



La proprietà, i possessi, la detenzione



Carlo Argiroffi

SOMMARIO: 1. Il significato delle definizioni. – 2. I concetti giuridici scritti nel codice. – 3. Confronto diacronico delle definizioni contenute nei due codici civili italiani. – 4. *Segue*: la proprietà. – 5. *Segue*: i possessi. – 6. *Segue*: la detenzione. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Il significato delle definizioni

Le riflessioni contenute nel presente scritto derivano dalla lettura di un interessante libro recente¹ dedicato alla detenzione e, in particolare, come si precisa nel suo sottotitolo, alle situazioni di fatto contrapposte al possesso. Dichiaro subito che si tratta di uno studio le cui conclusioni condivido quasi per intero. Nel corso del presente saggio indicherò le poche soluzioni lì proposte che non mi persuadono.

Come risulta dalla stessa contrapposizione enunciata nel sottotitolo, ribadita programmaticamente nella introduzione e sviluppata *funditus* nel secondo capitolo dell'opera, la definizione della detenzione viene tracciata demarcando la sua linea di confine, ossia confrontandola con la nozione di possesso. L'impostazione mi sembra pienamente convincente. Si segue con profitto il disegno contenuto nel codice. Al riguardo appare oltremodo probante, così come è sancita dal 2° comma dell'art. 1140 c.c., la relazione intersoggettiva che, mediata da un contratto, intercorre tra detentore e possessore.

Desidero anch'io, senza enunciare nulla di nuovo e traendo spunto dalle argomentazioni contenute nel libro di Omodei Salè, fornire un contributo elementare per la definizione della nozione di detenzione.

Quando si ragiona attorno a nozioni concettuali e a definizioni di istituti giuridici, che senza dubbio sono i parametri e i riferimenti più spesso ricorrenti nel lavoro di Omodei Salè; quando, per tracciare le differenze tra figure affini, si riflette sui significati normativi dei nomi; quando si decide di intraprendere una metodologia così raffinata e pericolosa, mi sembra opportuna, per il lettore, un'avvertenza preliminare. Chiarisco subito che le considerazioni che sto per formulare non costituiscono per niente

¹ R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni, Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012.

un appunto critico alla impostazione seguita nel libro sulla detenzione. Desidero solo precisare in anticipo alcune idee che intendo utilizzare per render più comprensibili le mie riflessioni. Per la materia possessoria, i richiami al passato contenuti nel libro, se non mi inganno, risalgono all'inizio del XIX secolo, ossia alla contrapposizione teorica storicamente legata alle figure di Savigny e di Jhering con riguardo alla ricostruzione della *possessio* romana.

A questo punto desidero pure io mettermi in sintonia con i parametri di riflessione contenuti nel bel libro di Omodei Salè; in particolare, provo anche io a ragionare attorno agli schemi concettuali delle definizioni degli istituti giuridici.

È evidente che una tale impostazione richiama alla mente un graffiante aforisma, "incisivo ed oscuro insieme", che ha ormai assunto le cadenze stilistiche di un proverbio. Mi riferisco alla famosa riflessione tramandatoci dai redattori del *Corpus iuris civilis*. Essi, eccerpendo un brano di Giavoleno, ci avvertivano, quasi a chiudere l'ultimo titolo dell'ultimo libro dei Digesti, che *omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti potest*.

Nella scienza del diritto civile i giuristi romani utilizzarono *definitio* e *definire* in una pluralità evolutiva di significati, derivandoli gli uni dagli altri. Al riguardo è possibile proporre uno schema nel quale inserire le diverse accezioni del termine, dimostrando, al contempo, che ogni nuovo significato scaturisce dal precedente. Molti di questi valori, sebbene dimenticati, sono ancora oggi validi e utilizzabili. Mi sembra opportuno richiamarli, anche per consentire di valutare più agevolmente le argomentazioni che intendo avanzare su un terreno, quello della detenzione, che, come avverte il Prof. Sacco dettando una telegrafica e plaudente prefazione al libro, "è stato arato e continua ad essere arato con cura". È difficile pensare, conoscendo il suo autore, che tale metafora agricola e campestre sia stata adoperata a caso.

