritto classico. Chi abbandona il proprio fondo per timore perde il possesso, ma non si può dire *deiectus*, quando il timore è infondato.

Secondo l'opinione più mite, parrebbe bastare la fuga davanti un ragionevole timore, anche se il fondo non viene occupato dagli altri.

D.41,3,33,2

*Iulianus 44 D.*

*Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi deiectus videtur: sed nihilo minus id praedium, etiam antequam in potestate domini redeat, a bonae fidei possessore usucapitur, quia lex plautia et iulia ea demum vetuit longa possessione capi, quae vi*

---

<sup>176</sup> Id., p.93

*possessa fuissent, non etiam ex quibus vi quis deiectus fuisset.*

Secondo un'altra opinione, la quale si può dire abbia trionfato nella giurisprudenza classica e fa legge nelle Pandette, la fuga avanti ad un timore, sia pur fondato, non basta: occorre che il fondo venga realmente occupato dagli aggressori, cioè si esige una *vis corporalis*.

D.43,16,3,6

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Si quis autem visis armatis, qui alibi tendebant, metu hoc deterritus profugerit, non videtur deiectus, quia non hoc animo fuerunt qui armati erant, sed alio tendebant.*

Circa questo argomento, nelle fonti esiste un frammento molto interessante e discusso:

D.43,16,1,29

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Idem labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum. sed pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere, ergo etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum.*

Secondo il Bonfante e l'Albertario, ci sono i dubbi e incongruenze in questo frammento. Perché è impossibile intendere l'opinione soggiunta da Ulpiano come un'emendazione o un'illazione, rispetto alla teoria del Pomponio, che si esige la *vis corporalis*; è possibile, d'altra parte, il fare di Labeone un rappresentante dell'opinione più mite, quando la sua dottrina richiamata nel D.4, 2, 9 pr è chiaramente nel senso che non basti la fuga, ma occorra l'occupazione dalla parte dell'aggressore. Si vuole negare la contraddizione, ponendo che Labeone intenda in modo diverso la *vis* nell'*actio quod metus causa* e nell'interdetto *unde vi*; ma oltre che tale difesa non è ragionevole. Labeone nel L.9pr. espressamente richiama anche l'interdetto *unde vi*. A noi sembra che il testo renda un senso ragionevole solamente spostando l'aggiunta *ergo etiam* ecc., prima della frase *sed Pomponius* o in qualunque modo riferendo quell'inciso finale alla prima proposizione. In tale modo si avrebbe la

stessa relazione dell'opinione di Labeone che si trova nella L.9pr. e che Ulpiano accetta tanto l'una quanto l'altra legge. L'opinione del Pomponio rappresenta precisamente un'opinione eccessiva ed isolata nelle Pandette.<sup>177</sup>

Se, in alcuni casi, soprattutto nel caso del possesso solo animo, una persona impedisce il possessore a tornare ad occupare il fondo, si può dire che il possessore è *deiectus*? Su questo punto, molti autori ritengono che il possesso sia perduto, ma non s'intendano verificata la *deiectio* e quindi non competa l'*interdetto unde vi*. Però, il Bonfante ha posto un'altra opinione. Secondo esso, non si deve distinguere, tanto più che i testi fondamentali sulla materia, la *vis* ed il timore per cui non si rientra nel fondo proprio. Perché la giurisprudenza, almeno nell'età giustiniana, ha fatto un'estensione, considerandolo come vera *deiectio*.

Per quanto riguarda la restituzione, la restituzione, imposta dall'*interdetto*, deve essere piena: l'espulso è restituito completamente, come le fonti dicono, nella *pristina causa*.

D.43,16,1,31

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Qui vi deiectus est, quidquid damni senserit ob hoc quod deiectus est, recipere debet: pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus.*

D.43,16,1,40

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Ex die, quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis ex quo edita sunt, non retro, computantur. idem est et in rebus mobilibus, quae ibi erant: nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi deiectus est.*

In tali due testi si trattavano il momento da cui si deve restituire i frutti. Nel primo testo si dice che nell'*interdetto unde vi* i frutti devono essere restituiti dal momento della *deiectio*, e nel secondo si ritiene che negli altri interdetti i frutti vengono restituiti dal momento dell'*interdictum redditum*.

Questa singolarità, secondo l'Albertario, è totalmente spiegabile. L'usurpatore,

---

<sup>177</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.447

quanto alla restituzione dei frutti, è trattato in modo perfettamente analogo"quello con il quale è trattato il possessore di mala fede. Quindi, come il possessore di mala fede, egli è obbligato alla restituzione di tutti i frutti percepiti anche prima dell'*interdictum redditum* (nel diritto giustiniano prima della *lis contestata* o, meglio, della *controversia mota*) ed alla restituzione di tutti i *percipiendi*, cioè quelli che il possessore legittimo avrebbe potuto percepire"<sup>178</sup>.

Come è enunciato nei testi D.43,16,1,41 e D.43,16,1,33, salvo i frutti, l'usurpatore deve restituire anche tutte le accessioni ed i proventi della cosa, la cosiddetta *causa rei*. E deve risarcire i danni e restituire le cose, che al momento della *deiectio* si trovano nel fondo, a qualunque titolo il possessore le detenesse.

Nel caso della mancanza della restituzione, l'usurpatore deve risarcire i danni e interessi nella misura più alta. Nel diritto nuovo è stabilito *iuramentum zenonianum*, cioè la valutazione dei danni nel dubbio si fa dall'attore mediante il giuramento. Inoltre, l'usurpatore è sempre in mora come il ladro, ed è responsabile della perdita, anche se avvenuta senza suo dolo o colpa, ma per mero caso fortuito.

Dal testo dell'interdetto *unde vi*, sappiamo che egli è accordato solo nell'anno utile, dopo un anno tale interdetto si prescrive. Ora sorge qualche questione interessante e importante: cosa succede per l'usurpatore dopo l'anno utile? egli deve assumere la responsabilità ancora? se deve, per quale forma si presume questa responsabilità?

Le risposte di queste domande, secondo l'Albertario, sono diverse in differenti epoche nel diritto romano. Nel diritto classico l'usurpatore era tenuto anche dopo l'anno alla restituzione della cosa. La differenza consisteva soltanto in ciò che, trascorso l'anno, non poteva più essere convenuto con l'interdetto, ma poteva essere convenuto con un'*actio in factum*. Mentre nel diritto giustiniano, per le alterazioni dei compilatori, il principio classico è cambiato, cioè dopo un anno l'usurpatore è tenuto solo nella misura del suo arricchimento, come dicono i fonti *in id quod ed eum pervenit*.

---

<sup>178</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.99

Ci sono due frammenti nelle fonti che possono dimostrare il principio classico:

D.43.17.1.4 :

*Ulpianus 69 ad ed.*

*...restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem: ...*

*Vat.Fr.312:*

*...aditus praeses provinciae si de possessione te pulsum animadvertit, nec annus excessit, ex interdicto unde vi restitui (tibi) rem cum sua causa providebit; vel si hoc tempus finitum est, (per) formulam promissam.*

In questi due frammenti, soprattutto il secondo, viene affermato in una maniera veramente limpida che l'espulso potrà essere restituito nel possesso o mediante l'interdetto o mediante l'*actio in factum* (*formula promissa*), ed il risultato raggiunto—la restituzione nel possesso—è uguale in entrambi casi. La differenza è solo la via procedurale, a seconda del tempo in cui l'espulso agisce.

Di fronte a questi testi classici, ci sono anche i frammenti in cui si dimostra il principio nuovo:

D.43,16,1pr.

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Praetor ait: " unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo".*

D.43,16,3,12

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Hoc interdictum etiam adversus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis deiceretur: et post annum reddetur in id, quod pervenit ad eum qui prohibuit unde vi.*

Secondo l'Albertario, tali due testi sono ovviamente interpolate, soprattutto il secondo, come ha osservato il Cuiacio. Perché nel diritto classico, l'interdetto *de vi armata* era perpetuo. Solo i giustinianeî, fonando i due interdetti in un solo interdetto *de vi*, limitavano, trascorso l'anno, anche la responsabilità di colui che espulse colle armi. Non menzionano espressamente l'*actio in factum*, ma ad essi ciò poco importa, perché ogni differenza tra gli interdetti e le azioni è nella nuova epoca caduta e

l'interdetto stesso è anche un'*actio*. A loro importa stabilire la responsabilità dell'espulsore, trascorso l'anno, nei limiti del suo arricchimento.<sup>179</sup>

Un'altra discussione sull'interdetto unde vi è se esso ha un carattere penale nel diritto romano. Secondo alcuni autori, ad es., il Perozzi ed il Biondi, la distinzione fra gli interdetti penali e gli interdetti reipersecutori non è classica. Il Biondi ha trattato dettagliatamente la sua opinione nell'opera sua. Secondo esso, il concetto di *interdictum poenale* è stato completamente estraneo alla giurisprudenza classica e si trova in aperto contrasto con la funzione che gli interdetti nel diritto classico avevano. Nell'epoca classica, la tutela interdittale era una tutela puramente di fatto, l'interdetto poteva anche essere originato da un delitto, ma il pretore con il suo *vim fieri veto*, con il suo *restituas* od *exhibeas* mirava sempre a ripristinare quelle situazioni di fatto turbate da un determinato agire anche delittuoso. Questa era in ogni caso la funzione ed il contenuto dell'interdetto, non quella di attribuire all'offeso una pena pecuniaria equivalente in origine ad un diritto di vendetta verso il reo. L'interdetto classico aveva sempre per obbietto l'*id quod ex nostro patrimonio abest*, mai la pena.

La distinzione tra gli interdetti penali e gli interdetti reipersecutori spunterebbe soltanto nel diritto giustiniano. Nel nuovo diritto alla varietà, di essenza e di funzione, dei mezzi processuali classici tende a sostituirsi la uniformità del mezzo giuridico a garanzia di un determinato diritto tutelato dalla legge.

L'Albertario condivide l'opinione del Biondi che la distinzione tra gli interdetti penali e gli interdetti reipersecutori nasce nell'epoca giustiniana. Però, ritiene che questo non può negare che l'interdetto *unde vi* avesse carattere penale. Perché nel diritto classico, lo scopo dell'azione ed il fatto che la fa sorgere determinano se un'azione sia penale o no. Quindi, il *delictum*—lesione di un diritto—fa nascere l'azione penale; lo spoglio violento, la *vis*—lesione di un rapporto di fatto (il possesso)—fa nascere l'interdetto *unde vi*, avente carattere penale.

Secondo l'Albertario, le prove della sua opinione non sono poche. Prima, nel diritto classico l'interdetto *unde vi* è annuale. Dopo un anno si dà contro l'espulsore

---

<sup>179</sup> Id., p.102

un'*actio in factum*, la quale è diretta alla restituzione della cosa. Se non agisse presso i giureconsulti la considerazione che l'interdetto *unde vi* ha carattere penale, perché escogiterebbe dopo l'anno il rimedio dell'*actio in factum*? Non era cosa meno complicata dichiarare la perpetuità dell'interdetto?

Seconda, l'interdetto *unde vi* è intrasmissibile passivamente agli eredi. Nel caso in cui bisogna contrare gli eredi, c'è un'azione *in factum ex causa huius interdicti*, la quale non era diretta soltanto all'arricchimento dell'erede, ma alla *res*, al *simplum*, insomma, lo stesso scopo dell'interdetto. Questo è precisamente come nel campo di una tipica azione penale, cioè l'*actio doli*.

Inoltre, l'interdetto *unde vi* è nossale, cioè il *paterfamilias* sembra liberato con la *noxae deditio* dello schiavo. E tale interdetto, infine, non è concesso contro certe categorie di persone, nella stessa guisa con la quale contro esse non esperibili le azioni infamanti: così, ad esempio, l'*actio doli*, come ci hanno rivelato i frammenti D.4,4,1,11 e D.43,16,1,43.

Alla fine, conclude l'Albertario, che data la sua annualità, la sua intrasmissibilità passiva agli eredi, la sua nossalità, la sua non esperibilità contro determinate persone (padrone, genitori, ecc), ci sembra che l'interdetto *unde vi* abbia un evidente carattere penale. Trattandosi di difesa del possesso, che è un rapporto di fatto e non di diritto, non sorse per respingere lo spoglio violento un'azione penale; sorse un interdetto. Che però ebbe tutti i requisiti, che però fu sottoposto a tutte le regole delle azioni penali sono proprie.<sup>180</sup>

#### **2.2.4 *interdictum de vi armata***

Ora, passiamo all'ultimo interdetto possessorio, l'interdetto *de vi armata*. Anche questo interdetto si applica nel caso dello spoglio violento del possesso delle cose immobili. La differenza più ovvia tra l'interdetto *de vi* e quello *de vi armata* è che in quello ultimo l'espulsore non solo deve usare la violenza per spogliare il possesso, ma anche deve essere armato. La formula più antica di questo interdetto che è conservato

---

<sup>180</sup> Id., p.113

dal Cicerone è così: *unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti eo restituas*.

L'epoca dell'origine di tale interdetto è propriamente durante i torbidi delle guerre civili. Il suo scopo era, come mostra lucidamente Cicerone, quello di reprimere con l'energia maggiore a mano armata. Perciò in questo interdetto non era inserita l'*exceptio vitiosae possessionis* né l'*exceptio annalis*, onde l'interdetto era dato in perpetuo. Peraltro è un'esagerazione dell'oratore, quella di dichiarare che l'interdetto era *sine ulla exceptione*, o per lo meno ciò si vuol riferire soltanto alle eccezioni perpetue, poiché sappiamo da Cicerone stesso che era accordata contro l'interdetto corrispondente *de vi armata*.

Come armi si riconoscono sia le armi proprie che le improprie, come bastoni e pietre, così avvertono i giuristi e così avvertiva già Cicerone<sup>181</sup>.

Un'altro carattere di tale interdetto, rispetto all'interdetto *de vi*, è che egli è riconosciuto esperibile anche contro i padroni e i genitori, come è rilevato dalle fonti:

D.43,16,1,43

*Ulpianus 69 ad ed.*

*Interdictum hoc quia atrocitatem facinoris in se habet, quaesitum est, an liberto in patronum vel liberis adversus parentes competit. et verius est nec liberto in patronum nec in parentes liberis dandum esse meliusque erit in factum actionem his competere. aliter atque si vi armata usus sit adversus libertum patronus vel adversus liberos parens: nam hic interdictum competit.*

La ragione è che, considerando le caratteristiche del tempo in cui sorge tale interdetto (i torbidi delle guerre civili), si vuole colpire con questo interdetto il fatto tanto grave, quanto socialmente pericoloso e preoccupante. Per tale motivo, si applica un regime speciale e più rigido.

Un'altro argomento interessante è che se questo interdetto fosse accordato anche per lo spoglio del semplice detentore. Sembra che il Cicerone sostiene l'opinione che tale interdetto si applica anche per i detentori perché nel suo testo non sono inserite le

---

<sup>181</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.441

parole *cum ille possidevet*. E anche tanti giuristi moderni, come il Cuiacio, il Savigny, il Ferrini, il Perozzi, ecc, ritengono che questo interdetto, a differenza di quello *de vi*, competesse contro qualunque detentore. Però, il Bonfante ed l'Albertario non consentono. Secondo l'Albertario, il concetto della *possessio* si suole in progresso del tempo dedurre dall'espulsione stessa, e la giurisprudenza progredita non aveva più d'uopo che le parole fossero inserite nell'interdetto. Inoltre, egli ritiene che fra i giuristi romani la parola "*deiectio*" abbia sempre il significato giuridico di espulsione del possesso, mentre per esprimere il fatto materiale dell'espulsione i giuristi adoperavano le parole *prohibere* o *detrudere*, ecc<sup>182</sup>.

Neanche il Bonfante non aderisce all'opinione che anche i detentori possono essere accordati l'interdetto *de vi armata*. Secondo egli, tale opinione è ispirata dal consueto preconetto che fa della detenzione il punto di partenza del possesso. Questa teoria, infatti, è errata. Perché né i giureconsulti o alcuno scrittore romano adoperava mai queste parole (*possessio*, *deiectio*) nel senso della detenzione. A proposito del testo del Cicerone, il Bonfante ritiene che questa argomentazione pare alquanto sofistica, perché l'oratore non ha tanta fiducia di vincere su questa base, e si volge poi a dimostrare che il suo cliente possedeva. Inoltre la tesi di Cicerone non è che l'interdetto si accordi al detentore, ma si prescinda da qualunque rapporto con la cosa. Quindi, da un lato dimostra che abbiamo dinanzi una tesi d'una audacia disperata, d'altro lato che mal si suppone dagli avversari una difesa possessoria della detenzione in diritto romano, nemmeno nel pensiero di Cicerone. Inoltre, la *possessio* non è nemmeno espressa nell'interdetto *utrubi*, però nessuno nega che si esige. In genere il presupposto del possesso doveva essere insito nella coscienza romana ed il rilievo ad essa dato appartiene soltanto ai più antichi interdetti<sup>183</sup>.

Nel diritto giustiniano, i due interdetti *de vi* e *de vi armata* sono fusi in uno solo. Per dire più preciso, in realtà l'interdetto *de vi armata* è stato abolito, nonostante la rubrica del Digesto (43, 16) si intitola "*De vi et de vi armata*". Nel nuovo interdetto *de vi* si assorbe la carattere essenziale del quello *de vi armata*, cioè l'assenza

---

<sup>182</sup> Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932, p.88

<sup>183</sup> Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972, p.442

dell'*exceptio vitiosae possessionis*. E dell'antico interdetto *de vi armata*, noi abbiamo ancora nei testi della compilazione alcune sopravvivenze, qualche volta formali, qualche volta sostanziali, come quella che nel caso *de vi armata* si può agire con l'interdetto anche contro i genitori e il padrone. Invece la perpetuità della difesa concessa contro la *vis armata* è stata tolta con una ovvia interpolazione nel frammento del D.43,16,3,12.

## Parte seconda Il possesso nel diritto italiano moderno

### Permessa

Nella prima parte abbiamo presentato la teoria generale del possesso nel diritto romano—il suo origine, sviluppo storico, la sua natura ed i suoi effetti giuridici, ecc. Da questa presentazione sappiamo che il possesso, come un fatto di natura, è sempre indipendente dal diritto soggettivo, soprattutto la proprietà. Il possesso è una signoria di fatto degli uomini sulle cose, cioè l'uomo domina la cosa. Egli può utilizzarla e disporla secondo la sua volontà, escludendo gli interventi dei terzi. Mentre la proprietà è il diritto più pieno sulla cosa, la quale sottolinea l'appartenenza delle cose alle persone. Quindi, in tale ambito, si può dire che la proprietà ed il possesso costituirebbero due risvolti di una medesima fattispecie giuridica riguardata nel momento della titolarità del diritto ovvero della fattualità del potere esercitato. Questo è il punto di partenza del possesso nel diritto romano. Per ricordare bene, facciamo una breve rievocazione delle affermazioni dei giureconsulti romani su questo punto: "sul finire dell'epoca repubblicana, Aulo Ofilio ebbe occasione di enunciare incidentalmente una proposizione celebre (a noi riferita da Paolo): il fenomeno del possedere è *res facti*, non *iuris*. Paolo stesso, in immediata connessione, riporta una soluzione pratica, e dice che la maggioranza dei giuristi la motivavano con l'affermazione per cui la *possessio* in quanto *res facti*, non può venire meno solo per il suo contrasto con una norma del *ius civile*. Conformi formulazioni ritroviamo negli scritti di altri giuristi: Papiniano dichiara che la *possessio plurimum facti hebet*, ed è causa *facti*; Cervidio Scevola afferma che la *possessio facti est et animi*; Trifonino, riprendendo sostanzialmente il pensiero di quella maggioranza dei giuristi che vedemmo citati da Paolo, include la *possessio* tra le *facti causae* che non possono venir meno nulla *constitutione*, e cioè in forza di una qualsiasi regola giuridica; Ulpiano, infine, si riferisce alla *possessio* con l'espressione *quod est facti*"<sup>184</sup>.

Come tanti altri istituti romani, il possesso dura fino ad oggi. Nel diritto moderno, il possesso, come un fatto che produce gli effetti giuridici, esiste ancora ed i suoi

---

<sup>184</sup> Albanese, B., *Le situazioni possessorie nel diritto private romano*, Palermo, p.12

contenuti non sono differenti tanto da quelli del possesso nel diritto romano. La maggiore ragione di tale fenomeno è che il diritto moderno deriva dal diritto romano, e gli istituti, le dottrine ed i metodi di ricerca giurisprudenziali romani hanno prodotto enormi influenze sui diritti moderni. Infatti, questo è il motivo più importante per cui studiamo il diritto romano anche oggi, non solo per sapere i diritti storici, ma anche per studiare meglio il diritto di oggi. Però, sebbene il diritto romano è una fonte storica molto importante del diritto moderno, esso non è la fonte unica. Infatti, anche le altre fonti, ad es. il diritto germanico e la dottrina canonica, hanno prodotto le influenze profonde sul diritto moderno. Per quanto riguarda il possesso, alcuni aspetti (ad es. il possesso indiretto, l'acquisizione della proprietà dei beni mobili del possessore di buona fede, la tutela possessoria, ecc) sono influiti ovviamente dal diritto germanico e canonico.

#### **Altri contributi alla formazione del moderno istituto del possesso**

a) Nel diritto germanico, l'istituto corrispondente al possesso è la *Gewere*, la quale è rimasta ancora oggi un istituto di cui sono incerte le origini e la vera struttura giuridica. Si crede generalmente che il termine *Gewere* ha la relazione con la "investire", perché allora l'atto di vestire la mano con il guanto indicava il sorgere della potestà sulla cosa detenuta nella mano, ma tale concetto si riferiva anche ai beni immobili. Come il possesso romano, anche la *Gewere* significa un potere di fatto sulle cose, però, come un istituto germanico, essa ha le sue proprie caratteristiche:

Primo, la *Gewere* è stata variamente raffigurata nella storia del diritto. Una nebulosità concettuale in cui domina la fusione della potestà esteriore sulla cosa col diritto reale su essa, assorbito in certo modo da quella. Certo è che questa forma di signoria dovette subire, nel corso del tempo, non poche trasformazioni.

Secondo, l'opinione prevalente ritiene oggi che la *Gewere* non fosse un diritto. E infatti nella primitiva terminologia germanica mancava la parola che designasse il diritto di proprietà.

Terzo, probabilmente, a questo possesso germanico non fosse riconosciuta una funzione temporanea e provvisoria, ma costituisce l'apparenza del diritto reale nella sua espressione normale, quasi la sua veste. Quindi la ragione della tutela della

*Gewere* si annida nella probabilità che esistesse il corrispondente diritto reale e le conseguenze giuridiche riconosciute alla *Gewere* sono determinate non dal fatto del possesso ma da una concessione dell'ordine giuridico nella quiescenza del relativo diritto reale. Si ammette che alla *Gewere* fosse pure connesse una presunzione di esistenza del corrispondente diritto reale: non si trattava dunque di una probabilità che si limitasse a rimanere nello sfondo dell'istituto come una sua ragione giustificatrice, ma di una esplicita conseguenza giuridica riconosciuta alla *Gewere*. Perciò questa sarebbe stata tutelata sinché il dubbio circa la sussistenza del diritto fosse risolto sfavorevolmente al possessore. La *Gewere* insomma era in questo senso come esercizio del relativo diritto, finché di questo non fosse stata provata l'inesistenza<sup>185</sup>.

Abbiamo trattato brevemente l'istituto germanico—la *Gewere*. Sappiamo che essa significa una signoria di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio di un diritto reale, ed è molto simile al possesso romano. Però non possiamo dimenticare che il diritto germanico ed il diritto romano sono nati nei diversi popoli, in diverse età e con diversi sfondi culturali. Tali elementi determinano che ci sono le differenze ovvie tra la *possessio* e la *Gewere*.

In diritto romano la *possessio* era tutelata a prescindere del diritto. I Romani arrivano facilmente a questa separazione, che è l'astrazione del possesso, perché sanno cogliere e isolare il fatto del puro godimento di una cosa a prescindere la causa che l'originò. I Germani, invece, non se ne contentano, ma risalgono all'origine del godimento, cioè alla sua investitura. Così mentre i Romani, più praticamente, si contentano di una ragione di fatto, i Germani vogliono anche la ragione giuridica di godimento di una cosa.

I Romani danno alla tutela processuale del possesso un carattere proprio distinto da quello del diritto corrispondente. Essi considerano il possesso come un istituto giuridico, come uno stato di fatto per sé creatore di effetti giuridici. I Germani, invece, non capiscono come si potesse proteggere il fatto senza il corrispondente diritto; anche se prescindono dalla effettiva esistenza del diritto, non dissociano mai la tutela

---

<sup>185</sup> Barassi, L., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p.39

del godimento della cosa dall'idea del corrispondente diritto. Insomma la *Gerwere* è come il possesso giuridico. Così si spiega come i Romani tutelano il possesso del ladro, quando è entro certi limiti; i Germani a questo non pervennero mai.

Nel diritto germanico, la *Gewere* compendia in sé il più forte interesse del proprietario (nel linguaggio germanico mancava una parola che esprime l'astratto di proprietà), e costituiva il principale interesse del proprietario. La *Gewere* era la veste del diritto reale, ma una veste che poteva da sé solo bastare. Invece nel diritto romano, sebbene la *possessio* è tutelata, ma soprattutto come mezzo per arrivare con l'usucapione alla tutela del diritto di proprietà. Il possesso era tutelato per sé, ma non come istituto definitivo. Dal punto di vista latino, non si limita ad essere solo possessore come meta ultima della forma giuridica di godimento della cosa. Tant'è vero che si spera (almeno nella maggiore parte delle situazioni) di diventare il proprietario dopo un certo tempo con l'usucapione.

**b)** Salvo il diritto germanico, nell'età medievale anche il diritto canonico ha prodotto grande influenza sul possesso. Esso ampliò notevolmente la difesa del possesso, estendendo l'*actio spoli* a tutelare, da un lato la detenzione, d'altro il possesso dei diritti, anche personale e perfino di famiglia. Una siffatta rielaborazione del concetto del possesso trova la sua spiegazione nella peculiare situazione di epoca: nella quale—sotto l'impulso della Chiesa e nella deficiente autorità dello Stato—erasi venuta costituendo una quantità di diritti collegati con possesso e con il godimento del fondo, con cui l'individuo, non sufficientemente garantito dallo Stato, cercava di difendersi mettendosi sotto la protezione della Chiesa.

Il concetto del possesso si dilatò anche all'esercizio della potestà vescovile, il quale era collegato al godimento dei beni assegnati al vescovo sotto l'autorità della Chiesa; e così un vescovo, cacciato con la forza del suo vescovato, quindi dal godimento dei beni, subiva nel medesimo tempo uno spoglio del suo ufficio, ma insieme anche del possesso dei beni. Il vassallo che, con cedere i beni suoi al monastero o al signore, entrava in un rapporto di vassallaggio per propria difesa, cacciato con la violenza da questo rapporto, lo era anche dal possesso dei beni.

La proprietà in quei tempi era gravata da oneri e mal difesa, cosicché sorse il

naturale idea di estendere quanto più possibili i limiti della tutela possessoria contro la violenza. Tale estensione non fa però opera dello Sato, ma della Chiesa, la quale si sostituì ad esso maternamente—nell’interesse del possessore spogliato—colmando la lacuna e creando una tutela possessoria robusta, che grazie ai giuristi della seconda metà del secolo XII, si fuse con quella di origine romana e di origine germanica, e finì per rinnovare e per riempire di sé tutta la materia possessoria.

L’evoluzione fu naturalmente graduale: in un primo momento—sin dal sec. XI—si operò con l’*exceptio spolii*, concessa a chi era stato ingiustamente spogliato delle cose sue e comunque accusato dall’autore dello spoglio o da altri: egli non poteva essere sottoposto a giudizio se prima non fosse stato integralmente reintegrato nel suo possesso.

In un secondo tempo si passò all’*actio spolii*, che può dirsi segnare il passaggio da una forma di tutela contro lo spoglio—che non era in realtà un rimedio—ad un vero e proprio istituto di tutela processuale del possesso. Tale transizione era agevolata da un lato dalla fusione del diritto ecclesiastico con il diritto civile; e d’altro lato dalla stessa trasformazione graduale dell’*exceptio spolii*, la quale si andò inserendo nel possesso, assumendo struttura processuale.

Il risultato di tale rivoluzione (alla quale contribuì anche il diritto germanico) fu che dell’*exceptio spolii* nella sua forma primitiva rimasero deboli tracce e che lo spogliato ebbe d’ora in poi a sua disposizione un’autentica eccezione processuale se inserita nel caso di un altro processo, e una azione possessoria indipendente se non pendeva altro processo ed egli intendeva agire contro lo spoglio in modo autonomo. Inoltre, nello stesso tempo, il concetto del possesso fu esteso ai diritti di famiglia, ai rapporti personali, ad ogni diritto incorporale ed alla detenzione, come è affermato nei canoni 1694 e 1699, cod.iur.canon.<sup>186187</sup>

Nelle parti precedenti, abbiamo trattato la teoria possessoria romana e le

---

<sup>186</sup> Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962, p.12

<sup>187</sup> Can.1694, “*non solum possessio, sed etiam simplex detentio praestat, ad normam canonum qui sequuntur actiones vel exceptionem possessoriam*”, Can.1699, “*spoliatus adversus spoliante exlipiens et probans spoliolum non tenetur respondere, nisi prius fuerit in suam possessionem restitutus*”.

influenze del diritto germanico e canonico. Tale istituto si conserva fino ad oggi. Sebbene il possesso moderno non è esattamente come quelli storici, il nucleo di esso è rimasto lo stesso. Cioè il possesso è l'espressione di un avere del soggetto, che rileva di per sé, indipendentemente dalla pertinenza oppure no del bene "avuto" al soggetto stesso. Questo bene si trova comunque di fatto nella disponibilità di un soggetto, nel senso che colui ne gode e lo utilizza per i suoi fini. E nello stesso tempo, questa situazione viene considerata dalla legge come il presupposto di una serie di conseguenze a favore del soggetto che in essa si trova, senza riguardo al fatto che egli abbia oppure no il titolo di trovarsi. Nell'intero istituto giuridico, questa situazione sembra anomala, sia perché secondo essa il *non ius* (senza titolo) può vincere sullo *ius* (con titolo), che perché quel *non ius* può essere trattato, nel corso del tempo, in termini di *ius*.<sup>188</sup> Questa particolarità esiste sia nel diritto antico che nel diritto moderno. Le ragioni, per cui si giustifica tale situazione speciale non sono espresse dalla legge, ma dalle dottrine.

La prima teoria è basata sull'opinione che la tutela del possesso dimostra la tutela della proprietà, la libertà e la volontà del proprietario. Quest'opinione è influenzata ovviamente dal pensiero hegeliano, secondo cui il possesso rappresenta il primo gradino della libertà, in quanto ponte di passaggio verso la proprietà: in questa, infatti, il volere del soggetto diventa oggettivo e davvero reale, affermando se stesso sul mondo esteriore e determinando così la sfera della propria libertà. Il Savigny è il sostenitore maggiore di questa teoria, secondo esso "il fondamento della protezione del possesso si trova nel rapporto esistente tra il fatto stesso del possesso e la persona di possessore. La inviolabilità di questa protegge il possesso contro ogni turbativa, che colpirebbe, in pari tempo, la persona. È la persona come tale, che deve essere protetta contro ogni violenza, imperciocché la violenza verso essa è sempre contraria al diritto". Aderiscono anche il Gans e Windscheid, secondo il primo "avere una cosa per la sola volontà individuale è possederla; averla, con l'assenso di tutti, è esserne proprietario: la volontà individuale è protetta anche quando non è conforme al diritto,

---

<sup>188</sup> Natoli, U., *Il possesso*, Milano, 1992, p.7

perchè costituisce, da sola, un elemento sostanziale, che merita protezione"; mentre il secondo ritiene che "siccome nello Stato ogni volontà vale quanto un'altra, così qualunque volontà, che si manifesta di fatto con possedere, ha, come tale, un valore eguale a quella di un'altra individuale volontà che intendesse trarre a sé la cosa; anche, se un'altra volontà individuale intenda operarle contro, debba far ricorso ai ministri dello Stato".

La seconda teoria si basa sul fatto che il possesso sia una presunzione della proprietà. Il possessore è presunto come proprietario, o più genericamente, titolare del diritto che egli esercita concretamente. "Se il possesso non è sempre, né necessariamente esercizio del diritto dalla parte del titolare, esso può anche essere tale, in quanto, di regola, il diritto soggettivo è esercitato soltanto da chi ne è titolare. Ora poiché non sarebbe possibile discernere prima facie se chi esercita un diritto ne sia, o non sia, il titolare e poiché, nel dubbio, sarebbe socialmente dannoso e improvvido lasciare senza difesa chi esercita un diritto, solo perchè questo esercizio può provenire dal non titolare, l'ordinamento giuridico riconosce e protegge il possesso come tale: anche, quindi, nell'ipotesi che il possesso ponga in essere l'esercizio di un diritto, da parte di chi titolare di siffatto diritto, e che, a questo modo, sia tutelato, anzichè un diritto soggettivo, il fatto compiuto"<sup>189</sup>.

La terza teoria ritiene che il possesso sia un diritto relativo al quale è concessa una protezione pari relativa valida soltanto contro gli attacchi arbitrari o fondati sui diritti meno forti<sup>190</sup>. Come ha detto il Bruns "la tutela del possesso è conseguenza della considerazione, che l'uomo con la sua libertà domina le cose, e la volontà di dominare può creare un diritto relativo (possesso), od uno assoluto (proprietà). Il possesso è un fatto che dà al possessore una prelazione".