Il significato originario del verbo *definire* è veicolato, anche se ciò risulta illustrato in pochissime testimonianze delle fonti giuridiche², dalla operazione di apposizione di segni (*finis*) materiali lungo i confini di un terreno. Numerosi sono, invece, i brani del digesto che contengono una colorazione diversa. Si tratta pur sempre di un senso traslato e derivato dal valore originario del termine *definitio*: quei passi si riferiscono alle attività materiali o mentali impiegate per separare o specificare entità giuridicamente rilevanti come il denaro (*mercedem definire*), per fissare intervalli temporali (*temporis lege definiti*), per determinare (*definitio*) da parte del giudice un *numerus dierum* per la esecuzione di una condanna, per stabilire la quantità e la individuazione delle cose legate, separandole dalla massa ereditaria.

Una terza accezione, sempre derivata dall'originario termine agreste, indica l'operazione mentale necessaria per spiegare il significato di una parola distinguendola da altri termini. Famoso è al riguardo l'*incipit* del Digesto ove Ulpiano riferisce la elegante definizione di *ius* fornita da Celso. Si tratta di una utilizzazione del verbo *definire* che è presente e frequente anche nelle fonti latine diverse da quelle legali.

² D. 50,16, 239, 6 (Pomp. l. s. *enchir.*) *Urbs ab urbe appellata est: urbare est aratro definire, et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet*. Il verbo *urbare* o *urvare*, nel richiamare alla mente la legenda della fondazione di Roma, indica l'attività necessaria per individuare lo spazio di terreno tracciato dall'aratro per definire il circuito di una città da fondare.

Immediatamente e intuitivamente legato al significato precedente è poi quella attività mentale che consente di individuare gli esatti confini di un istituto giuridico differenziandolo dalle categorie *affini*. Anche l'aggettivo appena utilizzato presenta una derivazione dal termine *finis*, comune con *definitio* e *definire*. In questa ulteriore prospettiva la terminologia che sto esaminando assume la nuova valenza di operazione mentale necessaria per la distinzione e la classificazione dogmatica di fenomeni simili. Paradigmatico è al riguardo quel brano del digesto³ che rappresenta una delle testimonianze più affascinanti della giurisprudenza romana e nel quale, attraverso gli scritti di Ulpiano, ci è consentito di assistere, quasi in diretta, alla invenzione della figura del contratto. Questa creazione è attribuita a Labeone e precisamente, quando nel suo primo libro del commentario all'editto del pretore urbano, imbattendosi in uno dei tre verbi adoperati all'inizio di quel particolare programma normativo (*lex annua*), l'antico giurista campano "*definit quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrabuntur*"⁴.

Un quinto significato di *definitio* e *definire* lo si trova poi nelle fonti imperiali e nelle opere dei giureconsulti in età prossima alla compilazione giustiniana. In questo caso la derivazione dall'originario *finis* quale segno materiale posto sul confine è meno evidente, ma non meno certa. Con questo ulteriore valore il verbo assume un connotato imperativo come sinonimo di disporre legislativamente, di porre norme, di emanare disposizioni vincolanti perché di provenienza imperiale. Se si osserva con attenzione il fenomeno del *definire* si deve rilevare che anche i valori in precedenza enucleati esprimono in qualche maniera l'idea del potere e della autorità. Segnare materialmente i confini, delimitare quantitativamente alcune entità, attribuire un significato tecnico ai nomi, determinare schemi e classificazioni sottende e implica la *potestas* dei protagonisti che eseguono le operazioni appena elencate: gramatici, giudici, giuristi, imperatori.

Sempre in riferimento a questo nuovo e ulteriore valore diventa esemplare la traccia offerta dall'*actio finium regundorum*, in cui ricorre l'espressione *regere fines*. Il rimedio processuale è connesso, allo scopo di porre fine ad una lite tra privati, con la autorità del giudice; *regere* significa tracciare una linea dritta per porre *fines*, ossia segni materiali di confine. Da *regula* che è appunto lo strumento che serviva per tracciare le linee sul terreno, si sviluppa il significato traslato di comando, regola, norma.

Mentre nei primi quattro significati di *definire* è solo implicita una sfumatura di potere vincolante, esso diviene preponderante nella nuova accezione postclassica, "anche se non si possono, a stretto rigore, escludere del tutto scarsissimi e ambigui

³ D. 50,16, 19 (Ulp. 11 ad Sab.)

⁴ Vorrei al riguardo procedere ad una osservazione elementare. I redattori del Digesto, a proposito della emersione della figura del contratto, utilizzarono un brano tratto dal libro undicesimo del commentario *ad edictum* di Ulpiano, ove il giurista dell'età dei Severi, avvertiva la esigenza di citare Labeone, un giurista del tempo di Augusto e la sua *definitio*. Da questa catena di citazioni e di rimandi si può trarre un insegnamento. È da sempre necessario allacciare il proprio pensiero e i propri schemi teorici a quello degli altri, confrontandone la coerenza, limandolo e precisandolo continuamente. È questo il modo storico di dimostrare la qualità sistematica dei propri concetti; la loro idoneità ad inserirsi con coerenza nell'intero pensiero giuridico.

precedenti nella giurisprudenza classica”⁵. Appare paradigmatico di questo quinto valore una testimonianza tratta da un brano del Codice Teodosiano⁶, ove è riportata una *constitutio* di Costantino in tema di prova nella azione di rivendica. L’Imperatore, pur consapevole di un contrario e assodato pensiero giurisprudenziale e di precedenti rescritti delle cancellerie (*veteris iuris definitio e principum rescripta*), tuttavia, spinto da esigenze di equità e di giustizia, comanda che anche il possessore convenuto debba giustificare e provare il presupposto del suo potere sulla cosa.

Esiste, infine, un’ultima accezione del verbo *definire* che interessa poco nella economia del presente lavoro: portare a termine una lite giudiziale, transigere una controversia, concludere un accordo. Dall’originario significato di confine materiale si passa alla fine, al momento conclusivo di una procedura giuridica, di un negozio, di un’azione processuale.

Tornando al diritto positivo, viene naturale domandarsi quali dei significati di *definire*, rinvenuti presso i giuristi romani, sia ancora oggi valido e suscettibile di utilizzazione. Per una stranissima e curiosa circostanza, l’ho poco sopra rilevata, il Digesto giustiniano si apre con la famosa definizione di *ius*, coordinata con *iustitia* e *bonum et aequum*, e si chiude con l’avvertenza della pericolosità delle definizioni nella scienza civilistica. Per facilitare la scelta provo a sintetizzare i sei valori del verbo *definire*.

All’inizio il verbo indicava l’operazione di apporre segni materiali ai confini di un appezzamento di terreno. Nel secondo significato designava l’attività necessaria a distinguere o a specificare quantità giuridicamente rilevanti (denaro, tempo, cose legate). Come terza accezione (*verborum definitio* o *explicatio*), il verbo individuava l’attività mentale necessaria a spiegare il significato dei termini giuridici (l’*incipit* del Digesto). Con il suo quarto significato si pongono a raffronto, per meglio distinguerli, fenomeni giuridici affini (*agere, contrahere*) e quindi sui risultati così ottenuti si costruiscono schemi ordinatori e classificatori. Nella quinta accezione, usato soprattutto con riferimento alla attività dell’imperatore, la *definitio* implica la formulazione di una regola giuridicamente vincolante. L’ultimo valore attribuito a *finis* è quello di punto finale o termine di una procedura giuridicamente rilevante.

I primi due significati e l’ultimo appaiono per un giurista positivo quasi ininfluenti. Il primo si può relegare alle curiosità etimologiche; la seconda e la sesta attività, anticamente individuate anche con il verbo *definire*, hanno oggi assunto terminologie e connotati completamente diversi.