La quarta e ultima teoria importante è che la tutela del possesso è decisa dall'esigenza di ordine pubblico relativa al mantenimento della pace sociale. È necessario che la pacifica convivenza non sia comunque turbata, che *cives* non

---

<sup>189</sup> Id., p.8

<sup>190</sup> Capone, G., "Saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma", in *Bull.L.*, p.13

*veniant ad arma*, e che nessun si faccia la giustizia da sé. Il che comporta, ovviamente, che la posizione del possessore debba essere conservata, e perciò adeguatamente tutelata sino a quando non sarà dimostrato, in apposito giudizio, che a lui non spetta il diritto apparentemente esercitato. Questo è importante e basilare per una società stabile e pacifica. Se il possessore non può essere tutelato se non dimostra la prova del suo diritto, la sua posizione non può essere stabile e tutti possono agire contro di lui. In tale caso, la società soffre.

Tale teoria ha acquistato la posizione prevalente. Si ritiene che sia più fondata e ragionevole rispetto alle altre teorie. In essa, si vede che sebbene la natura e la posizione del possesso nell'istituto sembrano particolari, in realtà le ragioni non sono difficili da trovare. Sicuramente la ragione per cui il possesso sia tutelato dal diritto positivo non è unica, però l'esigenza dell'ordine pubblico è indubbiamente una di quelle più importanti e fondamentali. "Se il possessore lotta contro il proprietario è certo, che deve soccombere, perchè il proprietario ha, esclusivamente, il *ius possidendi*; ma se lotta contro un terzo, che non possiede e non è proprietario, egli deve, al contrario, trionfare, perchè il fatto del possesso è eminentemente rispettabile, e l'ordine pubblico esige, che i magistrati prendono la sua difesa"<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> Id., p.14

## Capitolo VI La nozione del possesso nel diritto italiano

### 1 La definizione del possesso nel codice civile italiano

L'istituto del possesso si originava nel diritto romano e si conserva fino ad oggi. Abbiamo trattato con dettaglio la teoria del possesso nel diritto romano nella prima parte di questa tesi. Sappiamo che sebbene i giureconsulti romani hanno lasciato tantissime trattazioni su ogni aspetto del possesso, però non hanno formato un sistema teorico chiaro e intero. Sono i giuristi moderni che hanno costituito i sistemi teorici romani sul possesso sulla base delle trattazioni dei giureconsulti romani, e queste teorie hanno influenzato profondamente sulle dottrine e legislazioni moderne. È vero che il diritto romano è una delle fonti più importanti del diritto moderno, però, qui, il "diritto romano" significa non solo le opinioni dei giureconsulti romani, ma, cosa ancora più importante, anche le teorie poste dai giuristi moderni. A proposito del possesso, abbiamo presentato qualche teoria principale moderna nel primo capitolo, e, come abbiamo detto, tra le quali le più importanti sono la teoria soggettiva di Savigny e oggettiva di Jhering. Secondo la prima, il possesso è fondato su due elementi essenziali, quello materiale (*corpus*) e quello spirituale (*animus domini*); è proprio il secondo che distingue il possesso dalla detenzione. Invece, secondo la teoria oggettiva, non è l'*animus domini*, ma la *causa possessionis* che distingue il possesso dalla detenzione. Per costruire il possesso, basta aver una intenzione di mantenere un rapporto con la cosa, accompagnata dell'effettivo esercizio di tale rapporto. Tali due teorie hanno influito profondamente le legislazioni moderne. Precisamente, la teoria soggettiva ha influito di più il codice civile francese, italiano, austriaco, ecc, mentre la teoria oggettiva ha influito di più il codice civile tedesco, svizzero, ecc.

Nell'art. 1140 del codice civile italiano si prevede la definizione del possesso come "potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale". Da tale definizione si vede che due punti importanti del possesso sono "potere" e "corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale". Infatti, questi due punti costituiscono insieme l'elemento tradizionale *corpus*, l'altro elemento, cioè l'*animus*, invece, non è menzionato. Per

questo motivo, qualche autore si afferma addirittura che questa definizione segni indubbiamente un passo verso l'accoglimento della teoria oggettiva. Però, secondo la maggiore parte della dottrina, questa non significa la definizione possessoria italiana ha prescinduto dell'elemento spirituale."Il silenzio dell'art. 1140, 1° comma, in ordine all'elemento dell'*animus* non valga a deporre a favore della teoria oggettiva, in quanto la distinzione, proposta nel secondo comma della norma, tra possesso e la detenzione postula necessariamente l'accoglimento del sistema soggettivo e cioè l'esigenza dell'*animus* quale autonomo elemento costitutivo, accanto al *corpus*, del possesso. Nel nostro sistema l'*animus* non è semplicemente un elemento implicito nel comportamento del possessore, non significa soltanto la volontà di esercitare il potere che in effetti si esercita, e non soltanto *actus hominis*; ma significa, invece, volontà orientata al diritto, volontà di esercitare un diritto reale, la quale si manifesta in un contegno corrispondente al contenuto del diritto medesimo; in altre parole, la corrispondenza del comportamento del possessore ad un tipo di rapporto giuridico reale non è valutata soltanto da un punto di vista obiettivo e formale ma anche da un punto di vista soggettivo, deve profilarsi cioè anche nell'intenzione del soggetto considerata nel momento dell'inizio del potere di fatto, salva l'*interversio possessionis*; insomma l'*animus* non significa semplicemente volontarietà del fatto, ma ottiene una rilevanza autonoma in funzione della distinzione del fatto volontario come possesso in senso tecnico da mera detenzione".<sup>192</sup> Nell'art. 1141, la funzione dell'elemento spirituale si vede di più: "si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto quando non si prova che ha cominciato ad esercitarlo semplicemente come detenzione". Dal testo di tale articolo si può dedurre che il potere di fatto non basta a costituire il possesso, ove non sia verificato dell'*animus*. Dunque, insomma, l'*animus*, anche se non è menzionato nel testo, si considera ancora come un elemento fondamentale del possesso nel codice civile italiano, perché senza di esso, non si può spiegare i contenuti essenziali del concetto del possesso dello stesso codice.

Dalla definizione del possesso del codice civile italiano si vede che si sottolinea

---

<sup>192</sup> Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962, p.35

l'elemento materiale. Questo è normale. Perché il possesso è la signoria di fatto sulla cosa che produce gli effetti giuridici, quindi il "signoreggiamento", il "potere" di cosa è il contenuto più basilare e essenziale del possesso. Abbiamo già detto prima che secondo l'art. 1140 cod. civ.it. ci sono due punti importanti nella definizione del possesso, cioè "potere di fatto" e "corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale".

Dunque, come si interpreta "potere"? Secondo l'opinione generale della dottrina, per potere si intende la soggezione della cosa alla persona, e la corrispondente signoria della persona sulla cosa.<sup>193</sup> La descrizione del potere è difficoltosa, perché quando si discute questa questione, non solo deve considerare l'atto del soggetto, ma deve anche riguardare alla concezione economico—sociale del momento e alla funzione esercitata dal bene posseduto. Prima, il potere non solo significa l'uso delle cose o il godimento del diritto, perché in realtà non solo esiste il possesso attivistico, ma anche quello inoperoso, per esempio, il prato potrebbe essere lasciato incolto e la casa potrebbe essere lasciata vuota dal possessore. Una definizione adatta del potere deve essere valida ad un tempo per queste due ipotesi del possesso. Da questa direzione deriva la definizione classica del potere del Savigny, cioè il potere significa la possibilità di ingerirsi senza ostacoli nella cosa. Tale definizione ha dimostrato un progresso evidente. Secondo essa, il possessore non ha bisogno di inserirsi nella cosa ad ogni momento, basta conservare la possibilità di signoreggiare la cosa quando e come voglia. Questa opinione ha acquistato la posizione dominante non solo nella dottrina, ma anche nella pratica giurisdizionale. In particolare, la Suprema Corte, chiamata a decidere su ricorso relativo alla riduzione in pristino di un fondo di quale la ricorrente era stata parzialmente spogliata mediante esecuzione di lavori di scavo volti alla costruzione di una centralina elettrica, ha affermato che la mancanza di coltivazione di un fondo, disgiunta dall'acquisto del possesso da parte dei terzi non può essere interpretata come abbandono del possesso di un fondo, poiché si può possedere un fondo anche trascurandone la coltivazione, per mancanza di interesse o

---

<sup>193</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.73

per altre ragioni"<sup>194</sup>.

Nel significato del "potere di fatto", l'ingerirsi dalla persona nella cosa è in nucleo. Ma quando si interpreta "ingerirsi", si deve distinguere due fasi del possesso, cioè la fase iniziale e la fase successiva. Secondo l'opinione dominante, l'ingerenza deve essere attuale nel momento iniziale, e può essere puramente potenziale nella fase ulteriore. Può avvenire che il diritto richieda a chi vuol diventare possessore un atteggiamento particolare inequivoco, o addirittura formalizzato. Dunque, nella fase iniziale, l'ingerenza deve essere effettiva ed attuale. La mera possibilità di ingerirsi non basta. Questo è corrispondente al principio romano (D.41,2,3,1 *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem*). Per quanto riguarda l'esigenza di "ingerenza", il criterio è elastico. Dal punto di vista della sua intensità, non si richiede che essa involga l'utilizzo della cosa in conformità della sua normale destinazione economica, né che essa si estende a quanto occorre per difendere il bene da eventi naturali e ingiurie di terzi. Da punto di vista del suo ambito spaziale e della sua estensione, vale la vecchia regola romana (D.41,2,3,1 *sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere*).

Nella fase successiva a quella dell'acquisto, si conserva il possesso purché si conservi la mera possibilità di ingerirsi nel bene. Questo non è un'innovazione, anche il diritto romano riconosce la conservazione del possesso con solo *animus*. Però nel diritto romano, almeno nell'epoca classica, il possesso solo *animo* si applica solo ai casi eccezionali, il principio generale è che (D.41,2,8 *Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est*). Nel diritto moderno, non si sottolinea più tale principio, e il possesso solo *animo* diventa il fenomeno normale. Questo è un riflesso della trasformazione della società. Nella società moderna, le persone si sono liberate dai rapporti vincolanti tra le persone e le cose. Si può utilizzare i beni soggetti a sé

---

<sup>194</sup> Tomassetti, A., *Il possesso*, UTET, 2005, p.21

quando e come voglia. Quindi, almeno in certi limiti, non si considerare perdere il proprio possesso solo perché ha allontanato la cosa per un po' di tempo. Quindi, il soggetto chi ha perduto il fisico contatto con la cosa non perde il potere qualora sia tuttora in grado di riottenere di questo contatto mediante un comportamento potestativo proprio, o in seguito a probabili futuri eventi naturali, o in seguito a probabili comportamenti di terzi. Per conservare il potere di fatto, non è necessario l'ingerenza attuale, basta la possibilità di ingerirsi nella cosa. Quando tale possibilità vien meno in maniera definitiva, il potere di fatto vien meno nello stesso tempo.

La possibilità di ingerirsi senza ostacoli nella cosa è il senso esplicito di potere di fatto, infatti, salvo questo, c'è anche un senso implicito, cioè l'astensione dei terzi. L'astensione attuale, accompagnata dalla probabilità che l'astensione perduri, è requisito del possesso in ogni sua fase. "L'astensione della generalità si perpetua senza scansioni e senza soste, ed è totale. La più elementare percezione delle regole socialmente vincolanti suggerisce ad ogni uomo di non interferire con cose che non gli appartengono. Ognuno sa che ogni bene adatto all'appropriazione ha un padrone, sa quali cose appartengano a sé, e non intende aggredire le cose non proprie, per rispetto di un padrone ignoto o noto. L'astensione caratterizza il potere sulla cosa presso popoli a cultura assai tradizionale, che non conoscono né la scrittura né l'agricoltura. Essa è la spina dorsale del possesso-proprietà della società animali evolute. La struttura proprietaria non ha cominciato ed esistere allorché un individuo si è ingerito in un bene per utilizzarlo; essa ha incominciato ad esistere allorché una collettività di conspecifici ha preso a non ingerirsi in un dato bene, per riservarne l'utilizzo ad un possessore".<sup>195</sup>

L'astensione dei terzi deve essere attuale. E tale estensione è accompagnata da una attesa sociale che l'astensione continui, da una disponibilità, tacita e comune a tutti, a perpetuare la situazione attuale. Se manca questa prospettiva sul futuro, l'estensione non ha significato e non dà spazio al possesso.

Un'altra richiesta dell'art. 1140 cod. civ.it. del possesso è che "si manifesta in

---

<sup>195</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.77

un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale". Il possesso comporta dunque sia il potere di fatto, sia l'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o un altro diritto reale; mentre, secondo l'art. 1141, il potere di fatto è sufficiente a dar la vita alla detenzione. Quindi, l'attività corrispondente all'esercizio di proprietà o un altro diritto reale è l'elemento che differenzia il possesso rispetto alla detenzione. Il requisito dell'attività corrispondente all'esercizio di proprietà o un altro diritto reale indica che un parallelismo deve esistere fra il possesso e il diritto, nel senso che il potere di fatto dovrà svolgersi in circostanze che non contraddicono al rapporto giuridico reale corrispondente. Questo vuol dire che la situazione di fatto deve essere simmetrica ad un diritto reale, e nei limiti che corrispondono ai limiti di quel diritto dato. Così, chi possiede con il titolo della proprietà si deve comportare come il proprietario e chi possiede con il titolo della servitù si deve comportare come il titolare della servitù. Quindi il possesso non può aver i difetti che sono incompatibili al proprio titolo, ad es., il possesso con il titolo della proprietà non può esistere sulla cosa non suscettibile di proprietà separata; il possesso con il titolo della servitù deve terminare quando lo scopo per cui si esercita tale "servitù" non esiste più.

Abbiamo detto che nell'art. 1140 cod. civ.it. l'elemento psicologico del possesso, cioè l'*animus*, non è menzionato. Però, secondo l'opinione generale, questo non significa che il diritto positivo italiano l'esclude. Infatti, non si può interpretare gli articoli relativi nel cod. civ.it. se si prescinde l'elemento soggettivo del possesso. E tale elemento non solo deve corrispondere al "potere", cioè la volontà di signoreggiare la cosa o godere il diritto, ma anche deve corrispondere alla "attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale", cioè l'intenzione di comportarsi e farsi considerare come titolare del diritto reale che si esercita in apparenza. Quindi quest'elemento ha un senso generale e un senso specifico nello stesso tempo. Infatti, esso è un tipico ed evidente elemento dell'attività—esercizio: non è agevole distinguere l'esercizio dell'usufrutto di un appartamento dall'esercizio dell'abitazione, se non in base all'intenzione del soggetto. Perciò tanti autori menzionano l'intento come l'elemento costitutivo del possesso e un requisito dell'esercizio del diritto reale.

Però, alcuni altri autori, orientati verso la concezione oggettiva del possesso, ritengono che non sia la volontà di possedere, ma sia il titolo un elemento basilare del possesso o della detenzione. Il titolo ha una funzione importante nel possesso, esso illumina e circoscrive l'intento e l'atto del possessore. Però, questo non significa che esso può sostituire l'elemento soggettivo del possesso, "innanzi tutto, il titolo può mancare. In secondo luogo il titolo, quando esiste, circoscrive l'esercizio del diritto proprio perché circoscrive l'intento comune del possessore attuale, e di colui che ha trasmesso il potere di fatto al possessore attuale, investendolo dell'esercizio di questo o quel diritto più o meno ampio o ristretto"<sup>196</sup>.

La dottrina dell'animo è dunque valida. La giurisprudenza l'utilizza regolarmente, tanto per distinguere possesso dalla detenzione, quanto per distinguere i diversi possessi corrispondenti alle attività degli esercizi di diversi diritti reali.

## **2 Il possesso e la detenzione**

L'antitesi *possessio*—*possessio naturalis*, cioè il possesso e la detenzione, deriva dal diritto romano e si conserva anche nel diritto moderno. Sebbene, come abbiamo dimostrato nel secondo capitolo di tale tesi, ci sono ancora le discussioni sulla precisa definizione della *possessio naturalis*, specialmente le sue definizioni nelle diverse fasi storiche, però, secondo l'opinione generale, la detenzione è la signoria reale dalla persona sulla cosa, corrispondente all'elemento materiale del possesso. Secondo la teoria romana, siccome la detenzione è solo il potere di fatto sulla cosa, prescindendo l'elemento psicologico del soggetto, quindi essa non produce gli effetti giuridici. Però, il diritto canonico riconosce la tutela mediante l'azione di reintegrazione della semplice detenzione. Il diritto italiano di oggi succede principalmente il diritto romano. Anche nel campo della detenzione, il principio romano, cioè la detenzione non produce gli effetti giuridici, vive. Nello stesso tempo, esso è influito anche dal diritto canonico. Nel diritto italiano di oggi si vede un sistema misto: in principio, la detenzione, come un mero fatto, non produce gli effetti giuridici; però, per adeguarsi

---

<sup>196</sup> Id., p.99

alle esigenze pratiche, si riconosce la tutela della detenzione nei certi limiti. Nel codice civile italiano vigente, nel titolo del possesso, ci sono tre articoli nei quali è menzionata la detenzione, cioè il 2° comma dell'art. 1140, l'art. 1141 e il 2° comma dell'art. 1168. Ora vediamo dettagliatamente i contenuti di tali tre articoli separatamente.

Nel secondo comma dell'art. 1140 si prevede: si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa. Tale comma ha previsto il possesso indiretto. In questo caso, il possessore non ha il rapporto materiale con la cosa, però mantiene il suo possesso; l'altra persona, invece, esercita il potere di fatto sulla cosa, ma non si considera come il possessore. Quindi in tale situazione ci sono due rapporti tra le persone e la cosa, cioè il possesso e la detenzione. Essi differivano in quanto il possessore esercita una relazione di fatto, anche se indirettamente, con la cosa per se stesso; mentre il detentore esercita tale relazione non in nome proprio ma in nome del possessore. Questo caso è già riconosciuto nel diritto romano, come dice Paolo che il possesso si può acquistare e conservare "*animo atique nostro, corpore vel nostro vel alieno*" (Sent.5, 2, 1).

Nella situazione del possesso indiretto il possessore non esercita l'ingerenza reale nella cosa, e il potere di fatto imperniato sull'ingerenza proprio appartiene per intero alla persona diversa dal possessore, cioè il detentore. Il possesso indiretto ha una posizione di totale inerzia. Mentre il soggetto del potere di fatto si astiene da quelle forme di interferenza nel bene che pregiudicherebbero le attese di quel possessore indiretto. Potrà anche avvenire che l'ingerenza del soggetto del potere di fatto si riduca al minimo, e che perciò le posizioni possessorie dei due soggetti si limitano vicendevolmente quasi fino alla paralisi (ad es. se un carrozziere, riparato un'autovettura, esercita su essa una ritenzione, in attesa di essere pagato) <sup>197</sup>.

I rapporti fra i due soggetti possono essere vari. In certi casi, il possessore si aspetta che il soggetto del potere di fatto gli retroceda la cosa non appena egli ne faccia la richiesta (il comodatario, il depositario, ecc); in altri casi, invece, egli sa che

---

<sup>197</sup> Id., p.89

il soggetto del potere di fatto tratterrà la cosa finché non scada un certo tempo o non maturi un determinato evento. In certi casi, il soggetto del potere di fatto può avvantaggiarsi della cosa (ad es. il conduttore), in altri casi invece non può profittare.

Il rapporto del soggetto del potere di fatto con la cosa rinviene la propria fonte legittimante esclusivamente in un titolo negoziale, costitutivo di un diritto personale di godimento sul bene. Soltanto la detenzione cosiddetta "qualificata", in quanto sorretta da idoneo titolo, è giuridicamente tutelata con gli strumenti processuali che formeranno oggetto di successivo approfondimento.<sup>198</sup>

Il soggetto del potere di fatto non agisce con l'intenzione di tenere la cosa come proprietario o come titolare di un altro diritto reale, quindi gli manca l'*animus possidendi*. Però, questo non significa che esso è privato dell'intenzione. Infatti, la situazione del soggetto del potere di fatto è assistita da uno stato psicologico corrispondente, cui si dà il nome di "riconoscimento" del possessore, o di *laudatio possessoris*. L'animo di riconoscere, l'intento di essere riconosciuto saranno solitamente rivelati dai titoli, accordi o altre circostanze illuminanti. Ma proprio questo tipo di circostanze può essere poco univoco nell'indicare l'estensione dell'oggetto cui si riferisce la *laudatio* del soggetto del potere di fatto. Un soggetto chi ha il potere e riconosce a monte un possessore mediato arrotonda le dimensioni del fondo, mediante l'usurpazione di qualche frangia complementare ad esso. Nulla dimostra che il nuovo acquisto faccia sorgere ragioni del possesso mediato, se questo ha ignorato i fatti.

Il secondo luogo in cui è menzionata la detenzione nel cod. civ.it. vigente è il primo comma dell'art. 1141: si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitare semplicemente come detenzione. Tale norma introduce una presunzione relativa, che opera in favore di colui il quale esercita il potere di fatto sul bene, sollevando dall'onere di prova la propria qualità di possessore. La presunzione opera esclusivamente nei confronti di colui il quale eserciti il potere di fatto sulla cosa, sia cioè in relazione di contiguità

---

<sup>198</sup> Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002, p.13

fisica con la stessa, sempre che tale potere venga esercitato ad immagine di diritto di proprietà o di altro diritto reale.

"Dimostrato il fatto del possesso si presume l'*animus rem sibi habendi*".

(Cass.18.12.1964, n°2918)

Siccome in tale norma si prevede che la persona chi esercita il potere di fatto sulla cosa si presume il possessore, alcuni autori ritengono che questa sia una prova che il legislatore preferisce la teoria oggettiva del possesso. Alcuni altri oppongono. I contenuti principali della teoria soggettiva e oggettiva del possesso sono dimostrati nella parte precedente. Insomma, secondo la prima il concetto del possesso presuppone come elemento costitutivo e animatore del rapporto di potere su una cosa l'elemento soggettivo della volontà diretta appunto all'esercizio di questa signoria di fatto: integrale o no a secondo che essa corrisponda all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Invece, la teoria oggettiva mette la causa nella posizione centrale del concetto del possesso. Essa non esclude un elemento soggettivo nel possesso, solo che non impernia il concetto del possesso su tale elemento. Secondo alcuni autori (ad es. il Barassi), è molto ovvio che il c.c.vigente adopera la teoria soggettiva. Prima di tutto, si vede dalla definizione del possesso dell'art. 1140, in cui si dice "potere" e "attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale". Un "potere" non si concepisce come una serie di atti materiali nei quali sia irrilevante la volontà. E questo va rispettato a maggiore ragione anche riguardando all'"attività", che se deve corrispondere all'esercizio di un diritto reale presuppone assolutamente una volontà motrice e cosciente che l'adequi sommariamente.

Si può dedurre la stessa conclusione anche dal primo comma dell'art. 1141. Secondo il Barassi "insomma è un'illusione credere che basti l'apparenza esteriore dell'attività: perché il vero è che il suo vario modo di essere è proprio e sempre conseguenza di una volontà che riferisce l'apparenza del diritto a chi pone in essere l'attività. Insistito su questo punto fondamentale, perché potrebbe a prima vista opporsi che qualunque attività presuppone sempre una volontà che la dia impulso. La volontà deve essere intesa a riferire l'attività a chi la attua, come centro e destinatario". "Se io su un fondo trascurato dal proprietario faccio atti che nel loro

complesso corrispondano all'esercizio di una proprietà che mi spettasse, cioè con proposito di assumere questa veste personale, io sono possessore perché ho l'*animus domini*. Posso anche intonare la mia attività al modello di un minore diritto reale, e ho il possesso non di proprietà ma di usufrutto ecc. Ma se compio sul fondo, più o meno vigilato dal proprietario, atti che considerati singolarmente sarebbero compiuti anche dal proprietario, tuttavia senza voler darmi l'aria di essere un proprietario, o un usufruttuario, ecc, ma ad es. di assumere la veste di un affittuario, allora non ho il possesso ma la semplice detenzione"<sup>199</sup>. Quindi questo articolo non si tratta di affermare un possesso, ma solo di assumere la veste, l'esteriore apparenza.

Sebbene i fautori del sistema oggettivo ritengono che la volontà sia sempre tipica e stilizzata, e non ne occorre neppure la prova: la legge infatti presume il detentore di una cosa, cioè chi vi esercita il potere di fatto, fino a prova contraria possegga. Se il convenuto non dà la prova contraria ecco che qualunque detenzione ha la piena tutela possessoria. Però, ancora una volta rispondiamo che la questione della prova non tange la sostanza della cosa: la quella rimane quella che è. Occorre sempre l'elemento intenzionale per distinguere il possesso e la detenzione: l'uno con la massima, l'altra con la minore tutela giuridica.

Il c.c.vigente anche prevede la tutela della detenzione: l'azione (di reintegrazione) è concessa altresì a chi ha la detenzione delle cose, tranne il caso che l'abbia per ragioni di servizi o di ospitalità (2° comma dell'art. 1168). Tale norma è speciale nel sistema possessorio italiano. Come abbiamo dimostrato, l'istituto possessorio nel diritto italiano è successo quello del diritto romano. Secondo il principio romano, la tutela possessoria non estende alla detenzione. Solo nell'età postclassica, per adeguarsi alle esigenze pratiche, si riconosceva eccezionalmente la tutela della detenzione nei certi casi (ad.es. il colono). Però, il diritto canonico riconosce la tutela mediante l'azione di reintegrazione della semplice detenzione. Ovviamente, tale norma non corrisponde alla teoria romana. Per questo motivo, alcuni autori hanno criticato che essa "tanta di inserire nel corpo del diritto italiano quel concetto tutto

---

<sup>199</sup> Barassi, L., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p.91

ideologico del possesso che il diritto canonico aveva foggato nelle angustie della vita medievale a miglior tutela dell'ordine contro il prorompere delle violenze anarchiche", e hanno negato l'adattabilità di questa corrente"con la struttura tradizionale classica, realistica del possesso". Però, il legislatore non è fermato di cercare di operare quell'adattamento. Dunque il c.c. contiene il sistema savigniano, ma attenuato e adattato ai nuovi contributi del diritto canonico. Il legislatore cercava di conciliare il nuovo con il vecchio, ad accogliere le nuove idee senza dipartirsi dalla piattaforma secolare del diritto romano.

### **3 Il soggetto e l'oggetto del possesso**

#### **3.1 Il soggetto del possesso**

Il possesso è uno stato in cui un certo oggetto è soggetto ad un certo soggetto, affinché il soggetto potesse esercitare il proprio potere di fatto sulla cosa. Questo stato è un fatto di natura, il suo acquisto e la sua perdita sono derivati dai meri atti giuridici che sono indipendenti dai negozi giuridici. Per questo motivo, per il soggetto del possesso non si assume la capacità di agire, la quale è una condizione imprescindibile per il negozio giuridico. Però il possesso non significa qualsiasi potere di fatto sulla cosa. Nell'esso, ci dovrebbe essere un elemento volontario, il quale distingue il possesso dalla semplice detenzione. Per formare tale elemento volontario, il soggetto deve avere la capacità naturale di intendere di possedere. Anche nella giurisprudenza si riconosce tale distinzione"ciò posto, va poi ricordato che nell'ambito degli atti giuridici umani è tradizionale la distinzione tra meri atti giuridici e negozi giuridici: i primi sono quegli atti che non solo sono posti in essere dall'uomo ma richiedono altresì la consapevolezza e la volontà dell'agente e perciò si distinguono dai fatti giuridici in senso stretto, che comprendono tra l'altro i fatti umani la cui rilevanza giuridica non dipende affatto dalla consapevolezza e la volontà; i secondi sono quegli atti che agente compie non solo con coscienza e volontà ma altresì con l'intento di aggiungere determinati effetti giuridici. Nei primi, quindi, gli effetti, come per i fatti in senso stretto, derivano direttamente dalla legge e non sono stabiliti dalla volontà privata, mentre nei secondi gli effetti sono quelli cui è diretta la volontà dell'agente,

purché della legge non riprovati. È appunto per tale motivo che per i primi è sufficiente la capacità di intendere e di volere e per i secondi occorre la capacità di agire, che è quella necessaria per porre in essere i negozi giuridici" (Cass.18.6.1986, n°4072).

Quindi, sebbene nel c.c.vigente non si prevedono le richieste soggettive per il possesso esplicitamente, la dottrina e la giurisprudenza sono coerenti nell'opinione che ai fini dell'acquisto del possesso, è necessaria la capacità di intendere e di volere. Così, la mancanza della capacità di agire non incide sulla volontarietà dell'atto e sulla concreta possibilità che il soggetto lo ponga in essere consapevolmente, mentre l'assenza di capacità naturale impedirà anche il minimo di coscienza necessaria alla sussistenza dell'atto valido.

"Per essere titolare di un rapporto possessorio diretto, trattandosi di un atto giuridico volontario e non di attività negoziale, è sufficiente la capacità naturale di agire, cioè la capacità di intendere e di volere della quale può essere dotato in concreto anche il minore di età, poiché soltanto la assoluta incapacità di volere vale ad escludere l'elemento intenzionale del possesso" (Cass. 22.11.1986, n°6878).

Al di fuori di tali ipotesi, e, conseguentemente, in tutti i casi in cui il soggetto non sia in quanto di esercitare il minimum di volontà indispensabile per la configurazione giuridica dell'atto (incapace di agire, interdetto, infante), si potrà avere il possesso soltanto per il tramite della intermediazione di un rappresentante legale che eserciterà il diritto in nome e per conto del soggetto incapace<sup>200</sup>.

Nel diritto moderno, diverso dal diritto romano, il soggetto del diritto include non solo la persona fisica, ma anche la persona giuridica. In ordine alle seconde, la dottrina dominante e la giurisprudenza ammettono la possibilità di esercizio del possesso. Per quanto concerne la modalità di tale esercizio si afferma che esso possa essere posto in essere o per il tramite dell'organo che assume le funzioni rappresentative dell'ente ovvero per il tramite della collettività delle persone che fanno parte della struttura dell'ente.

---

<sup>200</sup> Tomassetti, A., *Il possesso*, UTET, 2005, p.44

La giurisprudenza riconosce che il società, le associazioni riconosciute e le fondazioni possano esercitare normalmente il possesso attraverso i loro organi. Allo stesso modo, tuttavia, deve affermarsi che la società personificata possa esercitare un vero e proprio possesso sul bene anche a mezzo dei singoli associati allorché essi agiscono come membri del gruppo e per una finalità comune.

Sotto tale profilo, infatti, deve distinguersi l'aspetto "organico-rappresentativo" da quello fattuale: il primo si sostanzia nel potere di rappresentanza che incide in sede di rapporti con i terzi allorquando si tratti di imputare atti e negozi alla persona giuridica ovvero di capacità di stare in giudizio; il secondo, invece, si esplica nel dato fattuale e si riconnette alla generica riferibilità di comportamenti alla persona giuridica in quanto tale.<sup>201</sup>

In realtà, non tutte le organizzazioni sono le persone giuridiche, esistono anche i gruppi senza la capacità giuridica. Per quanto riguarda la loro capacità possessoria, si riconosce che i gruppi non personificati possano esercitare il possesso sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

"Discorsi analoghi valgono a proposito di enti non pienamente personificati, ma dotati di una chiara autonomia patrimoniale. Oggi più nessun crede alla contrapposizione rigida fra persona giuridica e gruppo non personificato. L'espressione "non riconosciuta", aggiunta al termine "associazione", è diventata, da tempo, mentitoria e ridicola. Il codice dedica a questa figura articoli, assicura la validità giuridica degli accordi degli associati, dà rilevanza alle cariche sociali, detta norme sul fondo comune, indivisibile, assegna all'ente la possibilità di stare in giudizio. Tanto vale, dire che la tratta come soggetto dei diritti. Se il diritto versato nel fondo comune è la proprietà, l'associazione eserciterà sul bene un diritto di proprietà, e avrà un potere di fatto che corrisponderà alla proprietà. Tutto ciò era vero anche prima del 1985. In tale data, la legge 29 febbraio 1985, n.52, modificando l'art. 2659 c.c.it, ha esplicitamente previsto la possibilità di trascrivere gli acquisti immobiliari a favore delle associazioni non riconosciute. E con ciò questi gruppi sono in modo

---

<sup>201</sup> Id., p.46

ancora più visibile capaci di proprietà, e capaci di possesso"<sup>202</sup>.

Dalla trattazione precedente, sappiamo che per il motivo della sua natura, le condizioni soggettive del possesso sono molto più larghe delle quelle del diritto: anche le persone minorenni e le organizzazioni non riconosciute possono possedere in modo diretto. La ragione è che il possesso è un fatto, si acquista e si perde tramite gli atti giuridici nel senso stretto. Tali atti sono gli atti umani, quindi sicuramente includono l'elemento volontario. Però, i loro effetti giuridici sono previsti dalla legge, quindi le funzioni della volontà del soggetto sono limitate alla coscienza ed intento di un fatto concreto, e non come nei negozi giuridici, i soggetti vogliono che i propri atti producono gli effetti giuridici che essi intendono.

### **3.2 L'oggetto del possesso**

Ora, passiamo alla trattazione dell'oggetto del possesso. Nell'art. 1140 c.c.it., si prevede "il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale". Da tale definizione si può dedurre che l'oggetto del possesso principalmente include "la cosa" e si riconosce la *quasi possessio*. Tale deduzione può essere testimoniata anche dall'art. 983, l'art. 1787 e l'art. 1789.