Le rimanenti tre accezioni del termine *definire*, così come esse emergono dalle fonti della giurisprudenza romana, sono ancora oggi valide e suscettibili di utilizzazione.

Mettendomi in sintonia con il modo di argomentare del libro sulla detenzione dal

⁵ B. ALBANESE, “Definitio periculosa”. *Un singolare caso di duplex interpretatio*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Palermo, 1991, 751. Desidero precisare che le riflessioni sul significato del verbo *definire* sono integralmente ispirate e tratte dal pensiero di questo illustre Maestro romanista.

⁶ Dal Codice Teodosiano: CTh. 11,39,1 (Constantinus, Naisso, 17 sept. 325) *Etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat, sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur.*

quale ho preso spunto per il presente scritto, userò nei paragrafi successivi il terzo e il quarto significato di definizione. Più esattamente approfondirò quel tipo di attività argomentativa che concretizza quelle due accezioni. In particolare desidero utilizzare quel profilo che attiene alla *explicatio vel definitio verborum* e quello che riguarda l'attività diretta a raffrontare tra loro, per meglio distinguerli, istituti affini, costruendo attorno a loro schemi ordinatori. L'impegno necessario a spiegare il significato di un termine, per esempio la detenzione, oppure l'attività occorrente per raffrontare tra loro istituti simili, per esempio il possesso con la detenzione, oppure la detenzione normale con quella per ragioni di servizio o di ospitalità, allo scopo di costruire modelli classificatori, appaiono oggi come due modalità di ragionamenti meno diverse tra loro rispetto a quanto emerge dalla riflessione filosofica, retorica e giuridica della Roma antica.

A questo punto e per inciso, voglio osservare di essere pienamente convinto della tesi di chi⁷ ha dimostrato che l'aforisma di Giavoleno, circa la pericolosità delle definizioni nella scienza civilistica, si riferisce proprio alla operazione mentale di raffronto e schematizzazione di figure affini. Ci vuole poco, infatti, perché qualsiasi comparazione definitoria non possa essere sovvertita o capovolta: *parum est enim, ut non subverti posset*. Basta osservare, e a ciò dedicheremo i prossimi paragrafi, gli schemi distintivi tra il possesso e la detenzione adoperati nel passato, più o meno recente, per comprendere che tali criteri classificatori appaiono assolutamente cangianti e insicuri.

Prima di chiudere il presente paragrafo dedicato alle premesse, desidero soffermarmi sul quinto significato del verbo *definire*. Mi riferisco a quella particolare accezione che emerse sporadicamente nell'ultimo periodo dell'esperienza storica del diritto romano, ossia quello che precedette di pochi secoli la compilazione giustiniana. Ciò che inizialmente e per lungo tempo consisteva in una netta differenza tra *definitio* e *regula iuris*, finisce, a poco a poco, per diventare un sinonimo; anzi la medesima cosa. Prima la *definitio* era il frutto esclusivo di una attività scientifica che mirava ad attribuire significati ai nomi che comparivano nei testi legislativi (*leges rogatae, senatusconsulta, plebiscita*), ovvero il risultato di una riflessione che proponeva classificazioni ordinanti tra fenomeni affini (*agere, contrahere, gerere*), incontrati leggendo l'editto pretorio. Le definizioni, in estrema sintesi, fornivano i concetti necessari a ricevere, ordinare e sistemare i precetti e i confini di ogni precetto. All'inizio *edicta, mandata, decreta, rescripta, constitutiones* promanavano dal *princeps* non nella veste di legislatore, ma di interprete. All'inizio l'imperatore non pone la norma, ma la esistenza di essa viene desunta dai rescritti e dai decreti come se si trattasse della comune opinione dei giuristi⁸. Solo al termine di una lenta evoluzione gli atti dell'imperatore cambiano significato, assumendo anche la valenza di *regulae iuris*, ossia di atti di imperio emanati

⁷ B. ALBANESE, "Definitio periculosa". *Un singolare caso di duplex interpretatio*, cit., 766.