#### **3.2.1 I beni**

L'oggetto del possesso include i beni. Tale affermazione è assolutamente indubbia. Perché essa riflette il significato principale del possesso. Tutto l'istituto del possesso si originava dall'occupazione e l'utilizzazione della "cosa". Però, qual è il significato preciso della cosa? Se tutte le cose possono essere qualificate come l'oggetto del possesso? Se non tutte le cose possono essere possedute, quali sono le eccezioni?

La cosa è una porzione autonoma del mondo esterno, atta a soddisfare un bisogno fisicamente delimitata e dominabile dall'uomo. La cosa si divide in la cosa corporale e la cosa incorporale. Secondo la definizione classica del diritto romano, le cose corporali sono *quae cerni ac tangi possunt*, cioè quelle che occupano un certo

---

<sup>202</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.156

volume nello spazio o che colpiscono i nostri sensi. Però, con il progresso della scienza e tecnologia, la sfera delle cose corporali oggi è molto più ampia della quella romana. Per esempio, il criterio romano non serve infatti per le energie, che indiscutibilmente sono le cose corporali e svolgono il ruolo di grande importanza nella vita umana moderna. Per questo motivo, i giuristi moderni (ad es. Ferrara) hanno migliorato questo significato come le cose che hanno un corpo determinato o che possono essere racchiuse, imprigionate o fissate in un corpo determinato in modo che per tramite di esso possa aversi un assoggettamento fisico. Generalmente, le cose corporali possono essere possedute, però ci sono le situazioni specifiche e le eccezioni.

Prima, con notevole frequenza si presentano le controversie possessorie, che riguardano lo spazio aereo. La questione trova la sua base nell'art. 840, che riguarda l'estensione della proprietà al sottosuolo e allo spazio soprastante, non più, come in diritto romano (anche l'art. 440 c.c.1865), *usque ad sidera et usque ad inferos*, ma nei limiti in cui si possa riscontrarvi un interesse apprezzabile del proprietario. Però, a rigore, lo spazio aereo costituisce un'entità incorporea, non suscettibile di apprensione materiale. Quindi è indubbio che esso non possa formare oggetto della proprietà e possesso. Si ammette, tuttavia, che esso "possa assumere il carattere di bene tutelabile in possessorio quando sia sovrastante ad una superficie posseduta dallo stesso oggetto che tale tutela abbia invocato", però "si presenta come l'ambito di esplicazione di un potere di fatto su quella stessa superficie" (Cass.22.5.1967 n°1107). Dall'opinione della Suprema Corte si può dedurre che il possesso dello spazio aereo possa essere tutelato, però non è perché lo spazio aereo si può possedere, ma è solo un riflesso della tutela del possesso del fondo o superficie.

Si discute anche la possibilità di possedere le acque fluenti e l'energia elettrica. Quanto alla prima, ammessa, anzitutto, la possibilità del possesso "anche nel caso di somministrazione di acqua fornita, in forza di un rapporto obbligatorio, per mezzo di pompa situata al di fuori della sfera del detentore" (Cass. 11.1.1954 n°5). Si è, in un primo momento, affermato che tale possesso "non ha per oggetto la singola quantità di liquido, ma si riferisce alla sua massa indistinta, che, pur rinnovandosi perennemente,

resta, tuttavia, individuata nella natura e nella quantità" (Cass. 22.8.1953 n°3942). In un secondo momento, si è, però, riconosciuto che questa affermazione può "concernere soltanto l'acqua che scorre perennemente e naturalmente" e trovare l'applicazione, ad es. in materia di servitù d'acqua. Non, invece, in materia di somministrazione in forza di un rapporto obbligatorio. Se ne è dedotto che "trattandosi di possesso di una servitù di presa d'acqua, la molestia possessoria può venire compiuto anche in località esterna alla sfera d'azione del possessore", mentre quando vi è un rapporto obbligatorio di somministrazione "non vi è spaglio se, fuori dalla sfera di detenzione dell'utente, si interrompe la condotta idrica e si impedisce che l'acqua aggiunga tale sfera" (Cass. 18.2.1946 n°460), essendo, a questo scopo, necessario che questa interruzione si verifichi all'interno di quella sfera stessa.

Queste conduzioni stesse in particolare con riferimento ai rapporti obbligatori di somministrazione sono state ormai adottate dalla giurisprudenza anche quando oggetto della somministrazione sia gas o energia elettrica. Si è escluso, in altri termini, che il possesso dell'utente si estenda alla rete esterna all'orbita di sua immediata disponibilità, esauendosi ogni interruzione del flusso per quella rete sul piano dell'azione contrattuale di eventuale inadempimento (ad es. Cass. 22.6.1968 n°2084; Cass. 29.7.1966 n°1211) <sup>203</sup>.

Un'altro tipo particolare dell'oggetto corporale del possesso è l'università dei beni mobili. Il possesso delle università dei mobili è esplicitamente previsto nell'art. 1160, ai fini dell'usucapione, e nell'art. 1170, 1° comma, ai fini dell'azione di manutenzione. Non vi può, dunque, essere alcun dubbio sulla possibilità del possesso dell'oggetto di tale genere. Occorre, piuttosto, fermare l'attenzione su un'ipotesi particolare quel'è quella che si pone in relazione dell'azienda. L'art. 2555c.c. la definisce come "il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa". Una parte della dottrina la considera come *universitas facti*, in quanto, complesso di beni tenuti insieme per una destinazione comune. La caratteristica differenziale ne sarebbe la composizione non di soli mobili, ma di mobili e immobili.

---

<sup>203</sup> Natoli, U., *Il possesso*, Milano, 1992, p.76

Tale fatto, infatti, non è in contrasto con la nozione di *universitas* nel codice (nell'art. 670 n.1 c.p.c, l'azienda è ricordata insieme alle "altre università di beni"). La dottrina dominante e la giurisprudenza prevalente ritengono, tuttavia, che l'azienda-universitas abbia struttura più complessa, comprendendo anche beni immateriali e rapporti giuridici, sicché si tratterebbe di *universitas rerum et iurum* o addirittura *iuris*. In quanto tale, possibile oggetto della proprietà e, quindi, di possesso (Casanova), ovvero, al contrario, insuscettibile dell'una e dell'altro, che potrebbero, piuttosto, riguardare i singoli beni che la compongono (Ascarelli). Prescindendo quest'opposizione delle opinioni nella dottrina, si può ricordare che nei ultimi anni si presentano frequentemente le pronunce giudiziali in materia di spoglio avente ad oggetto un'azienda che è occupata dalla parte dei lavoratori.

Prima, abbiamo detto che in genere le cose corporali sono suscettibili del possesso. Però, ci sono le eccezioni. L'art. 1145, 1° comma stabilisce che "il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto". Si fa così, in generale, riferimento alle *res extra commercium*, ma più specificamente alle cose di proprietà pubblica e, in particolare, ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle provincie e dei comuni soggetti al regime del demanio pubblico. Come determinato dall'art. 823, tali beni, a causa della propria natura giuridica, non possono essere posseduti.

Nel comma successivo, si prevede che "nei rapporti tra privati è concessa l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle provincie e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico". Ne deriva che il "possesso" di tali beni è comunque tutelato nei rapporti tra privati. La tutela, predisposta in via eccezionale, risponde a ragioni di ordine pubblico, finalizzate ad evitare atti di prevaricazioni nei rapporti privatistici.

Nel terzo comma si stabilisce "se trattasi di esercizio di facoltà, le quali possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione, è data altresì l'azione di manutenzione".

"Un peraltro osservato che, nei rapporti tra privati, a norma dell'art. 1145c.c., è consentita l'azione di manutenzione non solo da parte di colui chi abbia conseguito in

concessione il godimento di un bene demaniale. Ma anche da parte di chi eserciti sul bene stesso poteri di fatto tali da giustificare il conseguimento della concessione, ciò in quanto nei rapporti tra i privati per l'esperimento dell'azione di manutenzione è sufficiente che il possesso corrisponda all'esercizio delle facoltà le quali possono formare oggetto di concessioni amministrative e non è necessario che trattasi di facoltà correlate a concessioni già emanate; così che il privato che eserciti di fatto una signoria sul bene demaniale, suscettibile di essergli attribuita in concessione, è possessore ad ogni effetto ed è, in quanto tale, legittimato ad esperire l'azione di manutenzione contro altro privato che rechi turbativa al suo possesso".

(Cass.29.4.1992, n°5180)

"Secondo l'orientamento della Suprema Corte, non è necessario che le facoltà, per la cui tutela si invoca l'azione di manutenzione, scaturiscano effettivamente da un provvedimento concessorio in favore del privato. Non occorre, in altri termini, che al privato, il quale proponga un'azione di manutenzione, sia realmente accordato l'uso eccezionale del bene demaniale in forza di un atto di concessione. L'interpretazione suggerita è pienamente condivisibile ove si ponga l'attenzione sul tenore letterale della norma in esame, che contempla la mera "possibilità" che le facoltà formino oggetto di concessione"<sup>204</sup>.

Inoltre, la concessione dell'uso dei beni demaniali non significa il trasferimento in favore dei privati beneficiari di tutte le facoltà spettanti agli enti pubblici concedenti, ma solo l'attribuzione di quelle facoltà connesse allo specifico utilizzo dei beni.

"Se è vero che le concessioni costituiscono, nella loro portata più generale, l'attribuzione di singoli diritti sui beni sottratti alla proprietà privata, come per esempio le concessioni d'uso su beni demaniali, per quella parte che sopravanza all'uso e alle necessità pubbliche, è altre tanto vero che la concessione non può mai avere ad oggetto la traslazione o la costituzione a favore ai privati di "tutte" le facoltà spettate all'ente pubblico, proprietario del bene demaniale. Un tale risultato potrebbe

---

<sup>204</sup> Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002, p.56

essere raggiunto soltanto attraverso la c.d. "sdeமானializzazione" del bene pubblico e la sua successiva devoluzione ai privati".

(Cass. 23. 7. 1993 n°8258)

Fin qui, abbiamo trattato l'idoneità dei beni materiali come l'oggetto del possesso. Resta ora da accennare ad un'ultima categoria di beni, cioè quelli che si sogliono definire "immateriali". Secondo la legge, si tratta principalmente delle "opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla scienza, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, al teatro e alla cinematografica, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione (l'art. 2575) e dei segni distintivi dell'azienda e dell'impresa o di elementi e prodotti di essa, come la ditta e le varie specie di marchi".

A proposito dell'idoneità di questi beni come l'oggetto del possesso, c'è opposizione delle opinioni nella dottrina. Alcuni autori (ad es. il Montel) ritengono che la specialità dei beni immateriali non esclude la loro l'idoneità di essere posseduti. "Il possesso di un bene immateriale non può, per la stessa peculiarità del suo oggetto, atteggiarsi in ogni suo particolare della identica guisa del possesso di un bene materiale; ma ciò non toglie che esso sia ipotizzabile ogniqualevolta di fatto alcuno si trovi, rispetto al diritto di utilizzazione, in quella posizione in cui *in iure* è il titolare"<sup>205</sup>.

Tanti altri autori (ad es. il Noteli, il Scioli, ecc) ritengono che tali beni non siano propri di essere l'oggetto del possesso. Non solo perché in tali casi una relazione materiale dei soggetti con gli oggetti non è neanche prospettabile, ma anche perché il godimento di essi non è esclusivo. Per il possessore, il solo possesso del bene materiale che racchiude il prodotto dello spirito non assicura il godimento dell'opera esclusivo, in quanto non impedisce ai terzi la sua riproduzione ed, in ultima analisi, la fruizione diretta dell'idea ed il suo sfruttamento economico. Quindi "il legislatore abbia dettato numerose regole in tema di godimento di fatto di beni immateriali, e che le presenza di queste regole lasci intendere che le norme di cui all'art. 1140 non devono essere applicate" (Sacco).

---

<sup>205</sup> Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962, p.102

Nella legislazione, sebbene non ci riusciamo a trovare una norma in cui si esprime in modo chiaro che i beni immateriali possano essere posseduti, però sembra esistere una tendenza di usare "possesso" anche al riferimento dei beni immateriali. Per esempio, nell'art. 167 della legge 22, aprile, 1941 n.633 su diritto d'autore, si afferma che "i diritti di utilizzazione economica riconosciuti da questa legge possono anche essere fatti valere giudizialmente da chi si trovi nel possesso legittimo dei diritti stessi". Ed è anche stata ammessa l'usucapione del nome patronimico usato quale segno distintivo di una azienda (App. Napoli 25 febbraio 1950).

### 3.2.2 I diritti reali

Nella prima parte, abbiamo dimostrato che nell'età postclassica del diritto romano, la sfera dell'oggetto del possesso è già estesa, includendo non solo le cose, ma anche i diritti reali (solo che il possesso dei diritti si chiamava *quasi possessio*, però nel diritto giustiniano non c'era la differenza sostanziale tra la *possessio* e la *quasi possessio*, quindi tale opposizione è solo formale). Nell'art. 1140 c.c.it. si afferma che il possesso è una "attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale". Da tale norma, si può dedurre che il cod. civ. vigente riconosce il quasi possesso. Però, il legislatore non ha chiarito la sfera di "altro diritto reale". Tale espressione include tutti i diritti reali o solo una parte? Se ci sono i diritti reali che non sono suscettibili ad essere posseduti, quali sono? Siccome già nel diritto romano si riconosceva chiaramente il possesso del diritto di servitù, di superficie, di usufrutto, di enfiteusi ecc. quindi oggi ci sono meno dubbi sulla possibilità di essere possessori dei diritti reali di godimento. La discussione maggiore si tratta dell'idoneità di essere oggetto del possesso dei diritti reali di garanzia, cioè il pegno e l'ipoteca.

Alcuni autori negano la capacità di essere posseduti dei diritti reali di garanzia. Perché, secondo essi, tali diritti non sono suscettibili ad un esercizio continuato e durevole, dal momento che l'esercizio rivolto a ciò che costituisce il fine di tali diritti (la vendita della res obnoxia, ecc) ne produce l'esitazione. Inoltre, nei tali diritti, non si permette l'uso delle cose dalla parte del titolare e tali diritti hanno il carattere di accessorietà.

Però, secondo tanti altri, le motivazioni che sono citate non possono essere le ragioni giuste per cui si nega la capacità di essere posseduti dei diritti reali di garanzia. Prima, non è vero che ai diritti reali di garanzia manca un esercizio continuato e durevole. Perché prima della fase della realizzazione della garanzia, vi è una fase statica, che ne è la preparazione nella quale il diritto reale di garanzia vive ed è causa di limitazioni alla libertà di comportamento del proprietario della cosa e dei terzi. È vero che il titolare del diritto reale di garanzia non può usare la cosa. Però, il possesso significa una signoria, un potere di fatto sulla cosa, non interessa se la cosa è effettivamente usata o no. Quando la cosa è consegnata o iscritta, il titolare del pegno o dell'ipoteca ha un certo potere sulla cosa. Questo è elemento essenziale per il possesso, anche se non può usare la cosa, però il potere di fatto esiste. Alla fine, l'accessorietà infatti implica bensì tra accessorio e principale un rapporto di dipendenza in ordine alla funzione ed allo scopo, ma non influisce sulla natura giuridica dell'accessorio, non è di ostacolo a che questa abbia vita e disciplina affatto autonoma; e tanto meno poi potrebbe influire su un rapporto di mero fatto quale è possesso.

Quindi, come ritiene il Montel, "certo, in questo possesso non si riscontrano tutti i caratteri del possesso dei diritti reali di godimento, ma ciò è da porre in relazione all'innegabile differenza strutturale dei diritti appartenenti all'una e all'altra categoria, differenza che non può evidentemente fare a meno di riflettersi in materia possessoria, essendo il possesso l'immagine in fatto del diritto"<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> Id., p.117

## **Capitolo VII Gli effetti giuridici del possesso nel diritto italiano**

Abbiamo affermato tante volte che il possesso, come una *res facti* di natura, produce gli effetti giuridici importanti. Il codice civile italiano vigente divide tali effetti in tre parti, cioè i diritti e gli obblighi del possessore nella restituzione della cosa (l'art. 1148—1152), gli effetti del possesso di buona fede in materia mobiliare (l'art. 1153—1157) e l'usucapione (l'art. 1158—1167). Questi sono gli effetti più essenziali del possesso, però non sono tutti gli effetti possessori. Nelle altre parti del cod. civ. e nelle leggi speciali, si stabiliscono anche gli altri effetti giuridici possessori, ad es. l'occupazione della cosa mobile nullius; il c.d. possesso *ad legitimationem* di un titolo di credito autorizza all'esercizio del diritto incorporato nel titolo, il possessore sarà tenuto a risarcire i danni quando il suo atto doloso o colposo ha dato i danni agli estremi, ecc. Nella parte successiva, non ci riusciamo a trattare tutti gli effetti giuridici possessori, quindi ci limitiamo a trattare solo gli effetti stabiliti nel Capo II del titolo VIII del terzo libro del cod. civ.it.

### **1 I diritti e gli obblighi del possessore nella restituzione della cosa**

#### **1.1 Il diritto di acquistare i frutti dalla parte del possessore di buona fede**

Il primo effetto stabilito in tale parte del c.c.it. è l'acquisto dei frutti della cosa dalla parte del possessore di buona fede. Si prevede nell'art. 1148 che "il possessore di buona fede fa suoi i frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale e i frutti civili maturati fino allo stesso giorno. Egli, fino alla restituzione della cosa, risponde verso il rivendicante dei frutti percepiti dopo la domanda giudiziale e di quelli che avrebbe potuto percepire dopo tale data, usando la diligenza di un buon padre di famiglia". Circa l'ambito di applicazione di tale articolo, c'è un'opposizione nella dottrina. Secondo un primo orientamento, il principio enunciato nel richiamato articolo è applicabile esclusivamente alle ipotesi di acquisto del possesso *a non domino*. Si ritiene che nell'ipotesi di acquisto a domino, in forza di un contratto nullo o annullabile, il proprietario rivendicante "agisce per via d'azione personale, egli ha di fronte a sé non un possessore, ma un debitore" (Gentile). Inoltre, si ritiene che l'art. 1148 regola i rapporti tra il possessore e il "rivendicante", con ciò ritenendo riferirsi

esclusivamente a colui il quale agisce con l'azione di rivendica, facendo quindi valere non già un'azione bensì un proprio preteso diritto reale.

In contrapposizione al richiamato orientamento, l'altra parte della dottrina e la giurisprudenza prevalente sostengono invece che la norma dell'art. 1148c.c. trovi l'applicazione sia nel caso del possesso acquistato *a non domino*, sia nel caso che il possesso provenga *a domino*, ma in forza di un contratto nullo o viziato. L'orientamento da ultimo richiamato appare maggiormente condivisibile. L'art. 1148c.c. menziona espressamente "il possessore di buona fede", tale essendo sia colui il quale è conseguito il possesso di un bene in forza di un titolo eventualmente viziato, sia colui il quale si è ingerito del godimento del bene attraverso proprie determinazioni non supportate da alcun titolo negoziale giustificativo. Pertanto correttamente si è rilevato che la norma non autorizza l'interprete ad introdurre alcune discriminine legate al momento genetico della consacrazione del possesso. Quanto al termine "rivendicante", può ritenersi che sia stato impiegato dal legislatore in via meramente esemplificativa, allo scopo di indicare tutti coloro i quali agiscono nei confronti del possessore per riaffermare la pretesa preminente posizione"<sup>207</sup>.

In questo articolo si afferma il diritto del possessore di buona fede di acquistare i frutti naturali e civili della cosa posseduta. Però, primo si deve chiarire il significato preciso del "possessore di buona fede". Secondo l'art. 1147, "è possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se ignoranza dipende da colpa grave". Da tale definizione si vede che l'elemento essenziale del possessore di buona fede è il ragionevole convincimento di poter esercitare sulla cosa la proprietà o altro diritto reale, senza ledere il diritto altrui. Invece, gli altri elementi nella teoria romana e nel codice civile abrogato (ad es. il titolo, *opinio domini*), non sono più necessari.

"A differenza dell'art. 701 del cod. civ. abrogato, che esigeva, per la sussistenza del possesso di buona fede, il concorso di tre elementi, e cioè l'*animus rem sibi habendi*, un titolo—anche viziato—idoneo, in astratto, a trasferire il dominio, e

---

<sup>207</sup> Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002, p.81

l'ignoranza del vizio del titolo, l'art. 1147 del cod. civ. vigente, nel possessore la buona fede con disposizione in carattere generale, prescinde dell'esistenza di un titolo e, assegnando rilievo alla cosiddetta *opinio domini*, cioè al ragionevole convincimento di potere esercitare sulla cosa posseduta il diritto di proprietà od altro diritto reale senza ledere la sfera altrui, imprime al concetto di possesso di buona fede un carattere eminentemente psicologico o soggettivo".

(Cass. 10. 8. 1991 n°8918)

I frutti che possono essere acquistati dal possessore di buona fede includono sia i frutti naturali che i frutti civili. Secondo il cod. civ. vigente, i frutti naturali sono "quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi occorre o no l'opera dell'uomo" (l'art. 820 comma II). Dunque, "i frutti naturali sono in primo luogo i prodotti organici della cosa, mobile o immobile, *quae nasci et renasci solent*, utilità ottenute dalla cosa senza distruzione o diminuzione della sostanza, la cui funzione anzi è di essere separata dalla cosa produttiva e di aver un'esistenza autonoma ed infine parti inorganiche della cosa, la cui separazione costituisce in realtà diminuzione della cosa principale, ma essendo le condizioni del commercio non viene considerata tale perché lo sfruttamento avviene gradualmente senza che la cosa abbia diminuito in modo apprezzabile"<sup>208</sup>.

I frutti civili, invece, sono "quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altro ne abbia" (l'art. 820, comma III). Essi, diversi dai frutti naturali, non sono propriamente frutti della cosa, ma piuttosto conseguenze della costituzione di un rapporto giuridico su di essa, poiché non si traggono direttamente dalla cosa, ma solo a mezzo di un rapporto giuridico. Per i frutti civili, soprattutto quelli aziendali, bisogna distinguere i frutti e i profitti. Secondo il Sacco, "il frutto, il profitto sono i risultati di felici combinazioni in cui interviene la cosa produttiva, l'impegno e la maestria dell'uomo, il mercato e la fortuna. La norma sui frutti va bene finché la causa principale del prodotto è la cosa madre. Invece, causa principale del profitto imprenditoriale è l'iniziativa dell'imprenditore"<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962, p.266

<sup>209</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.458

Nello stesso articolo, si dice che tale diritto del possessore di buona fede esiste fino al "giorno della domanda giudiziale". Secondo l'opinione dominante nella dottrina, tale giorno non è il giorno della mera proposizione della domanda giudiziale, bensì il giorno della sua notificazione al soggetto destinatario dell'atto, che assume quindi la veste del convenuto. La ragione di questa limitazione non è da porre in relazione ad una pretesa costituzione in male fede in seguito alla domanda giudiziale (*male fides superveniens non nocet*), né alla interruzione del possesso, ma piuttosto costituisce un omaggio al principio—inspirato alla necessità che il vincitore non abbia supportato il peso delle lungaggini della lite—che gli effetti della sentenza retroagiscono al giorno della domanda.

Nella seconda parte di tale articolo, si prevede che dopo il giorno della domanda giudiziale il possessore di buona fede è tenuto a restituire i frutti percepiti e quelli avrebbe potuto percepire, usando la dirigenza di un buon padre della famiglia. Con l'espressione "frutti percepiti" il legislatore ha inteso far riferimento a quelli giunti al termine del processo di produzione o maturazione, indipendentemente dal fatto che gli stessi siano stati raccolti o percepiti o eventualmente anche consumati. Per i "frutti percependi", il legislatore ha dato una definizione chiara. La ragione per cui si restituiscono anche tali frutti è evitare i danni per il rivendicante causati dalla inerzia del possessore dopo la domanda giudiziale.

L'articolo 1148c.c. stabilisce il diritto del possessore di buona fede di acquistare i frutti. Naturalmente, si chiede cosa succede se il possessore è di male fede. Il cod. civ. vigente non ha dato una norma esplicita a questa questione e nella dottrina ci sono diverse opinioni. È pacifico che il possessore di male fede deve restituire i frutti percepiti e percependi dopo la domanda giudiziale, come quello di buona fede. Le discussioni si concentrano sulla questione se il possessore di male fede ha il diritto di acquistare i frutti prima della tale data. Circa questa questione, ci sono tre opinioni principali. Secondo la prima, il possessore di male fede deve restituire tutti i frutti percepiti e percependi durante l'intero periodo del possesso (Scioli). E secondo la seconda, esso è tenuto a restituire solo i frutti percepiti, non già percependi, perché un'opinione contraria crea un privilegio ingiusto ed esorbitante per il rivendicante

(Gentile). Secondo la terza, invece, il possessore di male fede è a pari di quello di buona fede, cioè è responsabile per i frutti solo dopo la domanda giudiziale (Montel). Tra tali opinioni, a mio avviso, la seconda è più ragionevole. Lo scopo della restituzione dei frutti è equilibrare gli interessi delle due parti, non è punire il possessore di male fede o senza titolo giusto. Se il possessore, anche se male fede, è tenuto a restituire anche i frutti percepiti per tutto il periodo possessorio, questo è un carico troppo pesante. Non tutti i possessori di male fede hanno l'intenzione di ledere e privare i diritti altrui. In tanti casi, essi solo utilizzano le cose altrui che non sono adoperate dai proprietari. In tali casi, sebbene non è giusto utilizzare queste cose, però se non esiste l'utilizzazione dalla parte di possessore di male fede, il proprietario non potrebbe ottenere nessun frutto. Quindi, l'opinione che il possessore di male fede è tenuto a restituire i frutti percepiti per l'intero periodo del possesso corrisponde al principio che nessun può profittare con la consapevolezza di ledere il diritto altrui. A proposito dei frutti percepiti, considerati il principio basilare del diritto civile e la varietà delle situazioni pratiche, è meglio lasciarli stare.

## **1.2 Il diritto per i rimborsi delle spese**

Nell'articolo 1150c.c., si stabilisce che il possessore ha il diritto di essere rimborsato delle spese per mantenere o migliorare la cosa posseduta. La ragione per questa regola, secondo il Sacco, è che "le regole sulla protezione della cosa, affittata al possessore, toccano veramente il cuore del rapporto proprietario—possessore, chi possiede merita l'attenzione dell'ordinamento giuridico innanzi tutto perché è l'unico soggetto su cui si possa contare per la salvaguardia della cosa. La sua diligenza e la sua premura meritano di essere incoraggiate, fino al momento di cui egli riconsegna la cosa al proprietario, oppure diventi a sua volta proprietario"<sup>210</sup>.

### **1.2.1 Le spese per le riparazioni**

Il comma I dell'art. 1150 c.c. si tratta del rimborso delle spese per le riparazioni

---

<sup>210</sup> Id., p.463

straordinarie, cioè "il possessore, anche se di male fede, ha diritto al rimborso delle spese fatte per le riparazioni straordinarie". Si deve notare che qui si parla "riparazioni straordinarie", non quelle ordinarie.

Le riparazioni ordinarie sono quelle che si rendono necessarie in conseguenze del normale utilizzo del bene e che perciò ricollegabili a consueto processo di deterioramento ed invecchiamento del bene. La ragione per cui il possessore non può essere rimborsato per tali spese non è complicata. Le riparazioni e spese ordinarie debbono considerarsi come un passivo inerente al godimento della cosa, e si compensano con il godimento del bene e con l'acquisto dei frutti. Questo è il principio della c.d. compensazione con i frutti che deriva dal diritto romano. Nel comma IV dello stesso articolo, si prevede "se il possessore è tenuto alla restituzione dei frutti, gli spetta anche il rimborso delle spese fatte per le riparazioni ordinarie, limitatamente al tempo per il quale la restituzione è dovuta". Tale norma non è difficile da spiegare. Siccome in tale caso non è il possessore, ma il proprietario chi ha ottenuto i frutti alla fine, è giusto che a lui spettano le spese inerenti del godimento della cosa. Da tale comma, deduciamo che il possessore di male fede ha il diritto al rimborso delle tutte le spese fatte per le riparazioni ordinarie, perché esso è tenuto a restituire tutti i frutti percepiti al proprietario. Mentre il possessore di buona fede ha il diritto di essere rimborsato delle spese fatte per le riparazioni ordinarie solo dopo il giorno della domanda giudiziale, perché esso è responsabile per i frutti solo dopo quel giorno.

Per quanto riguarda le spese fatte per le riparazioni straordinarie, sia il possessore di buona fede che quello di male fede hanno il diritto di essere rimborsato. Tali spese, come quelle per le riparazioni ordinarie, sono anche indispensabili per mantenere la funzione e il valore della cosa. È giusto che al proprietario chi ottiene e utilizza la cosa alla fine spettano tali spese.

### **1.2.2 Le spese per i miglioramenti**

Il cod. civ.it. anche riconosce una indennità al possessore per i miglioramenti recati alla cosa, purché sussistano al tempo della restituzione. "Ha anche diritto a

indennità per il miglioramento recato alla cosa, purché sussistano al tempo della restituzione. L'indennità si deve corrispondere nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa per effetto dei miglioramenti, se il possessore è di buona fede; se il possessore è di male fede, nella minore somma tra l'importo della spesa e l'aumento del valore" (comma III, IV. Art. 1150c.c.).

Il miglioramento consiste in qualsiasi incremento qualitativo del bene, mediante una diversa sistemazione dei suoi elementi strutturali o attraverso la creazione di elementi nuovi che non assumono le caratteristiche di entità autonome, ma risultano intimamente connesse al bene cui accedono. Tale significato è accettato anche dalla giurisprudenza.

Però, secondo la legge, il possessore non può ottenere l'indennizzo per tutti i miglioramenti fatti nel suo possesso, ma solo quelli che persistono al tempo della restituzione della cosa. Quindi, nessun l'indennità è dovuta al possessore qualora i miglioramenti siano stati cancellati da eventi di varia natura al momento della restituzione della cosa. Circa qual è il tempo preciso della restituzione, alcuni autori (Breccia, Busnelli, Natoli, ecc) ritengono che il miglioramento indennizzabile sia quello posto in essere fino al passaggio in giudicato della sentenza che condanna il possessore alla restituzione del bene. Perché solo a partire da questo momento cessi la situazione possessoria, in forza dell'obbligo della restituzione della cosa. Prima di allora il possessore vanta ancora una ingerenza sul bene. Però, tale spiegazione non corrisponde al principio secondo il quale il riconoscimento giudiziale del diritto va fatto retroagire al momento della proposizione della domanda, allo scopo di evitare che il tempo necessario per lo svolgimento del processo torni a danno a chi ha ragione. In realtà, le decisioni della Corte sono corrispondenti al principio. Per esempio, in una causa che si riferisce alle pretese risarcitorie, avanzate dal possessore per effetto del conseguimento del possesso di un terreno a seguito di un contratto preliminare rimasto inadempito, la Corte ha stabilito che a partire della notifica della domanda di risoluzione del contratto preliminare, il promettente acquirente deve essere considerato possessore di mala fede, avendo la consapevolezza di possedere un bene altrui. Egli, a decorrere da quella data, ha il solo obbligo di custodire per

riconsegnare". Da qui è escluso ogni indennizzo per i miglioramenti eseguiti dopo la notifica della domanda giudiziale. Quindi, secondo l'atteggiamento della Corte, il rischio della distruzione dei miglioramenti è trasferito dal possessore al rivendicante nel momento della notifica della domanda giudiziale.

In tale comma, il legislatore non ha dimostrato che questo diritto spetta solo al possessore di buona fede. Però, circa la sfera dell'indennità, c'è ovvia differenza tra il possessore di buona fede e quello di mala fede. Per il primo, l'indennità va commisurata all'aumento di valore conseguito del bene per effetto dei miglioramenti. Mentre per il secondo, va liquidata nella minor somma tra il costo dei miglioramenti e l'aumento di valore.

### **1.2.3 Le addizioni**

Il cod. civ. vigente ha previsto anche le situazioni delle addizioni. Prima di tutto, bisogna distinguere le addizioni e i miglioramenti. "I miglioramenti non danno luogo ad una nuova entità, sia pure unita od incorporata alla cosa, ma risultano o da una disposizione nuova degli elementi che costituiscono la cosa o dall'aggiunto di elementi nuovi che però si compenetrano e si confondono con quelli originari. Invece le addizioni importano la creazione di una nuova entità, che conserva o può acquistare una propria personalità. Il miglioramento, quale potenziamento qualitativo della cosa, è intrinseco a questa e non può essere da questa rimosso o separato, poiché non può essere individuato nei elementi originari attraverso i cui impiego è stato posto in essere; l'addizione, per contro, quale estensione quantitativa della cosa, può essere individuata nei suoi elementi costitutivi, ed è perciò suscettibile di essere rimessa o separata, seppure la rimozione le faccia perdere il carattere e la struttura che aveva acquistato attraverso l'unione od incorporazione alla cosa principale.

È un criterio fisico e non economico quello sul quale si impernia la distinzione. S'intende che i miglioramenti importano anche un incremento economico, aumentando essi il valore della cosa; per contro, le addizioni possono, dal punto di vista economico, rappresentare dei miglioramenti, aumentando il valore della cosa, con aggiungervi una nuova utilità, ma possono anche non esserlo, costituire cioè delle

entità voluttuarie che non incidono sulla potenzialità di reddito dell'organismo economico"<sup>211</sup>.

Secondo la legge, per le addizioni, si applica l'art. 936 c.c.it. Se le addizioni costituiscono i miglioramenti ed il possessore è di buona fede, è dovuta un'indennità nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa. Tale articolo si tratta dell'indennità delle addizioni e distingue un costruttore di buona fede da un costruttore di mala fede. Il costruttore di buona fede e il soggetto a lui equiparato (cioè colui che ha costruito a scienza e senza opposizione del soggetto leso), sempreché non sia anche possessore di buona fede avrà il diritto all'indennità che il proprietario preferirà attribuirgli (l'aumento del valore della cosa, o valore del materiale più prezzo della mano d'opera). Invece, per il possessore di mala fede che sia inoltre costruttore di mala fede, il proprietario può costringerlo a togliere le addizioni e a pagare per i danni, ovvero ritiene le addizioni pagando a sua scelta il valore dei materiali e della mano d'opera, oppure l'aumento di valore recato al bene<sup>212</sup>.

Nel caso che le addizioni costituiscono i miglioramenti ed il possessore è di buona fede, il proprietario è privo della scelta ed è tenuto all'indennità nella misura dell'aumento del valore.

## **2 L'acquisto dei diritti dei beni mobili a non domino**

### **2.1 La base teorica e pratica dell'istituto**

Nel primo comma dell'art. 1153 cod. civ.it. si stabilisce che "colui di quale sono alienati beni mobili da parte di chi non è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà". Secondo tale norma, una persona di buona fede chi acquista un bene mobile con un titolo idoneo dalla persona non proprietario, può diventare il proprietario di tale bene, e il proprietario originario non ha nessun azione contro di lui. Egli può solo chiedere alla persona chi ha concesso la

---

<sup>211</sup> Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962, p.286

<sup>212</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.465

cosa sua a risarcire i suoi danni.

Questa norma non corrisponde alla concezione tradizionale del diritto romano."Il diritto romano era pervaso del concetto della inviolabilità del diritto di proprietà; qualunque attentato contro la proprietà era severamente represso. Il proprietario poteva rivendicare la cosa sua contro chiunque"<sup>213</sup>. Nel caso che una persona acquista la cosa mobile con la buona fede da non proprietario, essa può acquistare la proprietà con l'usucapione con un termine più breve, ma il diritto romano non ha mai riconosciuto che essa l'acquista immediatamente. Tale conclusione può essere provata da una trattazione gaiana: "*etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae a non domino nobis traditae fuerint...si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse*" (Gai.Ist, II, 43).

Questo istituto infatti si originava dal diritto germanico. I principi romani "*nemo plus iuris in alium trasferre potest quam te ipse habet*", "*resoluto iure dantis, resolvitur et ius acquirentis*" non si trovano nel diritto germanico, esso, invece, riconosce il principio "*Hand muss Hand wahren*" (la mano deve garantire la mano). Nella premessa di questa parte abbiamo presentato la *Gewere* germanico e sappiamo che il potere di fatto acquistato in modo non vizioso (*Gewere*) era una "potestà". Tale signoria circolava per effetto del trapasso consensuale del potere di fatto, non poteva farsi questione di un fondamento causale del trapasso. La figura romanistica del possessore che trasmette il potere al detentore conservando l'intento di essere proprietario era impensabile.

"Il potere così concepito era difeso con mere azioni personali nei confronti di chi avesse ricevuto il potere con obbligo di restituire. Ed era difeso con azione reipersecutoria nei confronti di chi usurpasse il potere di fatto contro la volontà del detentore attuale, sì che—nei confronti del derubato o dello smarritore—la cosa derubata o ritrovata non potere appartenere né al ladro o inventore, né a chi ricevesse da questi il potere di fatto. A sua volta, chi si trovasse ad avere il potere di fatto su una cosa rubata o rinvenuta era difeso contro un successivo ladro o inventore mediante

---

<sup>213</sup> Barassi, L., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p.439

quella medesima azione persecutoria cui egli era esposto nei confronti del primo derubato. Più soggetti potevano dunque aver titolo, cumulativamente, alla restituzione. Nel conflitto fra essi, prevaleva chi avesse titolo migliore (e questo era il possessore anteriore). La buona fede non entrava mai in considerazione"<sup>214</sup>.

Tale regola si applica nelle consuetudini della Francia settentrionale, ma poiché la redazione delle regole seguiva la lingua latina e i concetti romani, si finì con l'affermazione che chi ottiene con la buona fede il possesso della cosa mobile non rubata e non smarrita è al riparo da ogni rivendicazione, e può lui stesso essere il rivendicante ove la cosa venga derubata o smarrita. È questo il criterio ammesso nel Code Napoléon (l'art. 2279). Infatti, la norma stabilita nel codice civile francese è una combinazione del diritto germanico ed il diritto romano. La concezione che si può acquistare il diritto dal non titolare immediatamente deriva dal diritto germanico, mentre il requisito della buona fede si originava dal diritto romano. Così, l'azione di "rivendicazione" è accolta solo se l'attore svolge con successo la critica della posizione del convenuto, non si consente all'attore di invocare i rapporti esistenti fra il terzo convenuto ed il dante causa di quest'ultimo. Tale regola fu ammessa anche dai codici civili italiani, sia quello abrogato che quello vigente (naturalmente con le minori differenze che trattiamo dettagliatamente in parte successiva).

Il codice civile francese ed il codice civile italiano sono due codici simbolici tra tutti quelli che si costituiscono sulla base del sistema giuridico romanistico. È un po' abnorme che si inserisce una regola originaria germanica che contrasta il principio romano apparentemente. Però, quando si considera la situazione pratica, tale fenomeno non sembra difficile da spiegare. Dal punto di vista pratico, tale istituto "risponde alla esigenza di agevolare la circolazione dei beni mobili, tutelando particolarmente gli interessi dell'acquirente, ove ricorrano determinati condizioni. Manca nel nostro ordinamento giuridico un regime di pubblicità per i beni mobili, se non con riguardo a limitate categorie di beni, quali di autoveicoli, gli aeromobili e le nevi. In tale contesto l'acquirente non è in grado, se non attraverso dispendiose ed

---

<sup>214</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.465

incerte indagini, di verificare la storia giuridica del bene, attraverso i successivi e molteplici trasferimenti da un soggetto ad un'altro. È quindi facilmente esposto ai rischi della evizione, nel caso di acquisto un bene da un dante causa non legittimato ad alienare.

Per circoscrivere ragionevolmente i rischi legati alla circolazione dei beni mobili, il legislatore ha operato un bilanciamento degli interessi dell'alienante e dell'acquirente, ritenendo comunque preminente la posizione dell'acquirente di buona fede, ove l'acquisto sia sorretto da determinati presupposti. In questo caso l'avente causa è adeguatamente tutelato contro i rischi dell'evizione, in quanto il suo acquisto diviene definitivo, indipendentemente dall'esito di un eventuale e successivo accertamento in merito alla legittimazione del proprio dante causa"<sup>215</sup>.

Così, si vede che rispetto al rigido principio romano, la regola germanica sia più adatta alle situazioni pratiche, soprattutto nella società moderna che caratterizza la larga e rapida circolazione dei merci. Quindi è giusto che la vara ragione dei istituti giuridici sta sempre nella vita umana.

## **2.2 I requisiti essenziali**

Lo scopo dell'art. 1153c.c. è permettere l'acquirente ad ottenere i diritti dei beni mobili *a non domino*. Per realizzare tale scopo, alcuni requisiti determinati devono stare essenti. Solo sotto queste condizioni, la tutela dell'acquirente non viola il principio dell'uguaglianza e non lede il diritto del titolare originario.

Dal primo comma dell'art. 1153c.c., sappiamo che per applicare tale norma, prima di tutto, ci vuole un titolo idoneo ("sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà"). Tale titolo, in genere, deriva dal negozio giuridico, e deve aver l'efficacia di trasferire i diritti reali (la proprietà, il pegno, ecc.). Quindi, non è adatto un titolo con l'efficacia soltanto obbligatoria (ad es. un preliminare di vendita) ovvero tendente a costituire un diritto personale di godimento, quale il comodato o la locazione. Però, idoneità del titolo non può sussistere che nel senso astratto. Essa non

---

<sup>215</sup> Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002, p.104

può essere in concreto effettiva, perché in nessun caso l'atto di disposizione del *non domino* (salvi i casi di speciale legittimazione *ex voluntate domini* o *ex lege*) sarebbe idoneo a produrre l'effetto indicato, potendo aver efficacia semplicemente obbligatoria (l'art. 1478c.c.it.). Questa opinione è condivisa dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza (Cass. 1.4.1956 n°1110). Si precisa che si deve trattare di un titolo che, se provenisse dal *dominus*, produrrebbe senz'altro l'effetto voluto.

Inoltre, il negozio giuridico che crea tale titolo non deve essere nullo. Se in questo negozio esiste la causa che esclude la sua validità o l'efficacia nel senso assoluto (ad es. contrasto con norme imperative), l'effetto giuridico indicato dall'articolo in esame non si produce. Nel caso che il negozio sia annullabile, la situazione è diversa. In tale caso, il vizio che determina l'annullabilità del negozio non esclude l'idoneità del titolo a produrre il trasferimento della proprietà del bene, sia pure in forma precaria. Quando annullamento è fatto, l'effetto giuridico indicato da tale articolo è terminato. Quest'opinione è condivisa anche dalla giurisprudenza: "titolo idoneo al trasferimento della proprietà...è l'atto annullabile, in quanto operando fino a quando non venga annullato" (Cass. 8.6. 1982 n°3466), "esiste fin dall'origine e produce i propri normali effetti, finché non intervenga la pronuncia di annullamento" (Cass. 10.2. 1986 n°7322).

In tale negozio, la parte il quale trasferisce il diritto reale deve essere un *non domino*. Cioè "il diritto non subordina il suo potere a nessuna speciale legittimazione o qualità. Egli può essere un ladro, un rapinatore, o il disonesto ritrovatore di una cosa smarrita. La manifesta origine delittuosa potrà ostare alla buona fede del terzo, ma non vizia il titolo"<sup>216</sup>. Nella dottrina, si discute che nel caso che l'acquirente crede che un rappresentante senza potere sia munito di procura, si può applicare tale norma o no. La maggiore parte degli autori (Sacco, Sciolì, Natoli, Montel, ecc.) nega la possibilità della sua applicazione. "La ragione sta in ciò, che il proprietario offeso dall'alienazione *a non domino* è un proprietario non possessore, che ad ogni piè sospinto constata la limitazione che soffre il suo potere dominicale; mentre il vizio del

---

<sup>216</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.483

potere rappresentativo è un fenomeno estrinseco alla proprietà, regolato da norme sue proprie auto sufficienti. A torto, alcuni tendono a proteggere l'acquirente quando questo ritiene che l'alienante abbia il potere di disporre in nome proprio: ma la ragione che esclude l'efficacia dell'atto di disposizione del finto rappresentante vale anche per il terzo che tratti con colui che si presenta come mandatario del titolare, o come depositario a titolo di contratto estimatorio, o come creditore pignoratizio"<sup>217</sup>.

L'altro elemento della fattispecie è la consegna. La legge non richiede espressamente che la consegna provenga dall'alienante, ma la dottrina inserisce nella fattispecie questo requisito. Per realizzare la consegna, bisogna che l'alienante abbia il possesso o la detenzione della cosa. Circa al qual momento egli deve aver la disponibilità reale della cosa, alcuni autori (ad es. Scioli) ritengono che non è necessario che il dante causa abbia la disponibilità del bene al momento della formazione del titolo negoziale, essendo sufficiente che la consegna in tempo utili per effettuare la consegna all'acquirente"<sup>218</sup>. Così è alla fedeltà per la concezione della regola "possesso vale titolo" come applicazione del principio dell'apparenza giuridica, giustificata dal possesso od almeno dalla detenzione dell'alienante.

È pacifico che la consegna può essere diretta o indiretta, cioè essa può essere realizzata tra l'alienante e l'acquirente, o tra i rappresentanti di essi. La maggiore parte della dottrina si ritiene che "per non frustrare la ragione della norma che impone il requisito della consegna, ai fini dell'art. 1153c.c., tale elemento non si perfezioni quando l'inizio del possesso del bene da parte dell'acquirente è spiritualizzato (come avviene nel caso di costituito possessorio e di consegna delle chiavi): occorre una effettiva apprensione fisica del bene da parte dell'acquirente, personalmente o a mezzo di detentore che non sia l'acquirente. Si osservi che, effettuatosi il costituito possessorio o la consegna delle chiavi, l'acquirente avrà acquistato il possesso ad altri fini, ma non ai fini dell'acquisto della proprietà ai sensi dell'art. 1153"<sup>219</sup>. In altre parole, nel caso in esame si riconosce solo la consegna materiale, e non quello

---

<sup>217</sup> Id., p.485

<sup>218</sup> Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002, p.108

<sup>219</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.484

simbolico (salva la *traditio brevi manu*). Perché si ritiene che solo la consegna materiale possa rafforzare nell'acquirente la convinzione che l'alienante sia il dominus ed abbia la piena disponibilità della cosa (Cass. 17. 5. 1950 n°720). Però, alcuni autori ritengono che la disposizione esclusiva della cosa può aver luogo anche mediante i titoli, che, a nome delle leggi e degli usi commerciali, attribuiscono la disponibilità della cosa a chi abbia acquistato il regolare possesso di tali titoli. Quindi, hanno dedotto che nel caso in esame, per acquistare il diritto, non sia necessario il c.d. "possesso reale", sia sufficiente ogni forma di *traditio*, compresi il costituito possessorio e il possesso documentale. A mio avviso, la seconda opinione è più ragionevole. Già nel diritto romano, i modi di acquistare il possesso non erano limitati nella consegna reale, ma includevano gli altri modi speciali. Quei modi speciali sono le espressioni naturali delle attività quotidiane e commerciali, e non sono in conflitto con la natura del possesso. Quindi, oggi, quando interpretiamo il concetto della "consegna", non dobbiamo limitarci nel significato che era già superato dai giureconsulti romani.

Un'altra questione importante nell'argomento è la buona fede dell'acquirente. È pacifico, sia nella dottrina, sia nella giurisprudenza che il significato della buona fede nell'ipotesi dell'acquisto *a non domino* corrisponde all'art. 1147c.c.

"La buona fede rilevante, ai sensi dell'art. 1153c.c., per acquisto della proprietà di beni mobili da parte dell'acquirente *a non domino* è quella medesima buona fede a cui si riferisce l'art. 1147c.c.".

(Cass. 24. 6. 1995 n°7202)

Quindi la buona fede nel nostro esame è la convinzione che il tradens è effettivamente titolare del diritto reale che egli intende a trasferire. Il necessario richiamo all'art. 1147c.c. comporta la esclusione della buona fede nell'ipotesi di ignoranza dipendente dalla colpa grave. Al riguardo si è affermato che la buona fede è "incompatibile con colpa grave di colui che non si sia accorto della lesione dell'altrui diritto solo perché ha ommesso di usare quel minimo di comune diligenza che è proprio di ogni persona avveduta" (Cass. 24. 6. 1995 n°7202).

Nel III comma dell'1147c.c., si stabilisce che la buona fede è presunta e basta

che vi sia stata al tempo dell'acquisto. Tale regola si applica anche nel caso dell'acquisto dei diritti reali dei beni mobili *a non domino*. Si tratta di una presunzione relativa che ammette la prova contraria.

"La buona fede nel possesso all'acquirente *a non domino* di bene mobile, va presunta ai sensi dell'art. 1147c.c., con la conseguenza che spetta a chi rivendica il bene, al fine di escludere gli effetti di cui all'art. 1153c.c. in favore del possessore, di fornire la prova della mala fede o della colpa grave del possessore medesimo al momento della consegna".

(Cass. 16. 5. 1997 n°4328)

Nell'art. 1154c.c. si stabilisce che a colui chi ha acquistato conoscendo l'illegittima provenienza della cosa non giova l'erronea credenza che il suo autore o un precedente possessore ne sia divenuto proprietario. Da tale norma possiamo dedurre che la conoscenza dell'illegittimità del bene mobile esclude la buona fede dell'acquirente. Per l'illiceità della cosa non è necessario che sia procedibile l'azione penale per il perseguimento del reato, né è necessaria una sentenza di condanna in sede penale che abbia accertato il reato, basta solo sul piano della responsabilità civile, come un illecito spossessamento. Tale regola corrisponde alla tradizionale *prohibitio* dell'acquisto delle *res furtivae* nel diritto romano. Quando una persona prudente intende acquistare, essa sempre prova ad accertare la reale situazione giuridica dell'alienante e della cosa. Una persona onesta non acquista la cosa quando è cosciente della sua illegittimità, e alla persona l'acquista con tale coscienza non giova la buona fede. Si deve sottolineare che tale norma esclude la buona fede dell'acquirente chi ha la coscienza dell'illegittimità della cosa, ma non ne esclude per l'acquirente chi non ne ha tale conoscenza. Quindi l'acquirente chi non è cosciente dell'illiceità della provenienza della cosa può ottenere il diritto secondo l'art. 1153c.c. In altre parole, la conoscenza che noi trattiamo ora deve essere effettiva, anche se non è precisa (ad es. crede una cosa derubata come truffata), non basta il solo dubbio. Quindi anche se l'ignoranza dell'illegittimità è dovuta alla colpa grave, non si applica l'art. 1154c.c.

La regola stabilita nell'art. 1153c.c. si applica solo ai beni mobili, ma non ai tutti

beni mobili. Prima di tutto, esso non si applica ai beni demaniali, ad esempio i libri nella biblioteca pubblica, "per il combinato disposto degli artt.822 e 824c.c., le raccolte delle biblioteche, se appartenenti ai comuni, sono soggette al regime del demanio pubblico, caratterizzato, a norma dell'art. 823 c.c., dalla inalienabilità dei beni che ne fanno parte..." (Cass. 28. 8.1998 n°8589).

Salvi i beni demaniali, secondo l'art. 1156c.c., neanche le università di mobili e i beni mobili iscritti in pubblici registri non possono essere acquistati *a non domino*. Per quanto riguarda le università dei mobili, il punto più discusso è l'azienda. È pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza che l'azienda, come un tipo dell'università dei beni, non si può acquistare secondo l'art. 1153c.c.."L'azienda è considerata come un aggregato di beni, i quali conservano la loro individualità, ma subiscono una unificazione in considerazione della unitaria destinazione economica. Pertanto, in ragione della nozione legislativa, l'azienda può inquadrarsi nella categoria delle università di mobili. Ne consegue la inapplicabilità dell'art. 1153c.c., in virtù della disposizione contenuta nell'art. 1154c.c."<sup>220</sup>.

"Siccome la vendita di azienda costituisce una *universitas rerum*, essa resta sottratta dall'art. 1156c.c. alla regola "possesso vale titolo", di cui all'art. 1153".

(Cass. 6. 11. 1995 n°11531)

Alcuni tipi dei beni mobili (ad es. il veicolo), a causa della loro natura e importanza, sono richiesti dalle leggi ad essere iscritti nei pubblici registri, come beni immobili. Per tali beni, per trasferire i diritti reali su di essi, bisogna iscrivere il fatto di trasferimento nei pubblici registri. Se si alieni un bene mobile iscritto nel pubblico registro senza iscriverlo, l'acquirente non acquista la proprietà secondo l'art. 1156c.c..

In realtà si pone una questione circa i beni mobili iscritti, cioè per un bene che "dovrebbe" essere iscritto, ma in realtà non è iscritto, si può acquistare *a non domino* o no. Circa tale questione, la maggiore parte della dottrina e della giurisprudenza interpreta l'art. 1156c.c. in un senso tecnico, cioè tale articolo si applica solo ai beni mobili realmente iscritti nei pubblici registri.

---

<sup>220</sup> Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002, p.115

"Ai beni mobili soggetti ad iscrizione nei pubblici registri, ma di fatto non registrati, non si applica l'art. 1156, ma l'art. 1153c.c., che stabilisce il principio: il possesso di buona fede vale titolo".

(Cass. 16. 5. 1997 n°4328)

Nel III comma dell'art. 1153c.c., si prevede che l'effetto del I comma dello stesso articolo non è limitato solo ad acquistare la proprietà dei beni mobili, ma estende anche ai diritti dell'usufrutto, uso e pegno dei mobili. Per gli altri diritti reali, l'acquirente può acquistare non solo dal *non domino*, ma anche dal non titolare. Per esempio, siccome secondo la legge l'usufruttuario può alienare il suo diritto nella limitazione legale, quindi se un'acquirente di buona fede crede un non usufruttuario sia il vero titolare e potesse alienare il suo diritto, egli l'acquista secondo il III comma dell'art. 1153c.c..

### **3 L'usucapione**

Un'altro effetto giuridico del possesso è l'usucapione, cioè, come è definita nel cod. civ.it. del 1865, "un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da una obbligazione" (l'art. 2105). Infatti, la definizione precisa dell'usucapione è quella prima parte, la seconda parte (liberato da una obbligazione) significa la prescrizione, per la quale non trattiamo qui. Nel cod. civ. vigente, essa si trova in una sede più propria, quale è, appunto, quella degli effetti del possesso (l'art. 1158—1167), pur non dimenticando un notevole aggancio con il regolamento relativo alla prescrizione, attraverso il rinvio (contenuto nell'art. 1165) ad un considerevole numero di disposizioni che più specialmente a questa si riferisce.

L'usucapione esisteva già nel diritto romano. Si originava come integrazione di un titolo d'acquisto insufficiente a trasferire la proprietà per vizi di forma. Per esempio, nel diritto classico, il fondo era *res Mancipi*, per alienarlo, ci vuole la forma *Mancipatio* o *Cessio in iure*. Nel caso che l'alienante (anche se sia vero proprietario) lo concedeva con la semplice *traditio*, l'acquirente non poteva diventare il proprietario secondo l'*ius civile*. Per evitare il risultato iniquo, si introduceva

l'usucapione, secondo la quale l'acquirente in questo caso diventa il possessore dopo la *traditio*, e dopo anni del possesso tranquillo e pubblico, egli diventa il proprietario. Nel diritto giustiniano, la *mancipatio* non c'era più e tutte le cose si potevano alienare con la *traditio*. Però, l'usucapione si conservava e sviluppava nell'usucapione ordinaria di Giustiniano, che proteggeva anche il possessore *a non domino*, fondendo l'*usucapio* e la *longi temporis praescriptio*, esigendo però un titolo che la giustificava oggettivamente, e inoltre la buona fede.

"L'usucapione romana nel diritto medioevale, salve le limitazioni inerenti all'ordinamento feudale; il termine per usucapire era di 30 anni ed anche più. Anche qui erano necessari per usucapire il giusto titolo e la buona fede. La buona fede era richiesta come uno dei requisiti della usucapione, perché la società medioevale si sentiva poco protetta dallo Stato e perciò sentiva più urgente e impellente il bisogno di una più ampia tutela della proprietà. Successivamente, con lo sviluppo del diritto canonico, fu accresciuto l'elemento etico: mentre nel diritto romano era sufficiente la buona fede nel momento in cui era cominciato il periodo ad usucapionem, il diritto canonico enunciò il principio *mala fides superveniens nocet*. E questo per la prevalenza data del diritto canonico agli elementi etici"<sup>221</sup>.

La maggiore ragione per l'usucapione, come è ben dimostrato da Gaio, è "*bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium*" (D.41.3.1). Questa stessa esigenza di interesse pubblico o sociale alla quale, pressoché concordemente, anche oggi si fa riferimento. Si afferma, quindi, che l'usucapione tende ad eliminare l'incertezza derivante dalla non corrispondenza tra lo stato di diritto e lo stato di fatto. Ora, passiamo all'analisi dettagliata dell'usucapione secondo il contenuto del cod. civ. it. vigente.

### **3.1 L'usucapione ordinaria e i suoi requisiti**

Nell'art. 1158 e il secondo comma dell'art. 1161c.c., si stabiliscono le usucapioni

---

<sup>221</sup> Barassi, L., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p.412

ordinarie delle cose immobili e mobili: la proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni (l'art. 1158); se il possessore è di mala fede, l'usucapione (dei beni mobili) si compie con il decorso di venti anni (comma II. Art. 1161).

Dalle disposizioni che sono citate, si vede che l'usucapione è un modo di acquistare la proprietà e i diritti reali di godimento, il cui fondamento è il possesso dei beni mobili o immobili sui quali si fondano i diritti sopra menzionati."Requisito basilare dell'usucapione è il possesso: cioè è evidente nel nostro codice che disciplina l'usucapione nell'ambito degli effetti del possesso. L'importanza del possesso si spiega in ragione della fondamento dell'usucapione, quale modo di acquisto del diritto che favorisce chi utilizza il bene nel tempo al fronte del proprietario che lo trascura"<sup>222</sup>.

Per realizzare l'usucapione, il possesso deve essere inteso in senso tecnico: non è sufficiente, dunque, una mera detenzione.

"In caso di vendita simulata, che dissimuli una donazione inefficace perché effettuata da soggetto privo di mandato, il fittizio acquirente—cui sia stato materialmente trasmesso il bene simultaneamente compravenduto—deve considerarsi detentore nomine alieno (ex art. 1140c.c.) e quindi, non può acquistare la proprietà per usucapione se non provvede a mutare la detenzione in possesso secondo la previsione dell'art. 1141, comma II, c.c.".

(Cass. 19. 5. 1988 n°3484)

### **3.1.1 I requisiti del possesso: continuità, pacificità e pubblicità**

Il possesso è essenziale per l'usucapione. Ma qui il possesso deve corrispondere ai requisiti specifici, cioè la continuità, la pacificità e la pubblicità, come sono stabiliti nell'art. 1158"...in virtù del possesso continuato per venti anni"e nell'art. 1163"il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata".

---

<sup>222</sup> Tomassetti, A., *Il possesso*, UTET, 2005, p.601

Vediamo ora il primo requisito del possesso *ad usucapionem*, cioè la continuità. Si è discusso nella dottrina se il significato dell'aggettivo utilizzato nella disposizione normativa di cui all'art. 1158c.c. coincidesse con quello contenuto nell'art. 1170c.c. nella parte in cui richiede, ai fini dell'esperibilità dell'azione di spoglio, che il possesso sia "continuo". Secondo l'opinione dominante (Sacco, Tomassetti, ecc.), i concetti di continuità e continuatività sono sostanzialmente coincidenti. Infatti, il possesso continuo o continuato non significa il possesso esercitato mediante l'ingerenza assidua sul bene. "Al fine di stabilire se il possesso sia continuo, occorre aver riguardo destinazione del bene, in quanto il potere di fatto non è necessariamente incompatibile con l'intermittenza degli atti di godimento"<sup>223</sup>. In tale senso si è espressa anche la Suprema Corte, secondo la quale "la continuità del possesso va posta in relazione con la destinazione del bene che forma oggetto e l'intermittenza dei relativi atti di godimento, quando rivestono caratteri di normalità in relazione a detta destinazione, non esclude la persistenza del potere di fatto sulla cosa" (Cass. 12. 7. 2000 n°9238).

"La continuità della *possessio ad usucapionem* va correlata all'utilizzazione del bene che ne costituisce l'oggetto, sì che se è normale, in relazione ad essa, l'intermittenza dei relativi atti di godimento—come nel caso di non utilizzazione di un'area di parcheggio durante la circolazione dei veicoli—non esclude, in sé, la persistenza del potere di fatto sulla cosa".

(Cass. 23. 3. 1998 n°3081)

Salva la continuità, il possesso *ad usucapionem* deve anche essere pacifico e pubblico, cioè il possesso acquistato con il modo violento o clandestino non può condurre all'usucapione. Il motivo per tali requisiti è che "si vuole, infatti, che il soggetto, a cui svantaggio dell'usucapione opererebbe, abbia la possibilità di evitarla, facendo valere il proprio diritto per ottenere la restituzione della cosa; e che, perciò, la sua inerzia, che, come si è detto, concorre, favorendola, alla maturazione della stessa usucapione a favore del possessore, non sia dovuta all'influenza di cause esteriori

---

<sup>223</sup> Id., p.603

provenienti da quest'ultimo o delle quali costui abbia approfittato"<sup>224</sup>.

Per quanto riguarda la violenza, secondo la dottrina dominante, occorre una vera violenza fisica "*pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere*" (D.43.1.19.1) o almeno morale. Non bastano, quindi, "il semplice invito, pacificamente rivolto, di lasciare il fondo, il recarsi sul fondo ed impossessarsene, senza che il possessore presente si opponga, una discussione, in seguito alla quale il possessore si sia ritirato, quando il contegno dell'avversario non era seriamente minaccioso né eravi giusto timore di ingiusti mali"<sup>225</sup>. Comunque è utile l'insegnamento di Ulpiano "*vi possidere eum definiendum est, qui expulso vetere possessore adquisitam possessionem per vim optinet aut qui in hoc ipsum aptatus et praeparatus venit...ne prohiberi possit ingrediens in possessionem*" (D.43.16.18.1).

Quando, poi, fosse stata usata effettivamente la violenza, non avrebbe importanza che ciò fosse avvenuta immediatamente ad opera dell'interessato o per mezzo di terzi. Ma, non si avrebbe violenza, capace di viziare il possesso a sensi dell'art. 1163, se il possessore ad essa dovesse ricorrere per respingere eventuali atti di violenza altrui, come è dimostrato dai principi "*vim vi repellere*" e "*qui per vim possessionem suam retinuerit...non vi possidere*" (D.43.16.27.1).

Un'altro requisito per la *possessio ad usucapionem*, secondo l'art. 1163, è la pubblicità, cioè il possesso deve essere palese sin dall'inizio non solo per il possessore precedente, ma per tutti quanti. Quindi, "si ha pubblicità del possesso quando il suo acquisto ed il suo esercizio siano attuati in modo visibile ed esteriormente apprezzabile, in modo da rivelare l'*animus* del possessore di voler assoggettare la cosa al proprio potere o, comunque, la sua intenzione di comportarsi e farsi considerare titolare di quel diritto reale, cui corrisponde la concreta attuazione del potere di fatto"<sup>226</sup>.

Perché vi sia la clandestinità, non si richiede necessariamente una azione fraudolenta, ritenendosi sufficiente che la cosa sia occulta, tale cioè da sottrarsi dalla

---

<sup>224</sup> Natoli, U., *Il possesso*, Milano, 1992, p.254

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> Id., p.256

conoscenza dell'interessato e degli altri, in modo da impedirne di ottenere la conoscenza dello stato di possesso attuale della cosa.

Seconde l'art. 1163c.c., quando il possesso è stato acquistato in modo violento o clandestino, il termine dell'usucapione comincia a decorrere dal momento in cui è cessata la violenza o la clandestinità. L'onere della prova della sussistenza dei vizi del possesso grava sulla parte che abbia interesse contrario all'accertamento dell'avvenuta usucapione. È evidente che, qualora sia dimostrata l'esistenza di un vizio del possesso, sarà onere dell'usucapiente dimostrare la cessazione di tale vizio e, quindi, la cessazione della violenza o clandestinità.

### **3.1.2 Le interruzioni del possesso**

Abbiamo già dimostrato che la *possessio ad usucapionem* deve essere continuo e ininterrotto. Queste due esigenze sono simili, ma non sono uguali. Infatti, la continuità "è una connotazione dell'attività del possessore, che vien meno allorché questo volontariamente si astenga dal manifestare permanentemente il potere di fatto corrispondente all'esercizio del diritto reale, oggetto del possesso; l'interruzione deriva dall'attività del terzo che privi il possessore del possesso o dall'attività del titolare del diritto reale che, ascendo dallo stato dell'inerzia, compia un atto di esercizio del diritto (domanda giudiziale, atto di recupero del possesso, ecc.) " (Cass. 13. 12. 1994 n°10652).

Quindi, la continuità è un concetto più ampio. Quando il possesso si cessa per qualsiasi motivo, la continuità non esiste più. Invece l'interruzione deriva dal fatto naturale o l'atto dei terzi, solitamente contro la volontà del possessore. Nella dottrina, si distingue l'interruzione del possesso in due tipi, cioè l'interruzione naturale e l'interruzione civile.

La prima si stabilisce nell'art. 1167c.c., cioè "l'usucapione è interrotta quando il possessore è stato privato dal possesso per oltre un anno". Interruzione naturale significa l'interruzione del possesso dal fatto naturale (ad es. il fondo inondato dal fiume) o dall'atto non giustiziale del terzo (spoglio). Secondo l'art. 1167c.c. nel caso di privazione del possesso, il possesso è considerato ininterrotto se è stato recuperato

entro l'anno (I comma) o anche dopo, purché entro anno sia stata proposta l'azione diretta a recuperarlo (II comma).

Al contrasto dell'interruzione naturale è l'interruzione civile, che è disciplinata, nei limiti della compatibilità con l'istituto dell'usucapione, dall'art. 2945c.c., per effetto del richiamo operato dall'art. 1165c.c."le disposizioni generali sulla prescrizione, quelle relative alle cause di sospensione e d'interruzione e al computo dei termini si osservano, in quanto applicabili, rispetto all'usucapione".

"L'interruzione del possesso può essere naturale o civile. L'interruzione civile ha luogo a seguito di un atto avente efficacia giuridica interruttiva del decorso dell'usucapione. Il codice richiama le norme sull'interruzione della prescrizione, in quanto applicabili (l'art. 1165c.c.). Ad interrompere il possesso vale pertanto una domanda giudiziale proposta contro il possessore dal precedente possessore o dal proprietario, sempreché si tratti di domanda fondata. La giurisprudenza reputa invece insufficienti gli atti stragiudiziali di messa in mora del possessore"<sup>227</sup>. Secondo i primi tre commi dell'art. 2943, la prescrizione è interrotta dalla notifica dell'atto con il quale si inizia un giudizio o dalla domanda proposta nel corso di un giudizio, anche se il giudice adito è incompetente. Secondo la prevalente dottrina e la giurisprudenza, gli atti di questi tipi interrompono anche l'usucapione, perché essi hanno effetto o per scopo di far perdere il possesso a chi lo esercita. Invece l'atto di costituire in mora, avente effetto di interrompere la prescrizione (comma IV), non interrompe l'usucapione, perché secondo la sua natura, si applica solo nell'ambito obbligatorio.