⁸ Desidero segnalare un fenomeno parallelo che si sarebbe ripresentato quasi identico dopo molti secoli. Nella Francia dell'*Ancien Régime*, il re con le sue *ordonnances* non emanava provvedimenti legislativi, ma sanzionava e dava rilevanza ai risultati conseguiti dai giureconsulti. Si tratta di una lunga schiera di giuristi, *mèlés encore à la pratique* e capaci al contempo di comporre opere teoriche e tra i quali, come esempi più illustri, spiccano i nomi di Domat e di Pothier.

con lo scopo di vincolare i consociati: *quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia*⁹.

Il verbo *definire* implica e assume, alla fine, una nuova connotazione, sicuramente aliena rispetto al tempo in cui visse Giavoleno: quella di stabilire e quindi di vincolare normativamente. Proprio in tale accezione, è usato soprattutto con riferimento alla variegata attività legislativa dell'imperatore.

Con questa nuova idea comincia a ingenerarsi la convinzione obbligata secondo cui il diritto va identificato con la parola dell'imperatore nella veste di legislatore. Si realizza una commistione tra la *veritas iuris*, compito della scienza giuridica (*responsa prudentium*) che interpreta i comandi, e la potestà vincolante (*imperium et potestas*) del legislatore. Cominciano a confondersi tra loro due prerogative che, con la loro attribuzione a protagonisti diversi, avevano garantito nel corso dei secoli precedenti il buon funzionamento della giustizia e il continuo perfezionamento dell'ordinamento giuridico¹⁰. Nell'ultimo periodo di quello che noi moderni chiamiamo diritto romano, assistiamo, lo ripeto, ad una nuova colorazione del verbo *definire*. Nella persona dell'imperatore finiscono per accentrarsi due ruoli: non solo quello nuovo di legislatore, con il compito di porre comandi, ma anche quello di *iuris peritus*, con la mansione di scrivere i concetti e le definizioni che servono a rendere intellegibili e, quindi, coercibili quei comandi. A partire dalla redazione del Digesto, non vi è stato legislatore, che, geloso del suo presunto primato nella produzione del diritto, non abbia manifestato il desiderio che la sua opera venisse sottratta alla corruzione della scienza.

Questo peculiare valore del verbo *definire*, ottenuto mescolando i concetti giuridici con la vincolatività del comando legislativo, è quello che, sicuramente¹¹, ha avuto maggiori influenze nell'epoca moderna. Provo a chiarire questa mia affermazione con poche battute.

2. I concetti giuridici scritti nel codice

Le leggi nascono per iscritto, le consuetudini possono essere redatte per iscritto¹², ma nessuno, fino a Napoleone, aveva avuto l'idea di portare alle estreme conseguenze

⁹ D. 1, 4, 1 pr. (Ulp. 1 inst.)

¹⁰ Risulta piuttosto antica l'osservazione secondo cui l'ordinamento si regge soprattutto sul pensiero dei *iuris periti*, piuttosto che sull'opera del legislatore. Essa in fondo è condensata in una frase famosa di Cicerone (*De off.* 1, 10, 33), il quale avvertiva, contro il rischio dei formalismi, che il *ius*, senza adeguati e continui correttivi, può facilmente mutarsi in *iniuria*: *summum ius, summa iniuria*.

“Si tratta di un'intuizione che riassume, con la incisiva forza di persuasione propria dei paradossi, tutto il movimento culturale che rinnovò l'antico *ius* di Roma nel momento storico in cui la *civitas* si trasformò in impero; e però si tratta anche di un'intuizione valida per ogni tempo”. Così B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, 82.

¹¹ Per un approfondimento della tematica, mi permetto di rinviare al mio saggio *Crisi del codice civile: scienza giuridica e individuo*, in *Soggetti e norma individuo e società*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1987, 125 ss.