"In tema di usucapione, il rinvio dell'art. 1165c.c. alle norme sulla prescrizione in generale, ed, in particolare a quelle relative alle cause di sospensione ed interruzione, incontra il limite della compatibilità di queste con la natura stessa di usucapione, con la conseguenza che non è consentito attribuire efficacia interruttiva del possesso se non ad atti che comportino, per il possessore, la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa oppure ad atti giudiziali siccome diretti ad ottenere *ope iudicis* la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapente; non sono,

---

<sup>227</sup> Tomassetti, A., *Il possesso*, UTET, 2005, p.605

invece, idonei come atti interruttivi del termine utile per l'usucapione la diffida o la messa in mora in quanto può esercitarsi il possesso anche in aperto contrasto con la volontà del titolare del diritto reale".

(Cass. 23. 11. 2001 n°14917)

L'art. 2944c.c. stabilisce che la prescrizione si interrompe dal riconoscimento del diritto dalla parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere. È pacifico nella dottrina dominante e nella giurisprudenza che tale articolo si applica anche all'interruzione del possesso ad usucapionem. Però, il riconoscimento deve corrispondere ai precisi requisiti, non potendo ritenersi sufficiente una mera dichiarazione di conoscenza: occorre, invece, che il possessore manifesti la "volontà" di riconoscere la controparte sia il titolare. In tale caso, si può ritenere che egli rinunci ad possesso, divenendo il detentore e rinunciando, di conseguenza, anche all'effetto acquisitivo.

"Affinché il riconoscimento del diritto reale sia idoneo a interrompere il termine utile per usucapire, non è sufficiente che il possessore con l'atto di riconoscimento mostri di conoscere il soggetto a cui appartiene il diritto da lui esercitato come proprio, ma si richiede che egli per il modo in cui questa conoscenza è rilevata o per i fatti nei quali essa è implicata, manifesti la volontà di attribuire il diritto reale al suo titolare".

(Cass. 7. 5. 1982 n°2842)

Secondo l'art. 2954c.c., per effetto dell'interruzione, si inizia un nuovo periodo per l'usucapione. Però, circa fino a quando si termina il periodo vecchio e da quando inizia quello nuovo, ci sono le differenze tra l'interruzione naturale e l'interruzione civile. Nella prima, si tratta della perdita di potere di fatto sulla cosa, e secondo l'art. 1167c.c., in caso di mancato recupero del bene entro un anno, viene meno il presupposto di fatto per l'acquisto del diritto per l'usucapione; se invece il possesso viene recuperato entro l'anno, l'interruzione si ha per non avvenuta ed il termine continua a decorrere comprendendo anche il periodo in cui il possesso era stato perduto. Se il possesso è recuperato dopo un anno, il nuovo termine per l'usucapione inizia dal tempo del recupero. L'interruzione civile, invece, fa cessare definitivamente il decorso del termine per l'usucapione: qualora venga meno, il termine ricomincia ex

novo, cioè dal momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio o dalla data dell'atto interruttivo, se il processo si estingue.

### **3.2 L'usucapione abbreviata**

Come abbiamo menzionato prima, per aver luogo l'usucapione ordinaria, la durata del possesso deve completare venti anni, e tale requisito si tratta sia dei beni immobili (l'art. 1158c.c.), che i beni mobili (l'art. 1161c.c.) e le università dei beni mobili (l'art. 1160c.c.). Tuttavia, lo stesso codice anche prevede alcuni tipi dell'usucapione speciale in cui la durata del possesso è abbreviata. Per esempio, in alcuni casi, l'usucapione dei beni immobili, mobili e le università dei beni mobili si compie in dieci anni (l'art. 1169, 1160, 1161c.c.); e l'usucapione dei beni mobili iscritti in pubblici registri si compie in tre anni (l'art. 1162c.c.). La ragione dell'usucapione abbreviata è che in tali casi l'usucapione si fonda non solo sul possesso continuo, pacifico e pubblico, ma anche sul titolo idoneo, la buona fede, e, causalmente, la trascrizione. In tali situazioni, l'esercizio della proprietà o un altro diritto reale di godimento dalla parte del possessore è più scusabile e quindi egli merita più favore dal diritto.

#### **3.2.1 Il titolo idoneo**

Nell'usucapione abbreviata, un titolo astrattamente idoneo all'acquisto del diritto esercitato in fatto dal possessore è necessario. L'idoneità deve sussistere in astratto, non potendosi mai ritenere idoneo in concreto a trasferire il diritto un atto dispositivo proveniente da soggetto non legittimo.

"Elemento oggettivo essenziale dell'usucapione abbreviata decennale di cui l'art. 1159c.c. è costituito dell'esistenza di un titolo idoneo a trasferire il diritto di proprietà (o altro diritto reale di godimento), intendendosi per tale quello che in astratto, se proveniente dal titolare, sarebbe sufficiente al trasferimento ed al conseguente acquisto immediato del diritto, e che in concreto, nel suo specifico contenuto, comporti un'esatta corrispondenza tra immobile dedotto nel titolo ed immobile posseduto, con l'effetto che non è titolo idoneo, ai sensi dell'art. 1159c.c., quello

relativo ad immobile in tutto o in parte (e per quella parte) diverso dall'immobile oggetto del possesso decennale; l'accertamento di tale corrispondenza si risolve in un'indagine di fatto, incensurabile in sede di legittimità se congruamente e correttamente motivata".

(Cass. 9. 6. 1983 n°3947)

"Peraltro, per quanto concerne il requisito della validità dell'atto, mentre deve escludersi che il negozio nullo possa costituire titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto, l'assunto non vale per il negozio annullabile. Il titolo affetto da tale tipo di invalidità, infatti, produce effetti fin quando non venga annullato ed è, pertanto, idoneo al trasferimento della proprietà. Il medesimo discorso vale per il contratto rescindibile, e ciò a prescindere dal discusso problema della riconducibilità di tale disfunzione del sinallagma contrattuale alla categoria dell'invalidità"<sup>228</sup>.

Salvo che il negozio deve essere valido, o almeno non è annullato, il contenuto del titolo deve corrispondere totalmente al contenuto del possesso. Ad esempio, se alienante (non titolare) ha ceduto la proprietà gravata da una servitù di un fondo all'acquirente, il possesso decennale del fondo come libero non produce, a favore dell'acquirente, l'acquisto della proprietà libera. Per acquistare la proprietà libera, in tal caso, ci vuole il possesso di venti anni, cioè si applica l'usucapione ordinaria.

### **3.2.2 La buona fede**

Nell'usucapione abbreviata, la buona fede è un'altro elemento necessario. Secondo la dottrina dominante, qui il significato della buona fede corrisponde al contenuto dell'art. 1147c.c., cioè la buona fede vuol dire l'ignoranza della lesione del diritto altrui. La colpa grave è sempre equiparata alla mala fede e la buona fede è sempre trattata come presunta.

La lettera della legge presenta la buona fede come elemento di qualificazione dell'acquisto, e presenta la fattispecie come una figura di acquisto da non titolare, la buona fede dovrebbe perciò essere richiesta al momento del negozio dell'acquisto. Se

---

<sup>228</sup> Id., p.615

il possessore diventa cosciente della lesione del diritto altrui durante la *possessio ad usucapionem*, l'usucapione non si interrompe, perché "*mala fides superveniens non nocet*".

Inoltre, "la buona fede non è esclusa, in via di principio, dalla precedente trascrizione di atti incompatibili. Anzi, l'istituto talora può rendere i suoi servigi rompendo con una catena di trascrizioni coerenti, per introdurre una nuova catena di trascrizioni divergenti dalla precedente; a seconda dei casi il soggetto in buona fede potrà anche non essere ritenuto in colpa grave per aver ignorato trascrizioni eseguite contro il suo dante causa"<sup>229</sup>.

### 3.3 Gli effetti dell'usucapione

In genere, l'acquisto per l'usucapione produce, se non ci sono motivi in contrario, l'effetto di ogni altro acquisto. Per mezzo dell'usucapione, il possessore diventa il titolare della proprietà o altro diritto reale di godimento che egli esercita in fatto in tutto il periodo del possesso *ad usucapionem*.

Infatti, tra gli effetti dell'usucapione, la questione più discussa nella dottrina è la c.d. *usucapio libertatis*, cioè nel caso che la proprietà è gravata i diritti reali minori, l'usucapiente ottiene la proprietà libera o limitata con il completamento del termine legale. Circa tale argomento, la maggiore parte della dottrina e la giurisprudenza assume l'atteggiamento negativo, cioè esclude che l'usucapione della proprietà del bene comporti la cancellazione degli eventuali diritti reali minori preesistenti. Si argomenta sulla base della inesistenza di una disposizione analoga a quella dettata con riferimento specifico alla fattispecie di cui all'art. 1153c.c., che espressamente sancisce il principio secondo il quale "la proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa". Il silenzio serbato dal legislatore vien interpretato come volontà di non estendere il richiamato principio all'usucapione (Natoli, Breccia, Busnelli, ecc.).

La giurisprudenza nega la cosiddetta *usucapio libertatis*, affermandosi, con riguardo alla servitù prediale, che il diritto minore "può estinguersi per prescrizione, e

---

<sup>229</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.504

non come effetto riflesso dalla usucapione da parte di un terzo del fondo servente, pure se posseduto come bene libero" (Cass. 20. 5. 1981 n°3505).

Però, ci sono anche gli autori chi assumono l'opinione diversa, ad es. il De Martino, secondo esso, l'usucapente può acquistare la cosa libera da diritti reali e da pesi, qualora la cosa sia stata posseduta come libera. Quindi, nel caso che un possesso ad usucapionem, atteggiandosi ad immagine del diritto di proprietà, è rispettoso di un diritto minore esercitato da un terzo su medesimo bene, l'usucapente, pur senza rinunciare alla propria presenza sulla cosa, limitando l'attività di godimento in ragione del concorrente diritto reale altrui, acquista la proprietà limitata da tal diritto reale. Invece, se l'usucapente possiede la cosa come libera, egli acquista la proprietà libera.

Però, non si può trovare il fondamento per siffatta opinione sia nella legislazione che nella giurisprudenza. Sebbene l'art. 3 della 1.346 / 1976, che riguarda l'usucapione speciale per la piccola proprietà rurale, sancisce, all'ultimo comma, la salvezza dei diritti acquistati dai terzi di buona fede da colui che ha ottenuto il riconoscimento giudiziale della proprietà, la giurisprudenza si ritiene che tale regola speciale non si può estendere ad altre situazioni.

"L'istituto dell'usucapione speciale agraria, di cui all'art. 1159 bis c.c., introdotta dalla 10 maggio 1976 n°346, non può indurre alla configurazione dell'*usucapio libertatis* e riguarda esclusivamente, in quanto finalizzato, a favorire la piccola proprietà rurale, "un fondo rustico con annessi fabbricati", ossia una ben individuata entità agricola, destinata ad una propria vicenda produttiva".

(Cass. 26. 3. 1986 n°2159).

## Capitolo VIII Le azioni possessorie

Nel capitolo precedente abbiamo discusso gli effetti giuridici del possesso nel codice civile italiano vigente. Però, come abbiamo dimostrato nella prima parte, fin dal tempo del diritto romano, esisteva un'altro effetto giuridico importante del possesso, cioè la tutela possessoria. A causa della sua posizione rilevante e indipendente, in genere si tratta in una parte separata nel campo del possesso. Così, nel capo III del titolo possessorio nel vigente codice civile italiano si prevedono particolarmente le azioni per la tutela del possesso.

A grandi linee, le azioni possessorie italiane di oggi ancora seguono la tradizione romana. Le due azioni possessorie, cioè l'azione di reintegrazione e l'azione di manutenzione, corrispondono ai due tipi basilari degli interdetti romani, cioè *interdictum recuperandae possessionis* e *interdictum retinandae possessionis*. Però, questo non significa che il diritto romano è la fonte unica dell'istituto della tutela del possesso di oggi. Infatti, anche il diritto medioevale ha influito profondamente le azioni possessorie. Per esempio nell'azione di reintegrazione la difesa si applica anche alla detenzione e allo spoglio non violento, i quali sono derivati dal diritto medioevale e ignoti al diritto romano. Da tale punto di vista, possiamo dire che nella tutela possessoria di oggi, gli elementi delle diverse fonti funzionano nello stesso tempo per realizzare lo scopo di corrispondere bene le esigenze pratiche della società moderna.

Rispetto alla tutela dei diritti, una caratteristica della tutela possessoria è che "la lesione del possesso si sostanzia nel pregiudizio del rapporto tra il soggetto e l'oggetto e non necessita di alcuno titolo in grado di giustificare tale relazione"<sup>230</sup>. L'oggetto della tutela è costituito dalla relazione tra la persona e la cosa, e tale relazione, per definizione, non rimanda ad alcun titolo né ha bisogno di appoggiarsi ad esso. Il rapporto materiale con il bene viene considerato dalla legge come il presupposto di una serie di conseguenze a favore del soggetto che in esso si trova, senza riguarda alla circostanza che egli sia o meno investito di una situazione soggettiva di "avere" riferito al bene. Tale opinione è consentita anche dalla giurisprudenza.

---

<sup>230</sup> Tomassetti, A., *Il possesso*, UTET, 2005, p.283

"L'esame del titolo è precluso nei giudizi possessori quando è diretto a fare valere il diritto di possedere".

(Cass. 17. 12. 2004 n°24026)

Nel cod. civ. it. vigente, ci sono due azioni speciali per la tutela del possesso. Le discutiamo separatamente in dettaglio nella parte seguente.

## **1 L'azione di reintegrazione**

### **1.1 Legittimazione attiva**

Chi è stato violentemente o occultamente spogliato del possesso può, entro anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo.

L'azione è concessa altresì a chi ha la detenzione della cosa, tranne il caso che l'abbia per ragioni di servizio o di ospitalità (I e II comma dell'art. 1168c.c.).

Il contenuto dell'azione di reintegrazione si esprime nella disposizione che abbiamo citato sopra. In tale articolo, si vede che prima di tutto, per esercitare tale azione, bisogna esistere un possesso, cioè un possesso che corrisponde alla definizione dell'art. 1140. In quest'articolo non si distinguono gli oggetti del possesso, quindi tale azione si applica sia al possesso dei mobili che al possesso degli immobili. Secondo il primo comma dell'art. 1145, il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto. Da questo punto di vista, i beni demaniali sono le cose extracommercium i quali non possono essere l'oggetto della proprietà privata, quindi, su di essi non può essere neanche il possesso. Però, nel comma seguente, si prevede che tuttavia nei rapporti tra privati è concesso l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle provincie e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico. Quindi, si può dedurre che anche se chi esercita il potere di fatto sui beni demaniali non è il possessore, però la legge gli concede eccezionalmente l'azione di spoglio per le ragioni pratiche. Egli gode il diritto di reintegrazione non è perché egli è detentore, ma perché è permesso dalla disposizione speciale della legge.

Nel secondo comma dell'art. 1168 si trova una particolarità. Nel capitolo

precedente abbiamo trattato parecchi effetti giuridici del possesso, una cosa comune tra essi è che tutti mirano al possesso. Però, qui, nell'azione di reintegrazione il detentore e il possessore si equivalgono nel senso che anche il detentore chi non detiene la cosa a causa del servizio o ospitalità può essere protetta dall'azione di reintegrazione. La ragione di tale ampliamento è ovvia: fare il più possibile per frenare la violenza. Però, circa la ragione per cui si escludono i detentori di servizio o ospitalità, ci sono diverse opinioni. Secondo l'opinione dominante i detentori per ragioni di servizio e ospitalità non godono l'azione di reintegrazione perché gli manca un interesse proprio e indipendente. "Sarebbe dunque l'elemento dell'interesse o il tipo di esso quello che determina la legittimazione attiva del detentore alla reintegra". "La legittimazione di agire in reintegra contro il possessore responsabile di spoglio violento o clandestino vada stabilita non solo e non tanto sulla base dell'autonomia o non autonomia della detenzione, ma in virtù di risultati di un indagine attinente al grado gerarchico della detenzione sul filo della qualificazione dell'interesse che la sorregge; interesse che, se proprio del detentore, legittima la reintegra; se appartenente al possessore, nel cui nome il detentore ha la disponibilità della cosa, la esclude: al primo tipo d'interesse andrebbero ascritte figure come quelle del conduttore, l'appaltatore, il comodatario, l'affittuario o il mezzadro ed altri del genere; al secondo i casi del mandatario, dell'amministratore, del gestore et similia, ai quali non sarebbe concessa l'iniziativa, per usare un termine della relazione della commissione del codice, di agire nel detto senso in vista de basso grado del loro interesse e della loro autonomia"<sup>231</sup>.

Però, ci sono anche i dissensi. Per esempio, secondo il Levoni, l'interesse non è la spiegazione giusta per esclusione del detentore per ragioni di servizio od ospitalità dall'azione di reintegrazione. Perché "l'interesse è definito come l'elemento costituente la materia del diritto soggettivo o lo scopo secondario, personale e concreto perseguito alla norma. E tutto questo prima d'oggi altro rilievo, appartiene rigidamente alla struttura del diritto soggettivo, non mai al fenomeno di fatto,

---

<sup>231</sup> Alberto Levoni, *La tutela del possesso*, Milano, 1979, p.210

compresso e giuridicamente apprezzabile finché si voglia, ma sempre materiale"<sup>232</sup>.

## 1.2 La legittimazione passiva

Dal primo comma dell'art. 1168c.c., si vede che l'azione di reintegrazione mira al "autore" dello spoglio. Dal significato letterale, "autore" vuol dire la persona chi ha esercitato l'atto violento o occulto con il quale il possesso è stato spogliato. Questo è il senso più basilare. Invece dobbiamo considerare che in realtà ci sono anche le situazioni più complicate. Per questo motivo, alcuni autore ritengono che bisogna distinguere l'autore materiale e l'autore morale. "Autore materiale" è colui chi ha materialmente compiuto la lesione ad il possesso, può aver agito di propria iniziativa o sul mandato di un altro soggetto. E necessario che egli sia fornito la consapevolezza della lesione del possesso altrui, unitamente alla coscienza del carattere violento o occulto degli atti lesivi.

"Autore morale", invece, significa il mandante, vale a dire il soggetto che ha programmato la lesione del possesso, servendosi, nella successiva fase esecutiva, di altra persona per il materiale esercizio dell'illecito<sup>233</sup>, "è quindi autore morale colui il quale abbia ordinato lo spoglio. E' considerato mandante altresì colui il quale abbia autorizzato o deliberato gli atti in cui si concreta lo spoglio. La sua preventiva approvazione concreta oggettivamente un rapporto causale all'evento lesivo". Secondo la giurisprudenza, non importa se l'autore morale abbia approfittato o no dall'atto dello spoglio.

Nel caso che l'autore morale abbia mandato o ordinato un'altro, cioè l'autore materiale, a compiere l'atto di spoglio, essi (l'autore morale e materiale) si devono assumere la responsabilità solidale. Perché secondo l'art. 2055c.c., se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido ad risarcimento del danno. Secondo la dottrina e la giurisprudenza, la norma, applicabile anche alla fattispecie dello spoglio in virtù del suo inquadramento nella categoria dell'illecito aquiliano, fuga ogni dubbio in merito alla contestuale esperibilità dell'azione di reintegrazione

---

<sup>232</sup> Id., p.211

<sup>233</sup> Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002, p.241

nei confronti dell'autore morale e materiale della lesione possessoria.

Sebbene essi si assumono la responsabilità solidale, la giurisprudenza di legittimità concordemente esclude il litisconsorzio necessario tra loro. Possono essere convenuti in giudizio anche separatamente. In tale caso il passaggio in giudicato della sentenza che eventualmente accerti la responsabilità di uno dei due non preclude, un ulteriore giudizio, finalizzato a verificare la sussistenza di analoga responsabilità a carico dell'altro soggetto solidalmente responsabile<sup>234</sup>.

"Quando il fatto lesivo del possesso sia riferibile a diversi soggetti, l'uno dei quali esecutore e l'altro autore morale, sussiste la legittimazione passiva di entrambi, ma non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario, potendo la pretesa essere coltivata nei confronti di uno solo dei responsabili".

(Cass. 3. 9. 1993 n°9297)

Nei paragrafi precedenti abbiamo dimostrato che l'autore (sia materiale che morale) sia colui al quale mira l'azione di reintegrazione, come è deposto nel I comma dell'art. 1168c.c. Però, in realtà la legittimazione passiva ha subito dilatazione ad opera della legge stessa e in altro caso anche dell'esegesi dottrinale. La dilatazione vorrebbe tuttavia essere coerente con fondamentale art. 1168 riallacciando in qualche modo la dilatata legittimazione passiva allo spoglio in forma di partecipazione, la quale si riferirebbe alla conseguenza<sup>235</sup>.

Secondo l'art. 1169c.c. "la reintegrazione si può domandare anche contro chi è nel possesso in virtù di un acquisto a titolo particolare, fatto con la conoscenza dell'avvenuto spoglio". Questo è una dilatazione rispetto al contenuto del I comma dell'art. 1168. Secondo questa disposizione il possessore o detentore spogliato può essere protetto anche contro colui chi abbia profittato consapevolmente dallo spoglio acquistando la cosa sottratta. Quindi la legittimazione passiva include anche l'acquirente di mala fede a titolo particolare. Però, siccome la generale presunzione della buona fede è contenuta del III comma dell'art. 1147, l'attore deve presentare la prova della mala fede dell'acquirente, cioè la sua consapevolezza del fatto dello

---

<sup>234</sup> Id., p.244

<sup>235</sup> Barassi, L., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p.311

spoglio nel momento dell'acquisto.

### 1.3 Lo spoglio

Nel primo comma dell'art. 1168 è disposto che chi è stato violentemente o occultamente spogliato del possesso può richiedere la reintegrazione. Però la legge non ha dato il significato preciso del concetto del spoglio. Secondo l'opinione dominante nella dottrina, lo spoglio significa la privazione totale o parziale del possesso o della detenzione. E tale privazione deve essere portata dal comportamento di un agente. Nel caso che l'evento naturale sottrae alla persona il potere di fatto sulla cosa, la privazione proprio non c'è. Inoltre, "lo spoglio deve anche creare uno stato di fatto diverso da quello anteriore allo spoglio stesso, cioè implica una condotta del convenuto, tale da aver provocato l'cambiamento di una situazione di fatto"<sup>236</sup>. Però, questo non significa che nello spoglio bisogna lo spogliatore prendere il potere di fatto della cosa sostituendo lo spogliato. Infatti, basta che egli sottrae il potere di fatto sulla cosa dallo spogliato, anche se alla fine tale potere appartiene ad un terzo o a nessun, "non essere necessario ad integrare lo spoglio il passaggio del potere di fatto dallo spogliato allo spogliante, essendo invece sufficiente che il potere di fatto venga meno nel primo"<sup>237</sup>.

Per lo spoglio la giurisprudenza anche richiede che la lesione sia attuale e duraturo. La lesione momentanea, fuggevole, quelle i cui effetti si presentano come remoti nel tempo, quella che comporti un mero pericolo per il potere della vittima, potrà essere considerata al titolo di molestia, ma non costituirà lo spoglio.

"Per la configurabilità dello spoglio non è necessario che la privazione del possesso abbia carattere definitivo o permanente, essendo sufficiente che si manifesti con carattere duraturo, ossia che essa non si rilievi di per sé come mero impedimento di natura provvisoria o transitoria, ma si presenti come destinata a permanere per una durata apprezzabile del tempo".

(Cass. 20. 4. 1993 n°4628)

---

<sup>236</sup> Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000, p.276

<sup>237</sup> Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962, p.131

Nella dottrina e la giurisprudenza, si discute anche l'*animus spogliandi*, cioè un intento nel fatto stesso della materiale privazione del potere di fatto altrui. L'*animus spogliandi* è l'elemento soggettivo della condotta lesiva dello spogliatore. Anche se non è menzionato nella legge, non si nega la sua funzione costitutiva nella nozione di spoglio sia nella dottrina che nella giurisprudenza.

"In tema dell'azione di spoglio, l'accertamento del giudice deve riguardare non soltanto l'elemento oggettivo della privazione, totale o parziale, del possesso avvenuta violentemente o clandestinamente (da provarsi da parte dell'attore del giudizio possessorio), ma anche il correlato elemento soggettivo (il c.d. *animus spogliandi*), il quale può legittimamente ritenersi insito nel fatto stesso di privare del godimento della cosa, contro la volontà del possessore (espressa o tacita), indipendentemente dalla convinzione dell'agente di operare secondo il diritto ovvero con il proposito di ripristinare la corrispondenza tra la situazione del fatto e la situazione del diritto; la esistenza del detto elemento soggettivo può, pertanto, venir escluso quando sia provata, da parte di convenuto nel giudizio possessorio, il proprio ragionevole convincimento circa il consenso del possessore alla modificare o alla privazione del suo possesso".

(Cass. 20. 12. 1997 n°13101)

L'*animus spogliandi* è un elemento indispensabile per costituire lo spoglio. perché"lo spoglio è, di solito pacificamente idoneo a costituire l'evento genetico di un possesso nuovo, che inizia nello spogliatore nel momento stesso dell'usurpazione; e non si saprebbe invero come fare coincidere l'acquisto del possesso da parte di un determinato soggetto con estrinsecazione di un mero comportamento materiale privo di volontà, né come decapitare l'psicologico del possesso, facendolo decorrere da un tempo successivo all'impossessamento concreto, quasi che l'agente dapprima, con un contegno soltanto fisico—meccanico, acquistasse la pratica disponibilità del bene e solamente dopo insediamento sovra esso incominciasse a volere possedere o detenere"<sup>238</sup>. Quindi, da punto di vista logico, lo spoglio, come quasi qualsiasi atto

---

<sup>238</sup> Alberto Levoni, *La tutela del possesso*, Milano, 1979, p.260

significativo nel diritto civile, non può essere senza l'elemento soggettivo. I comportamenti che non contengono nemmeno minimo volontarietà umana sono considerati dalla legge solo nei casi specialmente disposti (come nei casi della responsabilità oggettiva extracontrattuale). E l'azione di reintegrazione non è uno dei tali casi.

Abbiamo già dimostrato che l'*animus spogliandi* è un elemento costitutivo della nozione dello spoglio. Però, qual è il significato preciso dell'*animus spogliandi*? Nella dottrina, si discute tale questione con il riferimento dell'atto illecito extracontrattuale. Si ritiene che per integrare l'*animus spogliandi* occorre la volontà dolosa o colposa di compiere il fatto illecito dello spoglio, anche se il soggetto non ha l'intenzione speciale di ledere l'altrui possesso, purché sappia o possa sapere che agisce contro la volontà espressa o tacita del possessore. Tale opinione è condivisa anche dalla parte della giurisprudenza, secondo la quale, l'*animus spogliandi* consiste nella consapevolezza di operare violentemente o occultamente in danno del possesso o della detenzione dello spogliato, e non è necessario che sussista l'intenzione specifica di arrecare pregiudizio o che lo spoglio costituisca lo specifico fine dell'agente.

L'azione di integrazione mira all'atto dello spoglio, però non al qualsiasi atto dello spoglio, ma, secondo la legge, solo all'atto violento o clandestino dello spoglio. Quindi, per potere applicare tale azione, l'atto dello spoglio deve essere fornito almeno uno delle due caratteristiche menzionate dalla legge, cioè la violenza o la occultazione. In prima, la giurisprudenza considerava che lo spoglio violento sia qualsiasi azione, che produce la privazione totale o parziale del possesso o della detenzione contro la volontà, espressa o anche solo presunta, del precedente possessore o detentore, ancorché non vi concorrano veri o propri atti di violenza materiale.

"La violenza dello spoglio sussiste quando l'autore pone in essere un comportamento che produce la privazione totale o parziale del possesso【...】contro la volontà espressa o solo presunta del possessore 【...】 , sebbene non vi concorrano veri atti di violenza materiale".

(Cass. 13. 2. 1987 n°1577)

Però, quest'opinione ha subito la critica dalla parte della dottrina. Secondo la maggiore parte di essa bisogna distinguere lo spoglio violento e lo spoglio semplice. Ogni azione di spoglio sarebbe contro la volontà del possessore o detentore. Se intendiamo anche lo spoglio violento in tale senso, tutte le azioni di spoglio darebbero gli spogli violenti. Dall'art. 1168 e 1170c.c., si vede che il legislatore non intendeva così. "E' chiaro infatti non essere concepibile che la legge consideri illegittimo uno spossessamento che non urti contro la volontà del possessore; ed è di pari chiaro che, se la legge prende in considerazione tanto lo spoglio non violento quanto lo spoglio violento, lo spoglio violento deve essere qualche cosa di più grave dello spoglio non violento. E poiché quest'ultimo, come si è detto, è spoglio contro la volontà del possessore, il primo deve necessariamente essere accompagnato da vera e proprio violenza"<sup>239</sup>.

L'opinione dottrinale ha prodotto l'influenza nella giurisprudenza. Nelle sentenze più recenti della Cassazione il requisito della violenza è stato ravvisato nella contraria dello spoliatus. La violenza non deve essere sempre fisica e materiale, può essere anche morale. Infatti, già nella codificazione giustiniana, il procurato timore, la violenza morale è considerato come violenza. La violenza materiale è una forza caratterizzata dalla energia fisica, e in genere produce il pregiudizio fisico di una persona o cosa. La violenza morale, invece, non c'entra con l'energia fisica, ma è solo minaccia verbale. È pacifico nella dottrina e la giurisprudenza che la violenza morale può equipararsi alla violenza fisica. Però, si deve notare una differenza. La violenza morale, non come quella fisica, non può indurre direttamente lo spoglio. Essa influisce il volere del possessore. Quando il possessore ha denunciato il suo possesso per il timore causato dalla minaccia, si può dire che tale violenza ha causato lo spoglio.

Per quanto riguarda lo spoglio clandestino, le situazioni sono meno difficili. Lo spoglio si considera clandestino quando si consuma di nascosto, vale a dire all'insaputa del possessore. È ritenuto dalla giurisprudenza che affinché possa

---

<sup>239</sup> Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962, p.137

ravvisarsi l'elemento della clandestinità è necessario che il possessore si sia trovato nella oggettiva impossibilità di venire a conoscenza della condotta spogliatrice, usando diligenza ordinaria.

"Al fine di ritenere l'esistenza di uno spoglio occulto o clandestino è necessario non tanto che il possessore abbia ignorato il fatto, ma soprattutto che egli si sia trovato nella impossibilità di averne cognizione".

(Cass. 4. 2. 1998 n°1131)

"La clandestinità, riferita al momento effettuale dello spossessamento, ricorre tutte le volte in cui questo sia stato posto in essere mediante atti che non siano venuti e non potevano venire a conoscenza dello spogliato. Per cui cioè che è rilevante non è tanto che il possessore abbia ignorato lo spoglio, ma soprattutto che egli, usando la diligenza normale e avuto riguardo alle concrete circostanze in cui lo spoglio si è verificato ed è stato mantenuto, si sia trovato nell'impossibilità di averne conoscenza".

(Cass. 4. 2. 1998 n°1131)

Quindi, secondo la giurisprudenza, la non conoscenza del fatto dello spoglio non dipende solo dalla situazione soggettiva, ma anche dal criterio oggettivo. Se una persona poteva accorgersi lo spoglio del suo possesso, usando la diligenza normale, però, a causa della sua omissione, non riesce a accorgersene, lo spoglio clandestino non sussiste.

Nello spoglio clandestino, il fatto che le altre persone, diverse dallo spogliato, hanno saputo lo spoglio del possesso non ha importanza. Basta che lo spogliato si trova nella situazione di insaputa."La clandestinità deve essere valutata con esclusivo riferimento al soggetto passivo dello spoglio" (Cass. 4. 2. 1998 n°1131).

Per quanto riguarda la terminazione della insaputa, la giurisprudenza ritiene che quando la conoscenza del fatto dello spoglio sia aggiunto allo spoglio o alle persone chi gli rappresentano in qualsiasi modo, la clandestinità sia terminata. Per la parola "rappresentare", può ritenersi sufficiente un rapporto di qualsiasi natura in virtù del quale sia oggettivamente configurabile una comunanza di interessi tra il possessore ed il terzo. Dal giorno in cui è terminata la insaputa, decorre il termine (un anno) per

chiedere l'azione di reintegrazione.

## **2 L'azione di manutenzione**

### **2.1 La legittimazione attiva**

Un'altra azione speciale possessoria è l'azione di manutenzione. "Chi è stato molestato nel possesso di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di un'università di mobili può, entro anno della turbativa, chiedere la manutenzione del possesso medesimo. L'azione è data se il possesso dura da oltre un anno, continuo e non interrotto, e non è stato acquistato violentemente o clandestinamente. Qualora il possesso sia acquistato in modo violento o clandestino, l'azione può nondimeno esercitarsi, decorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata" (I e II comma dell'art. 1170c.c.). Diversa dall'azione di reintegrazione, l'azione di manutenzione mira ai comportamenti di molestia o turbativa, di fatto o di diritto, cioè "uno o più atti che, compiuti contro la volontà del possessore e con l'intenzione di agire contro di lui ostacolano il possesso o mutano o limitano il modo con cui veniva precedente esplicato, anche senza implicare una pretesa ad esso contraria ed anche senza che in molestante affermi per sé un possesso contrario"<sup>240</sup>.

Dalle disposizioni della legge si vedono alcune differenze importanti nelle legittimazioni attive tra tali due azioni possessorie. Prima di tutto, l'azione di manutenzione è concessa solo al possessore, invece l'azione di reintegrazione è concessa sia al possessore che al detentore (salvo a ragioni di servizio e ospitalità). Inoltre, l'azione di manutenzione si applica solo al possesso degli immobili, del diritto reale sopra un immobile o di un'università dei mobili, è escluso il possesso del singolo mobile. La ragione di tale scelta del legislatore, secondo l'opinione più diffusa, è che i mobili sono in genere di valore minore economico e sociale, rispetto gli immobili, e più facile d'alterare. La concessione della tutela di manutenzione provochi la preoccupazione che può intralciare la libera circolazione della cosa, destinata per la sua stessa natura a passare rapidamente di mano in mano, bastando

---

<sup>240</sup> Id., p.539

all'acquirente dei mobili il possesso di buona fede. Il consentire l'azione di manutenzione non sarebbe stato né giusto né opportuno. Ed inoltre, in realtà, è molto difficile concepire una vera molestia al possesso mobile. Però, secondo alcuni autori, queste ragioni non sono plausibili. Perché nella società moderna esistono i mobili il cui valore e la cui funzione economico—sociale superano quelli di beni mobili. E non c'è nessuna prova sicura che la tutela di manutenzione impedisce la libera circolazione dei beni mobili. Ritengono che tale regola abbia costituito una derivazione di un sistema di protezione possessoria organico e coerente. Quindi, bisogna estendere la sfera dell'applicazione dell'azione di manutenzione, almeno ai mobili soggetti a registrazione.

Un'altro requisito è che per applicare tale azione, il possesso deve aver durato almeno un anno, continuo e non interrotto. Questo requisito è "frutto di una scelta di politica legislativa, che non rappresenta né una costante nella storia dell'istituto né un elemento comune alle codificazioni contemporanee. La regola, che non figurava nell'art. 554 del progetto preliminare, ed è stata introdotta in sede di approvazione, si giustifica con la considerazione che il passaggio di un anno consolida qualsiasi possesso, anche se viziosamente acquistato, mentre un possesso infrannuale? andar soggetto ad un'azione di reintegrazione da parte di un autentico ed originario possessore, il che basta a sconsigliare l'opportunità di una difesa contro la molestia"<sup>241</sup>. Secondo l'opinione comune, la durata di un anno va verificata, non già al momento della proposizione dell'azione, bensì a quello del fatto lesivo del possesso. Quindi, se il possessore ha già posseduto per un anno nel momento in cui va verificata la molestia, egli può chiedere la protezione di manutenzione. Se l'atto della molestia ha un carattere duraturo, basta che nel momento della terminazione dell'atto turbativo il possesso si compisce un anno. L'anno va calcolato secondo i consueti criteri e valgono anche le regole che riguardano la *successio* e l'*accessio possessionis*.

Sebbene dal punto di vista legislativo, si distinguono le parole continuità e non interruzione (la prima è uno stato unito o assiduo per un'abitudine riferibile al

---

<sup>241</sup> Levoni, A., *La tutela del possesso*, Milano, 1979, p.374

soggetto dell'azione, mentre la seconda designa la mancanza di un'azione esterna che tronchi o sospenda quel che sarebbe, per sua natura o tendenza, continuo), però sotto il profilo della disciplina possessoria è innegabile l'inutilità della distinzione, purché tanto un possesso continuo quanto un possesso ininterrotto significano semplicemente negli effetti un possesso conservato. Sarà dunque continuo e ininterrotto, ai fini della difesa contro la molestia, quel possesso che per l'intero anno precedente si sia conservato con la persistenza dell'elemento volitivo e con quelle consuete attività pratiche.

L'ultimo requisito della legittimazione attiva dell'azione di manutenzione è che l'acquisto del possesso sia avvenuto in modo né violento né clandestino. Secondo il legislatore, la molestia configura una lesione del possesso sicuramente meno grave dello spoglio, per cui è apparso opportuno accordare il relativo rimedio soltanto a vantaggio di quei possessori più meritevoli sul piano dei rapporti sociali. Dunque, diversamente dall'azione di spoglio, quella di manutenzione non può essere esercitata qualora il possesso sia stato conseguito in maniera violenta o clandestina. Per non fare la regola troppo rigida, il legislatore non esclude la possibilità della sua applicazione per il possessore chi ha iniziato il possesso in modo violento o clandestino: qualora il possesso sia stato acquistato in modo violento o clandestino, l'azione può nondimeno esercitarsi, decorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata. La ragione di tale temperamento è che il possesso iniziato violentemente o clandestinamente si è consolidato dopo l'esercizio pacifico e pubblico di un anno intero. In questo caso, tale possessore merita la tutela contro le molestie, altrimenti sarà in sfavore del mantenimento della pace sociale.

"Quando alla cessazione della violenza o della clandestinità, ai fini del decorso dell'anno del possesso, oltre il quale l'azione è esperibile, v'è da dire che la violenza potrà ritenersi cessato solo quanto siano esaurite tutte le sue residue manifestazioni, incluse quelle non fisiche o minatorie o intimidatorie, che possono sperimentarsi al fine di dissuadere il soggetto spossessato dal compiere tentativi di recupero; e che non è più clandestino il possesso che si continua ad esercitare pur non pubblicamente, ma in modo ordinariamente percepibile, secondo la natura e destinazione ordinaria della

cosa e secondo le normali frequentazioni dei terzi nel contesto sociale entro il quale il possesso si esplica: anche, quindi, in luoghi chiusi o non esposti al pubblico"<sup>242</sup>.

L'azione di manutenzione, come quella di reintegrazione, può essere proposta solo entro un anno dal giorno in cui vengono verificati gli atti lesivi.

## **2.2 La legittimazione passiva**

Come l'azione di reintegrazione, anche l'azione di manutenzione mira all'autore dell'atto molesto. Anche qui s'intende per l'autore non solo chi abbia materialmente o personalmente attuato la produzione della turbativa, ma anche il complice, l'istigatore, l'organizzatore ed il profittatore di essa, quello che viene chiamato comunemente "autore morale". Per quando riguarda l'acquirente a titolo particolare, la maggiore parte della dottrina non acconsente che l'art. 1169c.c. possa estendere anche all'azione di manutenzione. Perché tale articolo è particolare e eccezionale di natura, quindi un'interpretazione analogica non sembra adatta.

La nozione della molestia non è definita dalla legge. Secondo la dottrina e la giurisprudenza, "la molestia si rivolge contro l'attività di godimento del possessore, disturbandone il pacifico esercizio, ovvero rendendole disagevole e scomoda, ma senza svuotare di contenuto la situazione possessoria lesa. Si tratta perciò di una aggressione alla sfera del possesso altrui meno grave dello spoglio. Il termine ricomprende quindi tutte le condotte che turbano il godimento del bene, senza tuttavia sopprimere, neanche parzialmente, il rapporto di ingerenza tra il possessore e la cosa"<sup>243</sup>.

"Nella nozione di spoglio rientrano gli atti del terzo che privano il possessore o il detentore della disponibilità o del godimento dell'intera cosa o di una sua parte, mentre nella nozione di molestia vanno compresi gli atti che non incidono sulla consistenza materiale della cosa, ma hanno lo scopo di impedire l'esercizio del potere di fatto su di essa o di rendere l'esercizio stesso più difficoltoso o meno comodo".

(Cass. 28. 7. 1986 n°4835)

---

<sup>242</sup> Id., p.382

<sup>243</sup> Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002, p.270

Non tutti gli atti molesti sono uguali. Infatti ci sono due tipi diversi: l'uno è la molestia di fatto, che turba materialmente il possesso; l'altro è la molestia di diritto, che consiste in atti giudiziali o stragiudiziali, cioè quello che contesta l'altrui possesso<sup>244</sup>. Tale distinzione si riconosce anche dalla giurisprudenza, secondo la quale, il primo si esplica, "mediante un'attività materiale che incida su uno stato di fatto attuale" (Cass. 8. 2. 1989 n°783); mentre il secondo si sostanzia in una "opposizione all'esercizio dell'altrui possesso, la quale, per senza determinare un mutamento oggettivo e concreto nello stato di fatto, si risolva in una menomazione del potere di possessore" (Cass. 8. 2. 1989 n°783).

"Ai fini dell'azione possessoria di manutenzione le turbative possono assumere la forma di molestie di fatto quando attentino all'integrità del possesso attraverso qualsiasi apprezzabile modificazione o limitazione del modo del precedente esercizio, operate contro la volontà del possessore o di molestie di diritto che si concretizzano in contestazioni avanzate in via giudiziale o stragiudiziale contro l'altrui possesso, in maniera da esporre a pericolo il godimento del bene".

(Cass. 20. 5. 1997 n°4463)

Sia la dottrina che la giurisprudenza ritengono che per l'atto molesto si esige un elemento volitivo, cioè il cosiddetto *l'animus turbandi*, il quale viene definito come "volontà di compiere un atto che modifichi o alteri l'altrui possesso" (Cass. 20. 5. 1997 n°4463), corrisponde quindi alla "volontarietà di fatto compiuto a detrimento dell'altrui possesso e nella consapevolezza della contraddizione alla volontà del possessore" (Cass. 27. 5. 1987 n°4729).

Tale elemento soggettivo, come quello nell'atto dello spoglio e negli atti illeciti civili generali, può essere doloso o colposo. Per configurare un siffatto elemento volitivo, basta una violazione di un certo dovere della prudenza, non occorre l'intenzione specifica del molestatore di arrecare pregiudizio al possesso altrui.

---

<sup>244</sup> Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962, p.540

## **Parte terza: Il possesso nel diritto cinese**

### **Premessa**

Dall'inizio del Novecento fino ad oggi, in Cina si è svolto e continua a svolgersi un profondo processo di modernizzazione del sistema giuridico, al fine di costituire, consolidare e migliorare il sistema del diritto moderno, cosicché possa corrispondere ai sistemi giuridici occidentali. In questo lungo, profondo e ampio processo, a differenza di quanto avvenuto nei Paesi occidentali, il sistema e la cultura giuridica tradizionale cinese non possono contribuire più di tanto. Le ragioni sono complicate, ma, a mio avviso, quella principale è decisa dai caratteri dello stesso sistema giuridico tradizionale cinese.

Nel lunghissimo periodo della Cina antica, da una parte dominava un sistema di economia feudale e naturale: l'agricoltura era assolutamente il settore più importante nell'economia nazionale, mentre l'artigianato ed il commercio, che costituiscono la base dell'economia di mercato, occupavano invece una posizione trascurata marginale e non erano incentivati dallo Stato; d'altra parte, nella Cina antica vigeva un sistema politico consistente in un regime assolutamente totalitario, dove il diritto non rappresenta la volontà del popolo ma quella dell'imperatore. In tale regime, lo sviluppo della società civile era gravemente limitato. Perciò il sistema giuridico tradizionale cinese, rispetto ai maggiori sistemi occidentali, ad es. il sistema giuridico romanistico, era molto meno sviluppato, soprattutto nel settore civile. Nonostante quasi ogni dinastia avesse il proprio codice, tali codici avevano però un carattere misto, e la maggior parte delle norme in essi contenute riguardava gli ambiti penale ed amministrativo, le regole civili occupavano solo una posizione secondaria. In realtà, a quell'epoca, i rapporti tra i cittadini erano disciplinati principalmente dalle regole familiari e dalle consuetudini. Inoltre, nella Cina antica mancavano anche i ceti indipendenti dei giureconsulti e dei giudici, le cui funzioni sono essenziali per un sistema giuridico maturo. Nella Cina antica, la funzione della giustizia era esercitata anche dagli stessi funzionari amministrativi, i quali consultavano degli assistenti giuridici. La conoscenza giuridica si diffondeva generalmente solo presso i

professionisti giuridici, il cui impegno era principalmente quello di assistere i funzionari, spiegandogli la modalità di applicazione del diritto, mentre ben poco si dedicavano allo studio e alla ricerca dottrinale.

Da circa metà dell'ottocento, quando gli invasori occidentali avevano abbattuto la porta chiusa di quest'antico impero, l'autorità imperiale avvertiva per la prima volta una profonda crisi, la maggiore di tutto il suo processo storico. Da quel tempo, alcuni illustri intellettuali iniziavano ad accorgersi che la ragione più essenziale della poderosità dei Paesi occidentali non stava nella loro tecnologia avanzata, ma nel loro regime politico e sociale. Tali intellettuali, da un lato, iniziavano ad imparare e diffondere le conoscenze sulle culture e sui regimi occidentali (sistema giuridico incluso), d'altro lato, essi facevano appello all'autorità imperiale perché facesse imparare gli elementi avanzati provenienti dal mondo occidentale, in modo da riformare le cose arretrate nell'impero. Alla fine, l'autorità imperiale si rese conto della necessità di una profondissima e amplissima riforma dell'impero. Una parte molto importante di tale riforma consisteva nel ricostituire il sistema giuridico. Per questo motivo, con il decreto del 6 aprile 1902, l'autorità della dinastia Qing (l'ultima dinastia feudale della Cina) inviò alcuni funzionari superiori e famosi studiosi in Occidente (Inghilterra, Perù, Spagna e USA) ad esaminare le leggi dei Paesi stranieri. Al ritorno di questi in Cina, dopo un esame dei sistemi giuridici occidentali principali, suggerirono all'autorità imperiale che la via migliore per ricostituire il sistema giuridico in Cina fosse la scelta del modello romanistico, come aveva già fatto il Giappone; proposero anche una bozza del codice civile all'autorità, oggi ricordata appunto col nome *Bozza del codice civile della dinastia Qing*. Quella era la prima prova di compilazione di un codice civile nella storia cinese. Purtroppo, però, prima di entrare in vigore tale bozza, la dinastia Qing venne sconfitta dai rivoluzionari (1911), facendo sì che il testo suddetto non rimanesse altro che un documento storico.

Dopo la vittoria, i rivoluzionari fondarono una repubblica democratica, cioè la Repubblica Cinese (1912—1949). Nel 1929, il governo della repubblica aveva finito la compilazione del codice civile, il quale entrava in vigore nel 1930. Questa codificazione era il primo codice civile di tutta la storia cinese, e seguiva il modello

tedesco, includendo cinque parti, ossia una parte principale, una parte sulle obbligazioni, una sui diritti reali, una sulla famiglia e una sulle successioni. Il detto codice rimase in vigore in tutta la Cina per quasi venti anni (1930—1949). Solo dopo la vittoria dei comunisti venne abolito, rimanendo tuttavia in vigore fino ad oggi nell'isola di Taiwan, dove il governo della Repubblica Cinese si era trasferito in 1949.

Dopo la fondazione della Repubblica Popolare Cinese (1949), l'autorità decideva di seguire il sistema giuridico comunista, cioè quello dell'Unione Sovietica; ma durante il triste periodo della sinistra estrema e della cosiddetta Rivoluzione Culturale (dalla fine degli anni cinquanta fino alla fine degli anni settanta), il processo della costituzione del sistema giuridico moderno in Cina si interruppe totalmente. Solo dalla fine degli anni settanta l'autorità ha deciso di abbandonare il regime della sinistra estrema ed aprire la porta del Paese al mondo, e anche il processo di costituzione del sistema giuridico si è conseguentemente riavviato. In questa occasione, però, oltre al sistema giuridico comunista, anche il sistema romanistico fu preso a modello, diventavano altresì sempre più importante. Dagli anni ottanta fino ad oggi, una serie di leggi importanti speciali di diritto civile è stata approvata e messa in vigore (ad es. i *Principi generali del diritto civile*, le leggi sul matrimonio, sulle successioni, sui contratti e sui diritti reali, ecc.), ed è in corso anche l'elaborazione del codice civile. In questo lungo processo, il sistema romanistico è la fonte e il modello di riferimento più importante. Per tale motivo, studiare la teoria romana e gli istituti moderni dei Paesi appartenenti al sistema romanistico è una cosa fondamentale per costituire e migliorare il nostro sistema giuridico cinese.

Per quanto riguarda il possesso, il quale non formava un concetto giuridico indipendente nel diritto tradizionale cinese (nell'epoca antica solo in alcune consuetudini locali esisteva la tutela del possessore dei beni immobili, ad es. il colono), nel codice civile abrogato esso si stabiliva come un istituto più o meno interamente ispirato al corrispondente istituto tedesco; anche nella *Legge sui diritti reali della Repubblica Popolare Cinese* (approvata il 16 marzo 2007, entrata in vigore dal 1 ottobre 2007) vi sono norme riguardanti il possesso. Nella parte seguente, vorrei quindi introdurre e analizzare i contenuti relativi al possesso presenti in questi due

documenti legislativi (sottolineando che, sebbene il codice civile in esame sia già da tempo abolito nella Cina continentale, è opinione comune che esso fosse un'elaborazione buona, e può perciò svolgere un ruolo positivo nel migliorare il nuovo diritto civile cinese) in un ottica di riferimento alla teoria romana, e cercando altresì di aggiungere qualche conclusione utile a migliorare l'istituto possessorio nella legge vigente in Cina.

## **Capitolo IX L'istituto possessorio nel diritto civile cinese**

### **1. La nozione del possesso**

#### **1.1 La definizione del possesso**

In Cina, sin dall'inizio della legislazione moderna del diritto civile (cioè dall'inizio del Novecento) si adoperava il modello europeo continentale, soprattutto quello tedesco. Tale carattere era ovviamente evidente sia nella bozza del codice civile della dinastia Qing che nel codice civile abrogato. Nel sistema tedesco, l'istituto possessorio incarna sia qualche carattere del possesso romano sia qualche carattere del *Gewere* del diritto germanico, ma in genere gli elementi di *Gewere* prevalgono. Tale sistema ha influito profondamente sui codici civili svizzero e giapponese e sul codice civile cinese abrogato.

Per quanto riguarda la definizione del possesso, nell'art. 940 del c.c. cin. abrogato, si stabilisce che "chi esercita la signoria di fatto sulla cosa ne è il possessore". Tale definizione corrisponde all'art. 854 del BGB. Da questa definizione si vede che, prima di tutto, il possesso è una "signoria di fatto". Tale espressione, derivante dal BGB, corrisponde perfettamente al concetto possessorio romano. Da tale definizione si può dedurre che il legislatore ritiene che il possesso sia un fatto di natura, e non sia quindi un diritto (diversamente dalla norma giapponese in cui il possesso è previsto come un diritto). Tale opinione si originava nel diritto romano, e poi è successo dal codice tedesco e alla fine è accettato anche dal diritto cinese. Però, nel diritto romano, sebbene il possesso sia una signoria di fatto sulla cosa, esso deve incarnare nello stesso tempo l'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale da parte del possessore (a prescindere della legittimità di tale esercizio), come è definito dall'art. 1140 del c.c.it "[...]un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale". Quindi, la signoria di fatto sulla cosa che non incarna tale esercizio non è possesso, per esempio il potere di fatto derivante dal contratto obbligatorio, come quello del locatario. Invece, la definizione del possesso del c.c. cinese abrogato, come quella tedesca, non contiene tale accezione. Secondo le suddette definizioni, qualsiasi signoria di fatto sulla cosa è possesso, a prescindere dai

suoi contenuti e dalla sua forma, così il locatario è indubbiamente il possessore. Da questo punto di vista, si può dire che il sistema tedesco a cui appartiene il codice civile cinese abrogato ha sostanzialmente proseguito il concetto della teoria possessoria romana, ma ampliando la sfera di tale concetto.

Per quanto riguarda gli elementi costitutivi del possesso, nella parte precedente abbiamo sottolineato tante volte che nel diritto romano il possesso non è solo un mero potere materiale sulla cosa o una fisica relazione tra gli uomini e le cose, cioè la *possessio corporalis*, ma contiene anche un elemento soggettivo, cioè l'*animus possidendi*. Questi due elementi sono indispensabili nel concetto possessorio romano. Sebbene nella dottrina vi siano discussioni sul preciso significato romano dell'*animus possidendi*, è però pacifico che, nel diritto romano, il possessore deve essere fornito della volontà di aver la cosa a propria disposizione, liberamente e ad esclusione di ogni altro. Nell'Ottocento, nella dottrina tedesca, alcuni giuristi hanno proposto la teoria possessoria oggettiva, secondo la quale la base del concetto possessorio non può essere l'*animus*, ma la causa oggettiva decisa dall'ordinamento giuridico, poiché l'*animus possidendi* è solo una cosciente volontà di essere in rapporto di dominazione più o meno ampia sulla cosa, e questa volontà esiste non solo nel possesso, ma anche nella detenzione, quindi non è discriminatoria. Tale teoria, deviante dalla dottrina romana, ha trionfato nella compilazione del codice civile tedesco. Secondo l'opinione più diffusa, l'*animus* non è un elemento indipendente e decisivo del concetto del possesso nel BGB, ma solo un elemento integrante del potere di fatto. Il codice civile cinese abrogato ha seguito il sistema tedesco, quindi anche il suo concetto del possesso era mutuato da quello tedesco<sup>245</sup>.

Ora, vediamo il contenuto relativo nella legge sui diritti reali vigente nella Repubblica Popolare Cinese. In tale legge, è compreso un capitolo riguardante il possesso che, per la prima volta nelle leggi civili in RPC, regola particolarmente i rapporti possessori. Il capitolo in questione è, tuttavia, molto semplice (contenente solo cinque articoli) e dal punto di vista giuridico e logico ci sono tante cose da

---

<sup>245</sup> Wang Zejian, *I diritti reali: i diritti reali di godimento e il possesso*, Pechino, 2001, p.159

migliorare. Nell'art. 241 in tale legge, si prevede che "nel possesso derivante dai rapporti contrattuali, si deve osservare quanto convenuto negli stessi in ordine all'uso e al godimento dei beni immobili e mobili oggetto del contratto e alla responsabilità per gli inadempimenti; se nulla è stato convenuto, o quanto convenuto non risulta chiaro, si devono osservare le disposizioni di legge in materia"<sup>246</sup>.

Tale norma, infatti, non tratta della definizione legislativa del possesso, ma è solo una regola riguardante un tipo particolare del possesso, cioè il possesso derivante dal rapporto contrattuale. La definizione generale manca nella legge, cosa che dal punto di vista legislativo non è apprezzabile. Perché, in genere, il legislatore definisce prima un concetto giuridico basilare e poi dispone le regole relative, così la legge risulta più chiara e precisa. Infatti, in altre parti della stessa legge, ad es. nella parte della proprietà, il legislatore non ha trascurato di porre innanzitutto una definizione generale. Rispetto alle altre parti, nel campo del possesso c'è ancora più bisogno di una definizione generale, perché la nozione possessoria, come tutti sanno, è una nozione giuridica molto dibattuta dall'epoca romana fino all'epoca moderna. Circa il suo significato, la sua natura ed i suoi elementi costitutivi, ecc. ci sono tante teorie e opinioni nelle dottrine, e nelle legislazioni ci sono diversi modelli disposti dai diversi codici civili. Quindi, se manca una nozione generale nella legge, non si riesce a capire cosa pensasse il legislatore sul suo significato, sulla sua natura, ecc. E questo può generare ambiguità e confusione, sia nella spiegazione, sia nell'applicazione della legge.

Nell'art. 241 della legge sui diritti reali non c'è una definizione generale del possesso, però, da tale articolo si può dedurre che il possesso, nella legge cinese vigente, include il rapporto materiale tra gli uomini e le cose derivante dal contratto, quindi, ad esempio, il locatario è senza dubbio possessore. Tale nozione non corrisponde alla teoria romana e all'istituto italiano, ma è conforme alle disposizioni relative nel BGB e nel codice civile cinese abrogato.

---

<sup>246</sup> *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese V: legge sui diritti reali.*, Tradotta da Giuseppe Terracina, Torino, 2008, p.109

## 1.2 Le classificazioni del possesso

Nella dottrina cinese gli studiosi hanno effettuato tante classificazioni del possesso, ad es. il possesso giusto e ingiusto; il possesso di buona fede e di mala fede; il possesso diretto e indiretto; il possesso pacifico e violento; il possesso pubblico e occulto; il possesso continuo e interrotto, ecc.<sup>247</sup>. Alcune di queste classificazioni hanno più importanza nella dottrina e nella legislazione. Le classificazioni più importanti sono infatti il possesso diretto e indiretto e il possesso di buona fede e di mala fede, delle quali l'ultima distinzione sarà discussa più sotto, nel paragrafo dedicato agli effetti giuridici del possesso. Nel diritto romano, l'*animus possidendi* significava la volontà del possessore di voler aver la cosa a sua totale disposizione, potendo signoreggiarla e goderne quando e come volesse (soprattutto nell'epoca classica quando il titolare dei diritti reali di godimento non si considerava come il possessore), per questo motivo l'*animus possidendi* si chiamava anche *animus domini* e *animus sibi habendi*. Secondo tale teoria, la distinzione del possesso diretto e indiretto non ha senso, perché nel possesso diretto il possessore non può aver tale *animus*. Quindi, ad esempio, nel caso della locazione, secondo la teoria romana, solo il locatore si considerava come il possessore, ed il locatario era solo detentore. Invece, nella *Gewere* del diritto germanico, solo il locatario è considerato come il possessore. Nella compilazione della BGB, per conciliare tali due teorie, il legislatore ha creato la classificazione del possesso diretto e indiretto, e riconosciuto tutti e due come tipi di possesso. La maggiore ragione di tale creazione è l'intenzione di ampliare la sfera della nozione del possesso e applicare gli effetti giuridici possessori (soprattutto la tutela del possesso) a rapporti più ampi. La nozione possessoria romana ha un carattere stretto e rigido, non è perciò adatta alla società umana moderna, nella quale i rapporti giuridici diventano sempre più complicati e flessibili.

Tale classificazione esiste anche nel c.c. cinese abrogato. Nell'art. 941, si stabilisce che "il creditore pignoratizio, il locatario, il depositario o colui che possiede la cosa altrui in base ad un rapporto giuridico simile, colui al quale appartiene la cosa

---

<sup>247</sup> Xie Zaiquan, *Sui diritti reali*, vol. II, Pechino, 1999, p.940—943

è il possessore indiretto". Secondo la dottrina dominante, il possesso diretto ed il possesso indiretto sono due concetti antitetici. Tra questi due rapporti possessori, ci deve essere un rapporto giuridico intermedio. Tale rapporto giuridico può nascere dal consenso delle due parti, ad es., il contratto di pegno, di deposito, ecc.; dalle disposizioni legislative, ad es., la gestione del patrimonio del pupillo da parte del tutore; o dall'esercizio legale del potere pubblico, ad es., la polizia che sequestra dei beni illeciti<sup>248</sup>. Insomma, tali rapporti giuridici sono molteplici, ed è importante che da essi si possa dedurre che tra i due possessori esiste un vincolo speciale per il quale l'uno possiede per l'altro. Inoltre, i possessori hanno un *animus* particolare: il possessore indiretto, sebbene non abbia relazione materiale con la cosa, è però cosciente che essa sia ancora sotto il suo "potere" tramite un rapporto giuridico particolare, e quando tale rapporto termina la cosa può tornare in suo dominio anche dal punto di vista materiale; il possessore diretto, invece, sebbene egli goda della cosa fisicamente, è però cosciente che la cosa non appartiene a lui e che la possiede secondo un rapporto giuridico particolare (ad es. come il depositario), e che la sfera del suo possesso è determinata da tale rapporto (ad es. il depositario non può vendere o locare o utilizzare la cosa in deposito). Quando questo *animus* cambia, cambia anche il rapporto possessorio. Per esempio, se il possessore indiretto vuol donare la cosa al possessore diretto, dal momento in cui egli lo informa della sua volontà, il suo possesso è terminato ed il possessore diretto inizia a possedere la cosa come il proprietario (se egli accetta la donazione); se il possessore diretto (ad es. il depositario) non vuol possedere la cosa come depositario, ma come proprietario, dal momento in cui egli esprime tale volontà al proprietario (il possessore indiretto), il possesso indiretto termina, ed egli inizia a possedere come proprietario (art. 945 c.c. cinese abrogato; l'art. 1141, comma II c.c. it.).

Tra questi possessori, al possessore indiretto spetta il diritto di rivendicazione<sup>249</sup>. Tale diritto di rivendicazione nasce, di solito, dallo stesso rapporto giuridico in cui nasce il possesso indiretto. Proprio a causa di questo diritto, si ritiene che la cosa sia

---

<sup>248</sup> Wang Zejian, *I diritti reali: i diritti reali di godimento e il possesso*, Pechino, 2001, p.185

<sup>249</sup> Shi Shangkuan, *Sui diritti reali*, Pechino, 2000, p.537

ancora nella sfera del "potere" giuridico del possessore indiretto. Un'altra cosa da sottolineare è che sulla stessa cosa possono sussistere diversi possessi indiretti posti a diversi livelli giuridici. Per esempio, Tizio ha locato una cosa a Caio, e Caio la depone a Lucio. In tal caso, sulla stessa cosa ci sono due possessi indiretti (quelli di Tizio e di Caio) a diversi livelli giuridici.

Nel c.c. cinese abrogato, come nella BGB, si è stabilito anche l'assistente possessorio. "Ove un impiegato, un apprendista o altro, sia istruito da un'altra persona ad esercitare il potere di fatto sulla cosa secondo un rapporto giuridico simile, solo quest'ultima altra persona è il possessore" (art. 942 c.c. cinese abrogato). L'assistente possessorio non è il possessore, ma solo il detentore. Egli è considerato come un organo del possessore al quale dà assistenza. Tutti gli effetti giuridici riguardanti il possesso sono diretti al possessore. Questa regola è importante, perché nella società moderna i rapporti di tale carattere sono numerosissimi. Infatti, anche all'epoca romana esisteva una regola simile, cioè, in un certo senso, il *filiusfamilias* ed il servo erano considerati come gli assistenti possessori del *paterfamilias* (soprattutto nell'età classica; mentre nell'età postclassica la posizione possessoria del *filiusfamilias* era più complicata).

Le altre disposizioni, riguardanti la nozione generale del possesso nel c.c. cinese abrogato, simili a quelle nel c.c. it. sono: la presunzione del possesso intermedio e la presunzione del possesso di buona fede (art. 944), la successione e l'accessione del possesso (art. 947), ecc.

Nella vigente legge cinese sui diritti reali, purtroppo, mancano tali regole. In questa legge, l'unica norma riguardante la nozione generale possessoria è l'art. 241 (di cui si è trattato prima). Questo, secondo l'opinione più comune nella dottrina, è un grave difetto nella legislazione cinese. Una legge buona deve, soprattutto, essere complessiva e completa, ed evitare il più possibile eventuali lacune. Sembra però che il legislatore cinese ancora non si sia accorto di questo. Egli è incline a tacere, quando si incontra una materia complessa o molto dibattuta in dottrina, per evitare la disapprovazione del parlamento o le critiche da parte della dottrina stessa. Per questo motivo, grandi e ovvie lacune sono normalissime in tutta la legislazione cinese. Dal

punto di vista della possibilità di elevare la qualità legislativa, non è apprezzabile che si proceda in questo modo. Si spera che in futuro, nel processo di miglioramento della legge sui diritti reali, il legislatore possa aggiungere le norme mancanti il più presto possibile.

## **2. Gli effetti giuridici del possesso**

### **2.1 La presunzione dei diritti**

Nel diritto romano, il possesso è un potere di fatto degli uomini sulle cose, separato e indipendente dai diritti. Che il possessore non fosse titolare di nessun diritto era cosa normalissima nell'epoca romana. Anzi, nell'età classica prevaleva persino il principio che "chi possiede non ha la proprietà, chi ha la proprietà non possiede", cioè nessun proprietario o titolare di un diritto reale di godimento era considerato come il possessore. Solo nell'epoca postclassica si iniziava a riconoscere generalmente il "possesso" del proprietario e dei titolari dei diritti reali di godimento. Questo non è difficile da capire per i Romani. Infatti, il fulcro di tutto l'istituto possessorio nel diritto romano si basa proprio su tale separazione tra il possesso ed il diritto.

Nel diritto germanico, invece, il possesso non è mai così indipendente dal diritto come nel diritto romano. Si considerava il possesso come una "apparenza" del diritto. Nel diritto romano, la tutela possessoria non c'entrava con la tutela del diritto. Però, nel diritto germanico, la tutela del possesso era considerata come un metodo di tutela del diritto. Sotto l'influenza di tale pensiero germanico, nel c.c. cinese abrogato, come nella BGB e nel c.c. svizzero e giapponese, si stabilisce la presunzione del diritto come un effetto giuridico del possesso, "si presume che il possessore che esercita il diritto sulla cosa posseduta abbia il diritto medesimo" (art. 943 c.c. cinese abrogato). Le ragioni di tale norma, secondo l'opinione dominante, includono: tutelare il diritto; mantenere l'ordine sociale; garantire la sicurezza commerciale e corrispondere al principio economico<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> Wang Zejian, *I diritti reali: i diritti reali di godimento e il possesso*, Pechino, 2001, p.234

Per quanto riguarda la sfera dell'applicazione di tale regola, nel codice civile tedesco e svizzero, essa si applica solo alle cose mobili, invece, nel codice civile giapponese e in quello cinese abrogato, essa si applica sia alle cose mobili che alle cose immobili non registrate. Il possesso è il modo di dimostrazione pubblica dei diritti reali sulle cose mobili, quindi chi esercita il possesso si presume come l'avente diritto. Per le cose mobili particolari, come le navi e le automobili, secondo l'opinione prevalente, tale regola si applica solo per quelli non registrati. Il modo per garantire la pubblicità dei diritti reali su beni immobili è la registrazione. Chi è registrato come il titolare si considera come titolare proprio. Per questo motivo, per i beni immobili registrati non si può applicare la norma sulla presunzione del diritto. Però, in realtà, non tutti i beni immobili sono registrati. Per quelli non registrati, secondo la disposizione del c.c. cinese abrogato, si può invece applicare tale regola.