¹² *Charle VII le Victorieux* ordinò nel 1453 la redazione delle consuetudini, dando origine al diritto consuetudinario francese (*Droit coutumier*), progenitore del *Code* e modello anche del nostro modo di redigere i testi legislativi.

ze, traducendola in realtà, l'ultima accezione della *definitio* romana: l'attuazione, con il codice, di un ordinamento giuridico completamente redatto per iscritto¹³. La realizzazione di questa idea ha il sapore del paradosso, perché l'ordinamento giuridico è, ed è sempre stato, un rapporto in continua e costante ricomposizione. Un diritto scolpito o stampato è un controsenso. Il *Code civil* del 1804 è uno strumento, anzi è diventato un modello copiato esportato e ormai insostituibile, che ha consentito al legislatore di scrivere non solo, come ha sempre fatto, la legge ma anche l'ordinamento giuridico nella sua interezza. Il *Code* del 1804 contiene i comandi e i concetti giuridici per interpretarli sistematicamente. Il *Code* del 1804 fonde e fissa per iscritto sia le fonti sia i concetti, i due elementi ossia, che costituiscono il diritto oggettivo. Il *Code* del 1804 compone la *definitio* e la impone come regola giuridica, parificando l'una con l'altra; circostanza questa che nella esperienza di Roma antica si verificò soltanto in alcune parti della materia civilistica e solamente nell'ultimo periodo imperiale. Il *Code* del 1804 è non soltanto fonte del diritto, ma anche diritto oggettivo nella sua complessa vastità di ordinamento fissato, per la prima volta e per intero, per iscritto.

Prima di quella data si poteva affermare che qualunque legge presupponesse un ordinamento giuridico. Adopero il verbo presupporre proprio nel senso etimologico della preesistenza. Il *Code*, al contrario, non presuppone un ordinamento, ma diventa esso stesso un nuovo ordinamento: il suo art. 7 ha abrogato l'intero ordinamento precedente¹⁴. Proprio per questa sua pretesa, il codice non è una legge come le altre: da questa constatazione deriva quel paradosso di cui scrivevo poco sopra.

¹³ Prima della codificazione napoleonica con la espressione *diritto scritto* si indicava tradizionalmente il diritto romano, il quale, neppure per finzione, può essere considerato legislativo. D'altra parte al momento della promulgazione del *Corpus iuris civilis*, la Francia da tempo non faceva più parte dell'Impero e in Italia la dominazione bizantina fu fortemente circoscritta. Tuttavia il diritto privato giustiniano, fino alle codificazioni nazionali e da ultima quella tedesca del 1900, fu considerato diritto comune vigente accanto a norme di altra origine.

Diritto non scritto, prima della codificazione, era, invece il diritto consuetudinario anche se, a partire, dal XVI secolo, questo risultava quasi interamente redatto per iscritto. Dopo la codificazione francese *diritto scritto* ha assunto un significato del tutto nuovo e perfettamente coerente, aggiungo, con la accezione di *definitio* che emerse nell'ultimo periodo del diritto imperiale bizantino.

¹⁴ Osservo che il contenuto dell'art. 7 del *Code* non ha niente da spartire con le formule di stile poste a chiusura delle nostre leggi e con le quali vengono abrogate genericamente tutte le disposizioni anteriori incompatibili. Al contrario il richiamato art. 7 cancella esplicitamente tutto l'ordinamento giuridico anteriore. Tale inusitata disposizione mi piace riportarla non in originale, ma nella traduzione contenuta nel *Codice per lo regno delle Due Sicilie*, entrato in vigore con leggi del 26 marzo e del 21 maggio 1819. Il Regno di Napoli, insieme all'occupazione militare francese aveva in precedenza ottenuto, con decreto del 20 maggio 1808, la promulgazione sul proprio territorio del codice napoleonico. Dopo la sconfitta dei Francesi, Ferdinando I di Borbone, rientrato a Napoli, con i due decreti del 1819 appena richiamati, promulgò, "nei dominj al di quà e al di là del Faro" il nuovo codice siciliano che si presenta come una mera traduzione letterale del *Code*. Ecco cosa è scritto in corrispondenza dell'art. 7 del codice francese: "(...) le leggi romane, le costituzioni, i capitoli del regno, le prammatiche, le sicule sanzioni, i reali dispacci, le lettere circolari, le consuetudini generali e locali, e tutte le altre disposizioni legislative cesseranno ne' nostri dominj al di là del Faro di avere forza di legge nelle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute nel mentovato codice per lo regno delle Due Sicilie".