A proposito dei diritti che possono essere presunti, secondo la dottrina dominante, tali diritti non si limitano solo alla proprietà o ai diritti reali, ma includono tutti i diritti da cui può scaturire un possesso giusto; quindi, anche i diritti di obbligazione sono inclusi (ad es. il diritto del locatario)<sup>251</sup>.

Tale presunzione si può applicare non solo al possessore, ma anche al terzo. Per esempio, il creditore o il possessore diretto può applicare la presunzione del diritto del debitore o del possessore indiretto. Quando è applicata tale presunzione, il possessore si trova nella posizione di avente diritto. Egli deve assumere non solo i vantaggi, ma anche gli oneri o gli svantaggi derivanti dal diritto presunto. Nella pratica, si discute se tale regola possa essere applicata tra il possessore e la persona dalla quale proviene il suo possesso. Per esempio, Tizio ha affittato una macchina a Caio e poi chiede la rivendicazione. In tale caso, può Caio applicare la presunzione di diritto contro Tizio? Secondo la disposizione svizzera, la risposta è negativa. La ragione è che tale regola viene dalla funzione possessoria di "apparenza" del diritto, cioè da una grande approssimazione tra lo stato del possesso e lo stato del diritto. Quando risulta chiaro che il possessore e l'avente diritto sono diversi, tale regola non si applica. Per questo

---

<sup>251</sup> Wang Liming, *Studio sui diritti reali*, Pechino, 2007, p.726

motivo, tale regola si applica tra il possessore ed i terzi, salvo il dante possesso. Quindi, nel caso menzionato, Caio non si può presumere l'avente diritto nei confronti di Tizio solo per il fatto che egli sia il possessore, ma deve altresì provare il suo diritto per contrastare la richiesta di Tizio.

Un'altra questione discussa in relazione a questa norma è che, ove il possessore sia presunto come l'avente diritto, egli può chiedere di essere registrato come l'avente diritto proprio? Secondo l'opinione prevalente, la risposta sarà negativa. Perché lo scopo di tale presunzione è mantenere l'ordine sociale e garantire la sicurezza commerciale; essa ha un valore passivo, quindi il presunto non può chiedere una legislazione attiva. Insomma, il possessore è solo "presunto", ma non "considerato" come l'avente diritto. Altrimenti, l'usucapione dei diritti non avrebbe bisogno di esistere. Naturalmente, tale presunzione può essere ripudiata dal terzo. Le prove per ripudiarla non hanno bisogno di essere schiaccianti, basta infatti portare seri dubbi sulla posizione del possessore come avente diritto. Quando tale presunzione fosse ripudiata, il possessore, per provare la sua posizione come avente diritto, deve prestare testimonianze proprie.

## **2.2 L'acquisto dei diritti del possessore di buona fede**

Un altro effetto giuridico possessorio importante derivante dal diritto germanico è l'acquisto dei diritti da parte del possessore di buona fede. Nel diritto romano, il possesso e il diritto sono ovviamente separati, e il diritto tutela l'avente diritto in modo assoluto. La persona che ha perduto la propria cosa può chiedere la rivendicazione da chiunque possieda la cosa medesima, salvo il caso che il possessore abbia acquistato la proprietà della cosa per usucapione. Invece, nel diritto germanico, si diceva "*Hand muss Hand wahren*" e "*Wo du deinen Glauben gelassen hast, du musst ihn suchen*", cioè colui chi ha dato o perduto il proprio possesso può chiedere la rivendicazione solo alla parte che ha preso il possesso direttamente da lui, e non ad un terzo. Nel caso che il terzo abbia ottenuto il possesso stesso, egli può solo chiedere il

risarcimento alla parte che ha preso il possesso direttamente da lui medesimo<sup>252</sup>. Nella legislazione moderna, l'istituto germanico ha ottenuto il trionfo. A prescindere dal sistema tedesco, anche nei codici civili influenzati più profondamente dal diritto romano, come quello italiano, si stabilisce tale istituto. La principale ragione è che quest'istituto è più adatto alle esigenze pratiche. Un carattere importante nella società moderna è la circolazione libera e rapida di merci e capitali, ecc. Se l'acquirente rischiasse sempre la rivendicazione dall'avente diritto proprio, tale circolazione sarebbe impedita. Per garantire la sicurezza commerciale e promuovere lo sviluppo economico, è introdotto tale istituto secondo cui, se uno acquista in buona fede la proprietà o altri diritti reali sulle cose mobili *a non domino*, egli diventa l'avente diritto vero lo stesso, il titolare precedente, invece, può chiedere il risarcimento solo a chi ha alienato la proprietà o altri diritti reali sulla cosa senza il suo permesso o riconoscimento. Così, è stabilito nel c.c. cinese abrogato che "se uno ha acquistato di buona fede il possesso, con la motivazione di trasferire la proprietà od altri diritti reali dei beni mobili, anche se l'alienante non ha il diritto dell'alienazione, il suo possesso è comunque tutelato" (art. 948).

Per applicare tale norma, prima di tutto, deve esserci un negozio giuridico nel quale le due parti hanno espresso il consenso di trasferire la proprietà od altri diritti reali delle cose mobili. Quindi, se il terzo ottiene il possesso della cosa per altra causa, ad es. per la successione, anche se egli sia in buona fede, non potrà acquistare la proprietà o altri diritti reali sulla cosa. Una questione molto discussa è: se il possessore in buona fede può acquistare la proprietà od altri diritti reali della cosa mobile nel caso che il negozio giuridico dal quale deriva il proprio possesso abbia carattere gratuito? Per questo problema esistono diverse disposizioni nei diversi codici civili. La BGB considera la suddetta situazione come un'eccezione alla norma; in altre parole, colui che ha ottenuto il possesso gratuitamente, ad es. da una donazione, anche se in buona fede, è tenuto a restituirlo al vero titolare (comma I dell'art. 816). Nei codici civili svizzero, giapponese e cinese abrogato, invece, non esiste simile

---

<sup>252</sup> Shi Shangkuan, *Sui diritti reali*, Pechino, 2000, p.558

eccezione. Quindi, secondo le disposizioni presenti in tali codici, nel caso summenzionato, l'acquirente di buona fede può diventare il titolare proprio. Inoltre, in tale negozio giuridico, l'alienante deve essere privo del diritto di alienazione. Questi può essere qualsiasi persona che possieda una cosa mobile altrui, e non importa se il suo possesso sia giusto o ingiusto. Quindi, non solo il locatario, il depositario o il comodatario possono alienare le cose altrui, ma anche il ladro, il rapinatore, ecc.

Un'altra condizione importante è che l'acquirente deve essere in buona fede. Nel I e II comma dell'1147 c.c. it., si stabilisce che "è possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave". Però, nel codice civile cinese abrogato non esiste tale disposizione generale, quindi sia nella dottrina, sia nella giurisprudenza si assiste a tante discussioni sul significato di "buona fede". È pacifico che colui che ignora di ledere il diritto altrui sia di buona fede, infatti le discussioni si concentrano sulla relazione tra la buona fede e la colpa grave. Alcuni ritengono che la buona fede sia uno stato psicologico del soggetto, indipendente dalla colpa. Quindi colui che non sa di ledere l'altrui diritto è di buona fede, anche se la sua ignoranza dipende da una colpa grave. Altri ritengono invece che si debba adoperare il criterio del BGB, impedendo cioè a colui che è nell'ignoranza per colpa grave di giovare della buona fede. Vi sono anche autori, come si è detto, che ritengono che la buona fede sia indipendente dalla colpa; ma, se nella situazione oggettiva del negozio giuridico una persona di prudenza normale può discernere la deficienza del diritto dell'alienante, si presume che l'acquirente sia di mala fede.<sup>253</sup> A mio avviso, l'istituto in esame è un risultato dell'equilibrio stabilitosi tra la garanzia della sicurezza commerciale e la tutela del titolare proprio, ed è un'eccezione del principio giuridico. In tale regola, il diritto ha sacrificato un po' la tutela del titolare vero per garantire la sicurezza commerciale. Quindi, all'acquirente di mala fede o ignorante per colpa grave non deve giovare tale "favore" del diritto. Infatti, le ultime due opinioni sopra citate sono molto simili nel risultato, in quanto prevedono che, chi non riesca ad essere diligente e

---

<sup>253</sup> Wang Zejian, *I diritti reali: i diritti reali di godimento e il possesso*, Pechino, 2001, p.267

prudente secondo un criterio normale in una certa società, non può considerarsi come "di buona fede".

L'ultima richiesta è che la cosa mobile sia concessa all'acquirente. Se il titolare richiede la rivendicazione all'alienante prima della concessione della cosa all'acquirente, l'ultimo non può acquistare il diritto sulla cosa medesima, anche se c'è un convenuto obbligatorio (ad es. la compravendita, la donazione, ecc). Per quanto riguarda la concessione, secondo la BGB, l'acquirente deve aver acquistato realmente il possesso della cosa (comma II dell'art. 933), mentre nel codice civile svizzero, in quello giapponese e in quello cinese abrogato, non esiste siffatta limitazione. Secondo l'opinione prevalente, la terminologia "concessione" indica non solo la concessione reale, ma anche la *traditio brevi manu*, la *traditio instrumentorum*, la *traditio symbolica*, ecc. Insomma, quale che sia la forma, quando la cosa mobile è considerata a disposizione giuridica dell'acquirente (incluso il caso in cui l'alienante inizi a possedere per l'acquirente, o quest'ultimo abbia diritto di chiedere ad un terzo di consegnargli la cosa, ecc.) si considera che l'acquirente avesse acquistato il possesso della cosa medesima.

A causa degli effetti giuridici di tale istituto, l'acquirente di buona fede acquista la proprietà o altri diritti reali della cosa mobile. Nel caso della trasferimento della proprietà, là dove vi siano diritti reali minori sulla cosa (ad es. il pegno, la detenzione, ecc.), nel momento dell'acquisto della proprietà tali diritti terminano, cioè l'acquirente acquista la proprietà senza oneri, salvo che egli fosse cosciente dell'esistenza di tali diritti al momento del trasferimento. Quando l'acquirente di buona fede acquista il diritto, il diritto del titolare precedente termina. Egli non può chiedere la rivendicazione all'acquirente, ma solo il risarcimento all'alienante. Una questione è: se l'alienante riacquista in seguito la cosa medesima, il titolare precedente può chiedergli la rivendicazione? Secondo l'opinione dominante, lo scopo maggiore di tale regola è quello di tutelare l'acquirente di buona fede per garantire la sicurezza commerciale, e non quello di giovare a colui che aliena la cosa altrui; quindi, nel caso summenzionato, il titolare precedente può chiedere la rivendicazione della cosa.

Sotto questo istituto si discutono tanto le situazioni delle cose derubate e smarrite. Nella BGB, non si riconosce che l'acquirente di buona fede possa acquistare la proprietà di cose rubate o smarrite dal *non domino*, salvo il denaro, i titoli al portatore e le cose concesse con la vendita all'asta pubblica. Invece, nel c.c. svizzero e in quello giapponese<sup>2</sup>, non si nega la possibilità dell'acquisto della proprietà su tali cose da parte dell'acquirente di buona fede, ma colui che è stato derubato o ha smarrito la cosa può chiedere la restituzione all'acquirente entro un certo periodo di tempo (5 anni secondo il c.c. svizzero; 2 anni secondo il c.c. giapponese). Se l'acquirente di buona fede l'ha acquistata sul mercato pubblico o da un commerciante che vendeva cose dello stesso genere, il rivendicante deve compensare all'acquirente di buona fede il prezzo che è questi ha pagato per acquistarla acquistare la cosa. Queste regole non giovano in caso che la cosa sia denaro o titoli al portatore.

Comparando queste diverse disposizioni in codici civili differenti, si vede come la regola tedesca sia più rigida. Essa sottolinea la tutela del proprietario, ma trascura la tutela dell'acquirente di buona fede. In una società caratterizzata dalla circolazione libera e rapida delle cose, tale disposizione sembra un po' sfavorevole per promuovere lo scorrevole funzionamento dell'economia. Mentre nelle regole svizzere e giapponesi si trova un bell'equilibrio tra la tutela del proprietario e la tutela dell'acquirente di buona fede. Da un lato, si riconosce l'acquisto delle cose derubate e smarrite all'acquirente di buona fede, dall'altro lato, si concede al proprietario il diritto che gli sia restituita la cosa derubata o smarrita, seppur sotto certe condizioni. Tale disposizione incarna due valori principali del diritto, cioè l'equità e l'efficienza. Per questo motivo, il c.c. cinese abrogato ha scelto il modello svizzero. Si è stabilito negli articoli 949—951 che "se la cosa posseduta è derubata o smarrita, colui che ha subito il furto o lo smarrimento può chiedere al possessore attuale la restituzione della cosa medesima entro 2 anni dal giorno del furto o dello smarrimento. Se il possessore attuale ha acquistato la cosa in buona fede sul mercato pubblico o dal commerciante che vende cose dello stesso genere, o tramite una vendita all'asta, egli non è tenuto a restituirla se non è ricompensato del prezzo che ha pagato per la cosa medesima. Al possessore di buona fede non si può chiedere la restituzione del denaro o del titolo al

portatore derubati o smarriti".

In tali disposizioni, si includono infatti due regole eccezionali, cioè la restituzione gratuita e la restituzione a pagamento delle cose derubate o smarrite. La ragione di queste regole è che, poiché queste cose sono state separate dai titolari contro la loro volontà, non si può permettere che l'acquirente, seppure in buona fede, possa acquisire il diritto immediatamente. Però, se si negasse la possibilità dell'acquisto di tali cose, ciò sembrerebbe troppo rigido, e sfavorevole al fine di definire la situazione giuridica delle cose medesime. Quindi si stabilisce un periodo di 2 anni in cui la persona che ha subito il furto o lo smarrimento può chiedere la restituzione. Dopo questo periodo, tale diritto termina.

Per quanto riguarda la restituzione gratuita, prima di tutto, si devono chiarire i significati delle cose derubate e smarrite. Secondo la dottrina dominante, si deve adoperare un'interpretazione più ampia per tali terminologie. Per esempio, le cose derubate includono le cose rubate, rapinate o usurate, però non includono le cose oggetto di truffe. Si discute anche se le cose derubate e smarrite includano le altre cose perdute contro la volontà del possessore. La maggior parte della dottrina ritiene che sia giusto dare risposta positiva. La parte che può chiedere la restituzione è la persona che ha subito il furto o lo smarrimento. Tale parte ovviamente non si limita al proprietario della cosa, ma deve essere almeno un possessore giusto, (ad es. l'usufruttuario, il locatario, ecc.). Il possessore ingiusto (ad es. il ladro) non può chiedere la restituzione. Tale regola è un'eccezione dell'acquisto da parte del possessore di buona fede, mentre al possessore ingiusto non giova questa tutela particolare<sup>254</sup>. La parte che è tenuta alla restituzione è il possessore attuale. La sua posizione deve essere corrispondente alle richieste dell'acquisto del possessore di buona fede. Altrimenti, la parte che ha subito il furto o lo smarrimento può chiedere la restituzione su altre basi, ad es. la rivendicazione, e senza la limitazione del periodo di 2 anni. Il periodo di 2 anni inizia dal giorno del furto o dello smarrimento. Questo periodo non si sospende e non si interrompe. Se non si richiede la restituzione entro 2

---

<sup>254</sup> Xie Zaiquan, *Sui diritti reali*, vol. II, Pechino, 1999, p.974

anni, il possessore attuale diventa definitivamente il proprietario. Però, nella dottrina e giurisprudenza si discute molto sull'appartenenza, durante questo periodo di 2 anni, della cosa derubata o smarrita. Alcuni autori ritengono che in tale periodo la cosa appartenga ancora al proprietario originario, in quanto la proprietà della cosa stessa non può essere acquisita dall'acquirente in buona fede. Però, altri ritengono che nel c.c. cinese abrogato, a differenza di ciò che accade nel BGB, non si nega l'acquisizione da parte dell'acquirente di buona fede della cosa derubata o smarrita. Quindi, l'acquirente di buona fede acquisisce il diritto dopo la trasmissione, solo che egli è tenuto a restituirla entro 2 anni, nel caso che l'avente diritto la richiedesse. Per la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, la seconda opinione sembra più ragionevole.

La restituzione dietro pagamento è un'eccezione alla restituzione gratuita. In altre parole, quando sussistono certe condizioni particolari previste dalla legge, l'avente diritto non può chiedere la restituzione se non compensa il prezzo pagato al possessore attuale. Come si è detto, tali condizioni si riassumono nei casi in cui l'acquirente in buona fede abbia acquistato le cose derubate o smarrite sul mercato pubblico, oppure da un commerciante che vende prodotti dello stesso genere, o ancora in una vendita all'asta. La ragione di tale eccezione è che, in tali situazioni, l'acquirente ha acquistato la cosa in una condizione commerciale normale e con la giusta fiducia sulla provenienza legale della cosa comprata. In questo caso, per equilibrare gli interessi della parte che ha subito la perdita e da quella dell'acquirente in buona fede, il legislatore ha previsto tale disposizione. Quindi, in tali situazioni, se la parte che ha subito la perdita vuole chiedere la restituzione al possessore attuale entro 2 anni, egli deve compensare il prezzo che è stato pagato dall'ultimo. Altrimenti, il possessore attuale può rifiutarsi di restituire. Nel caso che le cose derubate o smarrite siano restituite dal possessore attuale attivamente oppure dalla polizia, l'acquirente di buona fede conserva ancora il diritto di chiedere il compenso del prezzo pagato.

Infine, se le cose derubate o smarrite sono soldi o titoli al portatore, alla persona che ha subito la perdita non compete il diritto di essere restituito. I soldi ed i titoli al

portatore sono soggetti naturalmente a circolazione liberissima e rapidissima e senza alcun carattere particolare. Quindi, per garantire il buono e lo scorrevole funzionamento dell'economia, il legislatore ha escluso l'applicazione di tale regola per chi ha subito il furto o lo smarrimento dei denari o dei titoli al portatore. In questo caso, la persona che ha subito la perdita può solo chiedere il risarcimento alla persona che ha rubato o preso o acquistato in mala fede le sue cose.

Ora, passiamo alle disposizioni relative nella vigente legge cinese sui diritti reali. Nell'art. 106—108 si stabilisce che "qualora un bene, mobile o immobile, sia alienato ad un acquirente da chi non abbia diritto di disporne, il proprietario ha il diritto di rivendicarlo; salvo che la legge disponga diversamente, l'acquirente diviene il proprietario di un tale bene mobile o immobile, in presenza delle seguenti circostanze: (1) lo stesso ha acquistato il bene, mobile o immobile, in buona fede; (2) il bene è stato alienato dietro pagamento di un prezzo ragionevole; (3) il bene alienato è già registrato, se la legge ne prevedeva la registrazione, o è già stato consegnato all'acquirente, se non era necessaria la registrazione. Qualora l'acquirente sia diventato proprietario del bene, mobile o immobile, secondo quanto previsto nel comma anteriore, il precedente proprietario ha diritto di chiedere il risarcimento dei danni a chi non aveva il diritto di disporre del bene stesso. Per gli acquisti in buona fede di altri diritti reali, vanno osservate le disposizioni dei due commi precedenti" (art. 106); "il proprietario, o altro avente diritto, può rivendicare la cosa smarrita. Se la cosa smarrita è in possesso altrui per avvenuto trasferimento, l'avente diritto può chiedere il risarcimento del danno a chi non aveva il diritto di disporre la cosa stessa, oppure, entro due anni dal giorno in cui è venuta la conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'acquirente, può chiedere a quest'ultimo la restituzione; tuttavia se l'acquirente ha acquistato la cosa smarrita attraverso un'asta o presso un esercente autorizzato, l'avente diritto, nel richiedere la restituzione della cosa, deve rimborsare all'acquirente le spese sostenute. L'avente diritto, dopo aver rimborsato all'acquirente le spese, può rivalersi contro chi non aveva il diritto di disporre della cosa" (art. 107); "dopo che l'acquirente di buona fede è diventato proprietario di un bene mobile, i diritti preesistenti su tale bene si estinguono, salvo che egli, al

momento dell'acquisto, fosse a conoscenza, di tali diritti" (art. 108)<sup>255</sup>.

In tali disposizioni si contiene l'istituto dell'acquisto dei diritti da parte dell'acquirente di buona fede, e si vede come, nella vigente legge cinese, questo istituto presenti qualche carattere particolare. Innanzitutto, tale istituto si applica non solo ai beni mobili, ma anche ai beni immobili; in ciò è presente una differenza con quasi tutte le altre legislazioni. In genere, si ritiene che per i beni mobili sia molto facile trasferire e molto difficile mettere in evidenza la "catena" del trasferimento dei relativi diritti. Per questo motivo, per garantire la sicurezza commerciale, la legge riconosce che il possesso del bene mobile sia "manifestazione" dei diritti reali su di esso, e che chi l'acquista in buona fede dal possessore attuale ne diventa il titolare. Invece, per i beni immobili, poiché la legislazione è il modo di attuazione della pubblicità dei suoi diritti reali, il suo trasferimento è più complicato ed è meno difficile mettere in evidenza l'appartenenza dei loro diritti. Per questo motivo la legge non riconosce il possesso come "manifestazione" del diritto immobiliare. Nel caso dell'acquisto dei diritti reali immobiliari da colui che non ha diritto di disporre, in genere, il legislatore dà più importanza alla tutela del vero titolare immobiliare e non riconosce che l'acquirente in buona fede potesse acquistare il diritto reale immobiliare immediatamente dal *non domino*. Da questo punto di vista, la disposizione cinese è una vera novità, secondo la quale anche l'acquirente immobiliare in buona fede, acquistando dal *non domino* può diventare il proprietario o altro titolare di diritto reale a condizione di un pagamento ragionevole e di essere stato registrato. La ragione di questa disposizione è che il legislatore ha dato più importanza alla tutela dell'acquirente in buona fede e alla garanzia della sicurezza commerciale, quindi ha trattato i beni mobili ed immobili nello stesso modo, cioè chi in buona fede ha fiducia sul possesso (beni mobili) o sulla legislazione (beni immobili) dell'alienante, anche se quest'ultimo non è il vero avente diritto, l'acquirente può acquistare la proprietà od altro diritto reale sul bene medesimo. In realtà, tale regola ha generato una viva discussione nella dottrina. I beni mobili ed immobili sono diversi nella loro natura.

---

<sup>255</sup> *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese V: legge sui diritti reali.*, Tradotta da Giuseppe Terracina, Torino, 2008, p.51

Nel trasferimento del bene immobile ci vuole più prudenza e chiarezza. Il legislatore ha sottolineato l'assoluta tutela dell'acquirente di buona fede, trascurando la tutela del vero titolare. Tale atteggiamento, a mio avviso, non è molto saggio, soprattutto per la situazione attualmente presente in Cina. In Cina, il sistema della registrazione immobiliare è stato stabilito solo da una ventina d'anni, e in tale sistema ci sono tante cose da migliorare. In questo caso serve un atteggiamento più prudente. Se si assegna un effetto assoluto ad un sistema così imperfetto, si possono provocare grandi rischi in pratica. L'acquisto del diritto dell'acquirente di buona fede è un istituto che equilibra la tutela dell'avente diritto e la garanzia della sicurezza commerciale, quindi sottolinearne solo un lato non è giusto. Per questi motivi, considerando la differenza tra i beni mobili e immobili, la situazione attuale cinese e le esperienze legislative degli altri Paesi, ritengo che sia più adeguato adoperare un atteggiamento più prudente per i beni immobili, cioè riconoscendo sì l'acquisto della proprietà o altro diritto reale dei beni immobili dell'acquirente di buona fede, ma aggiungendo condizioni più strette di quelle previste per i beni mobili (ad es. non si può acquistare il bene immediatamente, ma dopo un periodo di possesso, ecc.). Così, i due scopi di tale istituto possono realizzarsi in modo migliore.

Un altro carattere dell'istituto cinese è che il bene deve essere alienato dietro il pagamento di un prezzo ragionevole. Tale disposizione è simile alla quella del BGB, però è diversa dalla norma dei c.c. svizzero, giapponese e cinese abrogato. Secondo esso, da un lato, tramite il negozio giuridico gratuito (ad es. la donazione, il legato, ecc.) l'acquirente di buona fede non può acquisire la cosa; d'altro lato, il prezzo pagato deve essere "ragionevole", perché secondo la dottrina dominante, se uno aliena la cosa altrui ad un prezzo ovviamente più basso, si presume la mala fede dell'acquirente. Infatti, questa è la differenza tra la disposizione cinese e quella tedesca: secondo la norma tedesca, basta un pagamento, di qualsiasi entità esso sia; invece, secondo quella cinese, il pagamento deve anche essere ragionevole, rispetto al valore della cosa. Per quanto riguarda le altre condizioni, ad es., la buona fede dell'acquirente, la concessione della cosa, non c'è tanta differenza tra le regole cinesi vigenti e quelle presenti nel c.c. cinese abrogato che si sono trattate nei paragrafi

precedenti.

A proposito delle cose smarrite, se sono state alienate, l'avente diritto può chiedere all'acquirente la restituzione entro 2 anni dal giorno in cui è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza di chi fosse l'acquirente. Però, se quest'ultimo ha acquistato la cosa smarrita attraverso un'asta o presso un esercente autorizzato, l'avente diritto non può chiedere la restituzione, salvo che egli rimborsi il prezzo pagato dall'acquirente. Tale regola è simile alla quelle del c.c. abrogato. Però, ci sono anche alcune differenze: 1) nel c.c. abrogato si parlava di cose smarrite e derubate, invece nella legge vigente si tratta solo delle cose smarrite, mentre le cose derubate non sono menzionate; 2) nel c.c. abrogato tale regola si considera come un'eccezione dell'acquisto dell'acquirente di buona fede, quindi si applica all'acquirente di buona fede. Mentre per quelli di mala fede, come abbiamo detto prima, si applica la rivendicazione. Invece nella legge vigente cinese, si parla solo dell'acquirente, non è chiaro se egli debba essere in buona fede o meno; 3) il periodo di 2 anni inizia, secondo il c.c. abrogato, dal giorno del furto o dello smarrimento, mentre per la legge vigente, inizia dal giorno in cui il proprietario originario è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'acquirente; 4) perché possa avvenire la restituzione del pagamento, secondo il c.c. abrogato, le cose devono essere state comprate nel mercato pubblico, o da un commerciante che venda cose dello stesso genere, o con la vendita d'asta. Invece, secondo la legge vigente le cose devono essere acquistate attraverso un'asta o presso un esercente autorizzato. Dalle prime due differenze, si vede che le disposizioni nel c.c. abrogato sono più prudenti e rigorose; dalle altre due differenze, si vede che, nella legge vigente, le condizioni per esercitare il diritto di richiedere la restituzione sono divenute più larghe e vantaggiose per l'avente diritto, rispetto a quanto non fossero nel c.c. abrogato.

Infine, secondo la legge vigente, dopo che il bene mobile sia stato acquistato dall'acquirente di buona fede, i diritti preesistenti su tale bene si estinguono, salvo il caso che l'acquirente, al momento dell'acquisto, fosse a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza, di tali diritti.

### **2.3 L'utilizzazione della cosa posseduta e l'acquisto dei frutti, il diritto del rimborso delle spese e la responsabilità per i danni**

L'utilizzazione della cosa posseduta, l'acquisto dei frutti ed il diritto del rimborso delle spese sono gli effetti giuridici del possesso derivanti dal diritto romano. Per tali effetti, ha importanza lo studio psicologico del possessore, poiché per il possessore di buona fede e di mala fede, gli effetti sono ovviamente diversi. Ora, trattiamo innanzitutto l'utilizzazione della cosa posseduta e l'acquisto dei frutti. Nell'art. 952 e 958 del c.c. abrogato, si stabiliva che "il possessore di buona fede può utilizzare e fruire della cosa posseduta, corrispondendo al diritto presunto che egli gode secondo la legge"; inoltre "il possessore di mala fede è tenuto a restituire i frutti. Se i frutti sono consumati o distrutti per sua colpa, o non sono stati percepiti per sua inerzia, egli è tenuto a versare un compenso pari al prezzo dei frutti". Da questi due articoli, sappiamo, prima di tutto, che il possessore di buona fede ha il diritto di utilizzare la cosa posseduta e di fruirne. Il possessore di buona fede è presunto come avente diritto della cosa posseduta, quindi è logico che gli sia permesso di utilizzare e fruire della cosa durante il suo possesso. Altrimenti, in caso di restituzione della cosa posseduta, egli deve restituire anche tutti i frutti e profitti acquistati tramite essa. Ovviamente, questa è una regola troppo rigida per il possessore di buona fede. Però, l'atto del possessore di buona fede di utilizzare e fruire la cosa deve corrispondere al diritto presunto, ed il diritto di presunto è deciso dall'atto dell'esercizio del potere di fatto sulla cosa del possessore, ad es., se il possessore si comporta come il proprietario, si presume essere il proprietario; se il possessore si comporta come il creditore pignoratizio, si presume essere il creditore pignoratizio. Quindi, solo nel caso che, secondo il diritto presunto, l'avente diritto possa utilizzare e fruire della cosa, il possessore di buona fede la può utilizzare e ne può fruire. Così, il possessore che si comporta come il creditore pignoratizio, anche se in buona fede, non può né utilizzare né fruire della cosa posseduta.<sup>256</sup> La parola "utilizzare" significa usare la cosa secondo la sua destinazione economica e "fruire" vuol dire acquistare i frutti, naturali o civili,

---

<sup>256</sup> Liang Huixing, Chen Huabin, *Il diritto reale*, Pechino, 2007, p.409

da essa provenienti. Quindi, tutti i profitti derivanti dall'utilizzazione e fruizione della cosa posseduta appartengono al possessore di buona fede.

Per quanto riguarda il possessore di mala fede, secondo il c.c. abrogato, egli deve restituire tutti i frutti o compensare il prezzo di essi. Il possessore di mala fede è cosciente o dovrebbe essere cosciente che la cosa posseduta appartenga ad un altro. Quindi, se gli si permettesse di mantenere i frutti, ciò sarebbe iniquo per l'avente diritto. A proposito dell'utilizzazione della cosa posseduta, sebbene non sia stabilita espressamente nel c.c. abrogato, nella dottrina come nella giurisprudenza, si ritiene però che il possessore di mala fede, al contrario di quello di buona fede, non abbia tale diritto.

Nella vigente legge cinese, per il possessore di buona fede, non si stabilisce il diritto di utilizzare la cosa posseduta e acquistare i frutti, però nella dottrina è pacifico che il possessore di buona fede goda di tale diritto, ed il possessore di mala fede no.

Un'altro argomento è il rimborso delle spese fatte dal possessore. Nel c.c. abrogato, le spese si dividono in spese necessarie, spese utili e spese di lusso, le quali corrispondono approssimativamente a riparazione, miglioramento e addizione di cui si parla nell'art. 1150 del c.c. it. Per diverse spese, il possessore di buona fede e di mala fede godono di diversi diritti. Per quanto riguarda il possessore di buona fede, secondo l'art. 954 e 955 del c.c. abrogato, "il possessore può chiedere al rivendicante il rimborso delle spese necessarie fatte per conservare la cosa posseduta. Però, se egli ha già percepito i frutti derivanti dalla cosa, non può richiedere tale rimborso"; e ancora "il possessore di buona fede può richiedere al rivendicante, nella misura dell'aumento esistente del valore della cosa posseduta, il rimborso delle spese fatte per migliorare la cosa medesima". Da tali norme si vede che, in principio, il possessore di buona fede poteva chiedere il rimborso delle spese necessarie e utili che aveva effettuato. Le spese necessarie sono le spese indispensabili per conservare e gestire la cosa posseduta. Senza tali spese, la cosa non può rimanere nel suo stato di normale funzionalità. Nel caso della restituzione, il possessore di buona fede può chiedere il rimborso di tali spese. Però, se egli ha già percepito i frutti della cosa posseduta, non può chiedere il rimborso delle spese necessarie, perché si ritiene che,

in tale caso, le spese fatte per conservare la cosa siano già compensate dai frutti percepiti. Se si permettesse anche il rimborso, il possessore di buona fede otterrebbe un arricchimento ingiusto. Inoltre, il possessore di buona fede non può chiedere tale rimborso neanche se le spese necessarie che ha effettuato superino i frutti percepiti.

Le spese utili sono quelle fatte per utilizzare o migliorare la cosa, e aumentano il valore della cosa stessa<sup>257</sup>. Per tali spese, secondo il c.c. abrogato, il possessore di buona fede può chiedere il rimborso, ma solo nella misura dell'attuale aumento del valore della cosa posseduta. Tali spese non sono necessarie per mantenere la funzionalità normale della cosa; quindi, in caso di restituzione, possono essere rimborsate solo nel limite del beneficio derivante da esse, che viene accettato effettivamente dal rivendicante. Se il rivendicante fosse tenuto a restituire totalmente tali spese, la parte che supera il beneficio accettato sarebbe un onere ingiusto per lui.

Le spese di lusso sono quelle spese che vanno oltre la necessità e l'utilità di gestire la cosa; di solito, sono fatte per il piacere o l'agevolazione personale del possessore. Tali spese non sono state fatte per la cosa posseduta, ma per colui che l'utilizza. Non si ritiene che il rivendicante possa ottenere benefici da spese di questo genere, quindi egli non è tenuto a rimborsarle.

Per quanto riguarda il possessore di mala fede, secondo lo stesso codice, "il possessore di mala fede può chiedere al rivendicante il rimborso delle spese necessarie fatte per mantenere la cosa posseduta, con riferimento alle regole riguardanti la gestione degli affari" (art. 957). Da tale regola, si deduce che anche il possessore di mala fede può essere rimborsato per le spese necessarie. Però, paragonato al possessore di buona fede, il diritto di rimborso del possessore di mala fede è più limitato, perché deve far riferimento alle regole della gestione degli affari. Quindi, secondo tali regole, il possessore di mala fede può essere rimborsato solo alle seguenti condizioni: le spese fatte sono favorevoli al rivendicante e non sono contrarie alla sua volontà espressa o presunta, in tale caso, il rimborso non è limitato al beneficio ricevuto dal rivendicante; le spese sono state fatte per adempiere i doveri di

---

<sup>257</sup> Id., p.329

diritto pubblico del rivendicante (ad es. per pagare le tasse); per le altre spese, il rimborso va computato nella misura del beneficio ricevutone dal rivendicante<sup>258</sup>.

Per le spese utili, nel codice stesso non si stabilisce espressamente se il possessore di mala fede possa essere rimborsato o meno,,perciò nella dottrina è aperta la discussione in merito. Alcuni autori ritengono che, giacché il possessore di mala fede è cosciente di possedere la cosa altrui senza giusta causa, non si può permettere la sua richiesta per il rimborso delle spese utili. Altrimenti, egli potrebbe abusare di questa opportunità solo per aumentare gli oneri del rivendicante. Alcuni autori ritengono invece che, se l'atto di miglioramento del possessore di mala fede corrisponde alle norme per la gestione degli affari, egli possa chiedere il rimborso secondo le regole relative. Poiché, anche se il possessore di mala fede possiede coscientemente la cosa altrui senza giusta causa, il suo atto di miglioramento è oggettivamente favorevole al rivendicante. Se quest'ultimo non gli rimborsasse tali spese, otterrebbe un arricchimento senza giusta causa. Le regole della gestione degli affari sono generali, non escludono di essere applicate nemmeno nel caso dell'esistenza di mala fede da parte del gestore. A mio avviso, la seconda opinione è più ragionevole. Perché lo scopo del rimborso spese è quello di equilibrare gli interessi delle due parti, non certo di sanzionare il possessore di mala fede. Nel caso che il suo atto si aconforme alla gestione degli affari, non c'è ragione di escluderlo dal richiedere il rimborso delle spese secondo le norme relative.

Nella vigente legge cinese si stabilisce che "qualora un bene immobile o mobile sia posseduto da un terzo, il titolare di diritto può rivendicare la cosa e i frutti di essa; tuttavia, devono essere corrisposte al possessore di buona fede le spese necessarie sostenute per il mantenimento di tale bene mobile o immobile" (art. 243)<sup>259</sup>. Questa è l'unica norma riguardante il rimborso delle spese effettuate dal possessore presente in questa legge. Nella prima parte di tale norma, si vede che l'avente diritto può rivendicare al possessore la cosa ed i frutti, da che si deduce che il possessore, anche

---

<sup>258</sup> Xie Zaiquan, *Sui diritti reali*, vol. II, Pechino, 1999, p.1000

<sup>259</sup> *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese V: legge sui diritti reali.*, Tradotta da Giuseppe Terracina, Torino, 2008, p.109

se di buona fede, non può percepire i frutti della cosa posseduta. In caso di restituzione, egli è tenuto a restituire tutti i frutti percepiti durante il suo possesso; se i frutti sono stati già consumati, egli deve corrispondere al rivendicante il valore di essi. Questa regola è abbastanza rigida, e altresì contraria al principio presente sia nel diritto romano, sia nel diritto italiano, sia nel c.c. abrogato, secondo cui il possessore di buona fede può percepire i frutti della cosa posseduta. Per quanto riguarda l'utilizzazione della cosa dalla parte del possessore di buona fede, non c'è una norma chiara in questa legge. A mio avviso, il possessore di buona fede dovrebbe poter godere di tale diritto. Altrimenti, in caso di restituzione, egli non solo dovrebbe restituire i frutti, ma anche produrre un compenso per la sua utilizzazione. Insomma, per quanto riguarda la percezione dei frutti, tale norma tratta il possessore di buona fede e di mala fede allo stesso modo; per di più non si prevede l'utilizzazione della cosa da parte del possessore di buona fede. Sebbene il possessore posseda la cosa altrui senza giusto titolo, egli almeno crede ragionevolmente che la cosa sia sua o di essere in diritto di possederla. Se si fa sì che il possessore sia tenuto a restituire tutti i frutti, lo si porta ad affrontare un grande rischio, soprattutto nel caso che egli possa essere risarcito da parte di chi gli ha dato la cosa. Quindi, in futuro c'è bisogno di aggiungere a questa legge il diritto del possessore di buona fede di percepire i frutti.

Nella seconda parte di tale norma si stabilisce che, nella restituzione della cosa, il rivendicante è tenuto a rimborsare le spese necessarie al possessore di buona fede. Anche questa è una formulazione molto rigida. Per il possessore di buona fede, il rimborso è limitato solo alle spese necessarie; per il possessore di mala fede, il rimborso non è espresso nella legge, ma secondo la dottrina egli può essere rimborsato per le spese necessarie con riferimento alle norme per la gestione degli affari<sup>260</sup>. Se il possessore ha migliorato la cosa posseduta, il possessore di buona fede può chiedere il rimborso delle spese fatte solo in base alle regole della gestione degli affari.

L'ultimo argomento è quello della responsabilità del possessore per i danni alla

---

<sup>260</sup> Liang Huixing, Chen Huabin, *Il diritto reale*, Pechino, 2007, p.410

cosa posseduta. Anche qui è importante lo stato psicologico del possessore. Per il possessore di buona fede, secondo c.c. abrogato, "il possessore di buona fede che ha cagionato il danneggiamento o il perimento della cosa posseduta per propria colpa è tenuto verso il rivendicante al risarcimento del danno nella misura del beneficio derivatogli da tale danno" (art. 953). In tale disposizione, il possessore di buona fede, secondo l'opinione più comune in dottrina e giurisprudenza, è il possessore di buona fede per sé, cioè la persona che possiede in buona fede la cosa altrui come propria. Si è, in questa norma, stabilita una responsabilità limitata per tale possessore, infatti il risarcimento è limitato solo al beneficio derivante al possessore dal danno. Per esempio, se il possessore ha percepito un compenso a titolo assicurativo, un risarcimento, un indennizzo, ecc. per il danno, egli è tenuto a restituire la somma percepita. Se tale somma non è sufficiente per coprire tutto il danno, il possessore di buona fede non è responsabile per la parte in eccesso. Questa è un favore legislativo verso il possessore di buona fede, perché secondo il legislatore, se questi fosse tenuto per tutto il danno, ciò sarebbe troppo severo.

Inoltre, tale danno deve essere causato per colpa propria; ossia, egli non è tenuto alla responsabilità ove il danno sia causato da forza maggiore o se l'incidente sia imprevedibile. Si discute, in dottrina, sul fatto che la parola "perimento" usata in tale articolo includa o meno l'alienazione. La maggiore parte degli studiosi ritiene di sì, perché il perimento include il perimento di fatto e il perimento di diritto, e l'alienazione è una situazione tipica del perimento di diritto. Quindi, se il possessore di buona fede ha alienato la cosa posseduta ad un terzo che l'ha recepita in buona fede, il primo è tenuto a restituire il prezzo al rivendicante.

Per il possessore di mala fede e il possessore in nome altrui, nello stesso codice si stabilisce che "il possessore di mala fede, oppure il possessore in nome altrui, che abbia cagionato il danneggiamento o il perimento della cosa posseduta per propria colpa è tenuto al risarcimento del danno al rivendicante" (art. 956). Da questa norma si vede che il possessore di mala fede e il possessore in nome altrui sono tenuti per i danni della cosa con responsabilità totale. Tali possessori sono coscienti o dovrebbero essere coscienti di possedere la cosa altrui, quindi hanno il dovere di esercitare

prudenza. Quando tale dovere è violato e sono causati dei danni, essi devono assumere l'intera responsabilità. Però, se il danno è causato da forza maggiore o da un incidente imprevedibile, i possessori sono immuni dalla responsabilità del risarcimento.

Nella legge cinese vigente ci sono due norme riguardanti la responsabilità del possessore. Una si trova nell'art. 242: "qualora il possessore, nell'uso di un bene mobile o immobile, cagioni un danno a tale bene, ove sia possessore di mala fede, è tenuto a risarcimento del danno"; l'altra è nell'art. 244: "qualora il bene immobile o mobile posseduto sia danneggiato o perisca e il titolare del diritto su di esso richiede il risarcimento, il possessore deve restituire a questo le somme percepite a titolo di assicurazione, risarcimento, indennizzo per il deterioramento o per il perimento; qualora il danno del titolare del diritto non abbia potuto ottenere un sufficiente indennizzo, il possessore di mala fede è tenuto al risarcimento (della parte residua) del danno"<sup>261</sup>. Nell'art. 242, si stabilisce chiaramente che il possessore di mala fede è tenuto al risarcimento del danno. Per quanto riguarda il possessore di buona fede, invece, non si è stabilita una regola corrispondente<sup>262</sup>. Alcuni autori ritengono che, secondo l'intenzione del legislatore, il possessore di buona fede sia immune al risarcimento del danno<sup>263</sup>. Però, a mio avviso, la suddetta opinione non è esatta. Per fissare la responsabilità del risarcimento del possessore, si deve analizzare l'art. 242 insieme all'art. 244. Ritengo che lo scopo dell'art. 242 sia di stabilire la responsabilità, e quello dell'art. 244 sia invece di precisare la sfera di tale responsabilità. Sebbene nell'art. 242 non sia menzionata la responsabilità del risarcimento da parte del possessore di buona fede, nell'art. 244, si dice però che "il possessore deve restituire...", qui, ovviamente, la parola "possessore" non intende il possessore di mala fede, essendo invece un termine generale, che include sia quello di mala fede che di buona fede. Per quanto riguarda la sfera della responsabilità, si stabilisce che "il possessore deve restituire a questo le somme percepite a titolo di assicurazione,

---

<sup>261</sup> *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese V: legge sui diritti reali.*, Tradotta da Giuseppe Terracina, Torino, 2008, p.109

<sup>262</sup> Wang Baofa, *Le domande e le risposte in pratica sul diritto reale*, Pechino, 2007, p.500

<sup>263</sup> Wang Shengming, *Le domande e le risposte sullo studio del diritto reale*, Pechino, 2007, p.394

risarcimento, indennizzo per il deterioramento o per il perimento; qualora il danno del titolare del diritto non abbia potuto ottenere un sufficiente indennizzo, il possessore di mala fede è tenuto al risarcimento (della parte residua) del danno". Da questa parte possiamo dedurre che, se il possessore, sia esso di buona fede o di mala fede, ha ottenuto il beneficio del danno (ad es. un risarcimento, un indennizzo, ecc.), egli è tenuto a restituire tutta la somma percepita all'avente diritto. Se tale somma non è sufficiente per coprire tutto il danno, il possessore di mala fede è anche tenuto a compensare la parte residua, mentre il possessore di buona fede è dispensato da questo obbligo. Insomma, la responsabilità del risarcimento del possessore nella legge cinese vigente è corrispondente a quella che era stata prevista nel c.c. abrogato: il possessore di buona fede è tenuto ad un risarcimento limitato, mentre il possessore di mala fede è tenuto al risarcimento totale.

### **3 La tutela del possesso**

Nel c.c. abrogato, come nel BGB, si stabilisce che per difendere il proprio possesso, il possessore può difendersi da sé, ossia può difendersi da solo contro l'atto dello spoglio o della turbativa del possesso. Alcuni autori ritengono che tale diritto sia un'incarnazione della giusta difesa nel campo della tutela del possesso<sup>264</sup>. Però, nella legge cinese vigente, come anche nel c.c. it., non esiste tale regola specifica nella tutela possessoria.

Per quanto riguarda le azioni possessorie, c'è grande corrispondenza tra le disposizioni nel c.c. abrogato e la legge vigente. Nell'art. 245 della legge vigente si stabilisce che "il possessore spogliato del possesso di un bene immobile o mobile può chiedere la reintegrazione; contro gli atti che turbano il possesso, il possessore ha il diritto di chiedere l'inibizione della turbativa o l'eliminazione del pericolo; il possessore ha il diritto di chiedere il risarcimento dei danni subiti dallo spoglio o dalla turbativa. Il diritto di reintegrazione, se non è stato esercitato dal possessore entro un

---

<sup>264</sup> Liu Dekuan, "Sul sistema delle azioni possessorie", in *Le polemiche nel diritto civile e le nuove prospettive*, Pechino, 2001, p.358

anno dallo spoglio, si estingue"<sup>265</sup>.

In tale norma sono stabiliti i diritti di reintegrazione e di manutenzione del possessore. Il diritto di reintegrazione è contro l'atto dello spoglio. Lo spoglio indica la privazione di tutto o di una parte del possesso da parte di un terzo, con un atto attivo, contro la volontà del possessore. Quindi, se la cosa è consegnata volentieri dal possessore, anche se per sbaglio o per una truffa; oppure è portata via a causa di forza naturale (ad es. il vento, l'acqua corrente, ecc.), essa non si considera come spogliata. Nel codice civile italiano, per applicare l'azione di reintegrazione, lo spoglio deve essere violento o clandestino. Il legislatore cinese, invece, non ha dato tale limite al concetto del possesso. Quindi, il possessore che ha subito lo spoglio del possesso in qualsiasi modo, anche se non violento e non clandestino, può chiedere la reintegrazione. La parte positiva dell'azione è il possessore che ha subito lo spoglio. Qui, il termine "possessore" indica qualsiasi possessore, il possessore diretto e indiretto, il possessore di buona fede e di mala fede, ecc. Però, il mero detentore non è incluso. La parte passiva dell'azione è invece colui che ha perpetrato lo spoglio contro il possessore. Sebbene non sia menzionato nella legge, è però pacifico nella dottrina che colui che ha acquistato la cosa, sapendo la sua provenienza, è anche tenuto a restituirla al possessore spogliato. Il periodo in cui si può applicare tale azione, secondo la legge vigente, è un anno. Tale durata inizia dal giorno dello spoglio ed è assoluta, cioè non può essere sospesa o terminata. Quindi, nel caso dello spoglio clandestino, la durata del diritto della reintegrazione nella legge cinese vigente (ma anche nel c.c. abrogato), non inizia, come è stabilito dal c.c. it., dal giorno della scoperta dello spoglio, ma dal giorno dello spoglio medesimo. Questa norma è molto rigida dal punto di vista di chi è spogliato del proprio possesso clandestinamente. Se egli non riesce a scoprire lo spoglio e ad esercitare il suo diritto di reintegrazione entro un anno, tale diritto si estingue. A mio avviso, sarebbe più giusto se si considerassero le diverse situazioni pratiche e si stabilissero regole diverse da parte del legislatore. In futuro, nell'ottica del miglioramento della legge, per raggiungere un

---

<sup>265</sup> *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese V: legge sui diritti reali.*, Tradotta da Giuseppe Terracina, Torino, 2008, p.109

risultato più equo, bisognerebbe stabilire una regola specifica meno rigida per colui che è spogliato del possesso clandestinamente.

Il diritto della manutenzione, nella legge cinese in vigore, come pure nel codice civile italiano, è contro la turbativa, reale o temuta, del possesso. Il termine "turbativa" ha un senso generale, che indica un atto, escluso lo spoglio, che impedisce ingiustamente l'esercizio del potere di fatto sulla cosa posseduta<sup>266</sup>. Nel caso della turbativa del possesso, secondo la legge vigente, il possessore ha diritto di chiedere l'inibizione della turbativa, se essa sia reale; o l'eliminazione del pericolo, se essa sia temuta. Nel c.c. it., tale azione si applica solo per il possesso dei beni immobili, di un diritto reale sopra un immobile o di un'universalità di beni mobili, mentre nella legge cinese vigente e nel c.c. abrogato, non è presente tale condizione. Quindi, anche il possessore di un bene mobile che abbia subito molestia può chiedere la manutenzione contro chi ha perpetrato la molestia. Inoltre, nel c.c. it., tale azione è data solo se "il possesso dura oltre un anno, continuo e ininterrotto, e non è stato acquistato violentemente o clandestinamente" (comma II, art. 1170). Però nella legge cinese in vigore tali vincoli non esistono. Quindi, anche colui che ha posseduto la cosa per pochi mesi o che ha ottenuto il possesso con violenza o in clandestinità può chiedere la manutenzione. Tale regola deriva dal BGB, e lo scopo principale è di tutelare il possessore molestato, pertanto non si considerano né la stabilità del possesso, né se sussistano vizi del possesso. Infine, nel c.c. abrogato, la durata dell'azione di manutenzione è, come quella di reintegrazione, pari ad un anno, a partire dal giorno della molestia. Però, nella legge vigente, si stabilisce solo che "Il diritto di reintegrazione, se non è stato esercitato dal possessore entro un anno dallo spoglio, si estingue", ma non si menziona la durata del diritto di manutenzione. Questo risulta un po' strano, perché nella dottrina è abbastanza scontato che anche il diritto della manutenzione possa essere dato solo entro un certo periodo di tempo, altrimenti esso sarebbe sfavorevole per la restaurazione del possesso molestato e per l'ordine sociale. La suddetta stranezza si può quindi considerare come una lacuna legislativa, per la

---

<sup>266</sup> Jiang Ping, Li Guoguang, *La classificazione e lo studio dell'applicazione delle disposizioni centrali della legge sui diritti reali*, Pechino, 2007, p.766

quale in futuro sarà meglio per il legislatore stabilire chiaramente la durata di tale diritto.

## Conclusione

Il possesso è senza dubbio uno dei concetti giuridici più dibattuti di tutti i tempi, dal diritto romano fino al diritto odierno. I giuristi di tutte le epoche non si sono mai risparmiati nel tentativo di trattare tutti gli aspetti di questo concetto, dalla sua origine, al suo significato, alla sua natura, ai suoi effetti giuridici, ecc., e hanno proposto numerose teorie ed opinioni su questo tema. I risultati dei giuristi passati sono preziosi, poiché, proprio grazie ai loro sforzi, ci arriva un quadro teorico del possesso più o meno chiaro e completo. Non ci dobbiamo però sentire soddisfatti dei risultati ormai acquisiti, perché oltre ad essi sussistono ancora tanti dubbi, grande ambiguità e innumerevoli discussioni su quasi tutti gli aspetti del possesso (soprattutto all'interno della teoria romana). Per questo motivo, il compito di trattare ancora questo tema tradizionale è molto importante per lo studio scientifico della giurisprudenza.

Questa tesi si è articolata in tre parti generali: la teoria del possesso nel diritto romano; il possesso nel diritto italiano moderno; il possesso nel diritto cinese. Ogni parte, suddivisa in capitoli, ha trattato vari aspetti del possesso nei tre ambiti suddetti. Nella prima parte si è trattata la teoria romana del possesso in cinque capitoli. Il tema principale affrontato nel primo capitolo riguarda la nozione e la natura del possesso. Nella prima parte di questo capitolo si sono introdotte le due teorie principali sulla nozione del possesso, cioè la teoria soggettiva e la teoria oggettiva. Si è detto che, secondo la prima, il possesso è il potere di fatto degli uomini sulle cose inteso nel suo senso più ampio, ovvero che la persona domini la cosa secondo il proprio volere, escludendo interferenze esterne. Tale "potere di fatto" si costituisce su due elementi essenziali, che sono il *corpus* e l'*animus*, ove il primo significa la signoria fisica della cosa, la detenzione, ed il secondo è un elemento volitivo da parte del possessore di mantenere la cosa sotto la propria signoria. Diversamente, secondo la teoria oggettiva, il possesso è la dominazione della cosa non esclusa dall'ordinamento giuridico, in altre parole, qualsiasi detenzione con una causa riconosciuta (non esclusa) dal diritto positivo è possesso.

Nella parte seguente si è trattata l'origine del possesso, originava ricordando come esso si sia originato dalla tutela del godimento dell'*ager publicus* nella società romana.

Nell'ultima parte è stata altresì discussa la natura del possesso, citando le opinioni di alcuni giuristi importanti sul tema, ad es. il Savigny, il Bonfante, l'Albertario, ecc.

Nel secondo capitolo si è trattato delle classificazioni del possesso. Come si è detto, le classificazioni più importanti del possesso nel diritto romano sono riassumibili nelle seguenti coppie antitetiche: il possesso naturale ed il possesso civile, il possesso di buona fede ed il possesso di male fede, il possesso giusto ed il possesso ingiusto. Queste diverse specie di possesso concernono i diversi effetti giuridici del possesso; per esempio, la classificazione del possesso di buona e di male fede concerne principalmente l'usucapione, gli acquisti dei frutti, il rimborso delle spese, ecc. Invece, la classificazione del possesso giusto ed ingiusto ha principalmente attinenza con la tutela interdittale. Si è inoltre notato che, nel lungo svolgimento del diritto romano, quasi tutti i concetti, gli istituti giuridici (il possesso incluso), hanno subito cambiamenti da epoca ad epoca, ed il significato preciso di ogni specie del possesso non è rimasto affatto fermo.

Successivamente, nel terzo capitolo si è discusso riguardo al tema del soggetto e oggetto del possesso. Nel diritto romano, poiché il possesso è una *res facti*, non si richiedeva la capacità di agire da parte del possessore; ma giacché il possesso produce comunque effetti giuridici, al possessore si deve fornire la capacità giuridica. Per quanto riguarda l'oggetto del possesso, si è detto che nell'età classica esso doveva essere corporale, *res commercium*, autonomo, *corpora ex distantibus* e certo. Solo nell'età postclassica si iniziò a riconoscere il possesso dei diritti reali, cioè il quasi possesso.

Nel capitolo quarto ci si è occupati dell'acquisto, la perdita e la conservazione del possesso. Nel diritto romano il possesso si costituisce su due elementi, cioè il *corpus* e l'*animus*; essi, perché vi sia possesso, devono esistere contemporaneamente. Questa è la regola basilare, ma si sono riconosciute anche eccezioni in situazioni specifiche. Per perdere il possesso, comunque, basta che venga meno uno dei due elementi costitutivi. Per la conservazione del possesso, le situazioni più discusse sono la conservazione del possesso per mezzo di terzi e il *retinere animo possessionem*. Riguardo all'acquisto, alla perdita e alla conservazione del possesso, si è fatto notare

che le regole principali sono semplici, mentre l'analisi delle singole situazioni pratiche è più complessa e ha maggiore importanza.

L'ultimo capitolo della parte romanistica è stato dedicato alla tutela interdittale del possesso. Nel diritto romano classico, poiché i possessori dell'*ager publicus* non avevano nessun diritto sulla terra che possedevano, essi non potevano essere protetti dalla procedura di *ius civile*, cioè l'*actio civilis*; ma si è visto come dalla pratica sorgessero esigenze di tutelare tali rapporti sociali. Per questo motivo, i pretori hanno usato la propria competenza giurisdizionale per creare i mezzi tramite cui i possessori potessero godere di tutela giuridica. In questo è stata individuata l'origine della tutela possessoria. Il mezzo per cui si tutelano i possessori è l'interdetto; nel diritto romano esistevano quattro interdetti possessori, cioè l'*interdictum uti possidentis*, l'*interdictum utrubi*, l'*interdictum de vi* e l'*interdictum de vi armata*. Ognuno di essi aveva la propria formula e funzione. Nel diritto giustiniano, a causa dell'evoluzione e riforma del diritto, scomparve l'originaria differenza tra la tutela del possesso e la tutela dei diritti. In questa parte, quindi, si sono trattati quasi tutti gli aspetti del possesso nel diritto romano. Nonostante per tutto il Novecento si siano susseguite discussioni tra i sostenitori della teoria soggettiva e quelli della teoria oggettiva, a mio avviso, dal punto di vista teorico la prima teoria incarna di più la realtà del diritto romano. Questo perché essa interpreta il concetto del possesso solo sulla base di due elementi costitutivi, cioè il *corpus* e l'*animus*; le trattazioni dei giureconsulti romani formano poi un sistema teorico più o meno logico e coerente. La ragione per cui, invece, la teoria oggettiva ha acquistato una posizione dominante nella legislazione dal Novecento è, a mio avviso, che essa può corrispondere alle esigenze pratiche delle società moderne in modo migliore, applicando la tutela possessoria ai rapporti materiali tra gli uomini e le cose nell'accezione più ampia possibile.

La seconda parte della tesi si è sviluppata in tre capitoli. Il primo capitolo ha discusso la nozione del possesso nel diritto italiano moderno. Per il fatto che nell'art.1140 del codice civile italiano non si esprime esplicitamente l'elemento volitivo nella definizione del possesso, secondo la maggiore parte della dottrina ciò non significa che la legislazione italiana abbia accettato la teoria oggettiva. Infatti,

带格式的: 字体颜色: 黑色

带格式的: 字体颜色: 黑色,  
非突出显示

带格式的: 字体颜色: 黑色

tramite uno studio approfondito di tutti gli articoli riguardanti il possesso, è emerso che, per la legislazione italiana, l'elemento soggettivo nel concetto di possesso è imprescindibile.

Nel secondo capitolo di questa parte, si sono trattati gli effetti giuridici del possesso previsti dal codice civile italiano. Si è ricordato che il diritto civile italiano moderno non è stato influenzato solo dal diritto romano, ma anche da altre fonti, ad es. il diritto germanico, il diritto canonico ecc., e pertanto negli effetti giuridici del possesso contemplati dal moderno diritto italiano si trovano sia regole che corrispondono alla teoria romana, sia regole diverse da quella. Il diritto di acquistare i frutti, di essere rimborsato per le spese e l'usucapione dalla parte del possessore sono tutti ereditati dal sistema romano; dal diritto germanico, ad esempio, ha origine l'acquisizione dei diritti sui beni mobili *a non domino*.

带格式的: 字体颜色: 黑色,  
非突出显示

带格式的: 字体颜色: 黑色

L'ultimo capitolo di tale parte è stato dedicato alle azioni possessorie. nel diritto italiano moderno sono due, cioè l'azione di reintegrazione e l'azione di manutenzione. La prima si applica quando il possessore o il detentore (tranne il caso che l'abbia per ragioni di servizio o di ospitalità) sia spogliato totalmente o parzialmente del suo possesso o detenzione dall'atto violento o clandestino di terzi. La seconda, invece, si applica quando il possessore di un bene immobile, di un diritto reale sopra un bene immobile o dell'università dei beni mobili, che abbia posseduto pacificamente e pubblicamente per più di un anno, abbia subito molestia del suo possesso dal terzo. Insomma, il possesso nel diritto italiano moderno, anche se influenzato in modo moderato anche da altre fonti, prosegue tuttavia la tradizione romana e non è diventato un concetto "oggettivo", nel senso di esprimere un puro rapporto materiale (come le relative situazioni nel codice civile tedesco, svizzero, giapponese, ecc.) . A mio parere, il modello possessorio nel diritto italiano ha dimostrato che la nozione ed il sistema romano classico del possesso si possono adeguare bene alla realtà delle società moderne. Questo perché un sistema giuridico maturo (come quello romano) aveva in sé un meccanismo atto a regolarsi ed adeguarsi a diverse situazioni sociali. Esso incarna la parte essenziale di ogni società ed epoca umana. Questa è la ragione per cui il possesso romano ha funzionato in tutto il tempo romano e può funzionare

带格式的: 字体颜色: 黑色,  
非突出显示

带格式的: 字体颜色: 黑色

anche oggi.

L'ultima parte della tesi ha tentato di delineare la situazione del possesso nel diritto cinese. Sebbene la Cina abbia una lunga tradizione giuridica, la sua legislazione moderna è abbastanza giovane. Il processo di legislazione moderna in Cina iniziava i primi anni del secolo scorso. Il primo codice civile è stato messo in vigore nel 1930 e abrogato nell'anno di 1949 (questo codice è in vigore ancora oggi nell'isola di Taiwan, dove il governo della Repubblica Cinese si era trasferito nel 1949). Dopo una lunga sospensione, si è visto che solo dall'inizio degli anni ottanta la Cina ha ripreso il suo processo legislativo. Nell'anno 2007, come ricordato, veniva approvata e messa in vigore la legge sui diritti reali. Sia nel codice civile abrogato che nella legge vigente è previsto il possesso. Il codice civile abrogato aveva seguito il modello tedesco, in cui la nozione del possesso incarnava di più la teoria oggettiva. Nella legge vigente, secondo la maggiore parte della dottrina, il concetto del possesso ha sempre lo stesso significato, vale a dire qualsiasi dominazione reale degli uomini sulle cose, salvo che il diritto positivo abbia previsto contrariamente. Per quanto riguarda gli effetti giuridici, nella legge vigente essi includono principalmente l'acquisto dei diritti del possessore di buona fede *a non domino*, l'utilizzazione della cosa posseduta e l'acquisto dei frutti, il diritto di rimborso delle spese e la responsabilità per i danni, ecc. La tutela possessoria nella legge vigente corrisponde più o meno a quella italiana, includendo l'azione di reintegrazione e l'azione di manutenzione. Però, a grandi linee, le richieste della tutela possessoria nella legge vigente cinese risultano più larghe e quindi più vantaggiose per il possessore. Nonostante il possesso sia previsto nella legge cinese, però, per quanto riguarda i suoi contenuti specifici, c'è ancora tanto da fare per migliorarlo, ad esempio, nella legge mancano parecchie regole fondamentali, persistono ancora ambiguità e lacune nelle disposizioni esistenti, ecc. Quindi il primo nostro compito è di eliminare tali difetti e costituire un sistema giuridico chiaro, logico e completo. Io credo che, nel processo del miglioramento legislativo in Cina, la teoria romana e la legislazione italiana potranno contribuire grandemente.

## BIBLIOGRAFIA

- Albanese, B., *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985
- Albertario, E., “La terminologia del possesso”, in *Bull. VII*
- Albertario, E., *Corso di diritto romano*, 1948
- Albertario, E., *Corso di diritto romano: il possesso* vol.II, Padova, 1914
- Albertario, E., *Il possesso romano*, Padova, 1932
- Alberto Levoni, *La tutela del possesso*, Milano, 1979
- Alibrandi, I., *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871
- Arangio–Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2002
- Barassi, L., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952
- Bonfante, P., “Il punto di partenza nella teoria romana di possesso”, In *Scritti vari giuridici* vol. III
- Bonfante, P., “La *possessio civilis* e la *possessio naturalis*”, in *Scritti vari giuridici* vol. III
- Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. III, Milano, 1972
- Bonfante, P., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1987
- Bozza, F., *Il possesso*, Napoli, 1935
- Brini, G., *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano*, Roma, 1978
- Brudese, A., “Sulla capacità intellettuale degli impuberes in diritto romano”, in *Archivio Giuridico CL*
- Brudese, A., *Studi sull’ager publicus*, Torino, 1952
- Capogrossi Colognesi, L., *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma, 1994
- Capone, G., “Saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma”, in *Bull.L*

- Carcaterra, A., “La voce *possidere* ad un esame filologico–giuridico”, In *Archivio giuridico*, 1963
- Fabi, B., *Aspetti del possesso romano*, Roma, 1973
- Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1908
- Francisci, P. (de), *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, 1968
- *Institutionum graeca Pharaphrasis*, 2, 9, 4
- Jiang Ping, Li Guoguang, *La classificazione e lo studio dell’applicazione delle disposizioni centrali della legge sui diritti reali*, Pechino , 2007
- Lambrini, P., *L’elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998.
- Levoni, A., *La tutela del possesso*, Milano, 1979
- Liang Huixing, Chen Huabin, *Il diritto reale*, Pechino, 2007
- Liu Dekuan, “Sul sistema delle azioni possessorie”, in *Le polemiche nel diritto civile e le nuove prospettive*, Pechino, 2001
- Longo, G., “In tema di acquisto del possesso”, in *Bull. XLII*
- Montel, A., *Il possesso di buona fede*, Padova, 1935
- Montel, A., *Il possesso*, Torino, 1962
- Natoli, U., *Il possesso*, Milano, 1992
- Nicosia, G., *Il possesso*, Catania, 1997 p.101
- Perozzi, S., *Istituzioni di diritto romano*, 1928
- Riccobono, S., “La teoria romana dei rapporti di possesso”, in *Bull. XXVIII–12*
- Riccobono, S., *Corso di diritto romano: il possesso*, Roma, 1935
- Rotondi, G., “Possessio quae animo retinetur”, In *Bull. XXX*
- Ruggiero, R. (de), *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, Milano
- Sacco, R. e Caterina, R., *Il possesso*, Milano, 2000
- Savigny, F.C. (von), *Trattato del possesso secondo i principi del diritto romano* Tradotto e annotato da Raffaele Andreoli, 1857

- Scioli, F., *Il possesso*, Torino, 2002
- Shi Shangkuan, *Sui diritti reali*, Pechino, 2000
- Terracina, G., (trad.), *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese V: legge sui diritti reali.*, Torino, 2008
- Tomassetti, A., *Il possesso*, UTET, 2005
- Vat.Fra.264.265, D.39.5.31.1, D.16.3.5
- Wang Baofa, *Le domande e le risposte in pratica sul diritto reale*, Pechino, 2007
- Wang Liming, *Studio sui diritti reali*, Pechino, 2007
- Wang Shengming, *Le domande e le risposte sullo studio del diritto reale*, Pechino, 2007
- Wang Zejian, *I diritti reali: i diritti reali di godimento e il possesso*, Pechino, 2001
- Xie Zaiquan, *Sui diritti reali*, vol. II, Pechino, 1999