Ricordo pedantemente tali circostanze per dimostrare che il codice napoleonico fu in vigore nell'Italia meridionale, ma anche in altre regioni, per quasi sessanta anni. Comunque le medesime disposizioni abrogative che furono scritte nel *Code*, le ritroviamo identiche nell'art. 48 delle Disposizioni transitorie del nostro primo codice unitario del 1865.

Allo stato moderno sembra essere riuscita un'impresa che neppure gli imperatori romani e i monarchi assoluti del passato erano stati capaci di realizzare: emanare i concetti giuridici per legge. Il *Code* è un nuovo e completo ordinamento giuridico promulgato per legge. Con il senno di poi possiamo affermare che fu un giurista più lungimirante quel dilettante di Napoleone, che non quel grande professionista di Savigny che per primo denunciò la absurdità di un strumento come il codice che rappresentava il diritto scritto, ossia tutto l'ordinamento precedente cristallizzato per legge: la morte dell'ordinamento.

A questo punto devo giustificare questa pedante e noiosa digressione incentrata sulla descrizione del codice, anche perché, come ho poco sopra annunciato, nei prossimi paragrafi del presente lavoro non adopererò più quella particolare accezione di *definitio* che si identifica con *regula iuris*.

Riepilogo, sotto un diverso angolo visuale, le osservazioni appena scritte. I giuristi costruiscono e ricompongono continuamente il loro sistema millenario, adattando concetti antichi a nuovi fatti normativi. Nella scienza civilistica adoperiamo nomi (proprietà, possesso, contratto, obbligazioni) vecchi di millenni, sebbene non esista un legislatore altrettanto longevo. Non è detto, però, che dietro quei nomi stiano sempre i medesimi concetti, o meglio, per usare una terminologia cara ai giuristi romani, che a quei nomi corrispondano tuttavia le medesime *definitiones*. Per converso è opportuno notare che oggi, nella età della codificazione francese, i concetti da soli (il negozio giuridico), ossia senza le fonti del diritto, assumono il ruolo di mere teorie; e come tali non incidono sull'ordinamento giuridico. I concetti hanno un valore tendenzialmente universale, perché sono opere di scienza. Al contrario le fonti hanno un valore contingente. Anche il legislatore si serve di concetti; anzi quanto meglio li utilizza tanto più efficace è la sua opera.

Si deve comunque escludere che la esattezza di una *definitio* si fondi sull'uso che ne fa il legislatore. La verità di un concetto giuridico non dipende da chi lo adopera, anche se questi è il legislatore, ma ha origine esclusivamente dalla coerenza con la quale si inserisce nel sistema di cui fa parte. Non possono esistere nell'ordinamento concetti isolati o contraddittori. Possono invece coesistere disposizioni normative contraddittorie o isolate. Il compito del legislatore non è quello di essere coerente, ma, sempre e soltanto, quello di provvedere ai bisogni della società.

Può succedere che un concetto adoperato nel codice si configuri come errato, in quanto risulti contraddetto da altre disposizioni.

Nella codificazione questo fenomeno si presenta con una frequenza non sporadica e con due modalità diverse. La prima, più innocua, si verifica quando riescono fallaci le scelte teoriche sottese alle allocazioni degli istituti nei vari libri del codice. Si può menzionare al riguardo un caso esemplare. Proprio perché il contratto è anche fonte diretta di diritti reali (art. 922 c.c.), appare discutibile la valutazione logica che ha indotto i redattori del nostro codice a disciplinare il contratto nel quarto libro dedicato

L'importanza dell'art. 7 del titolo preliminare al *Code*, appena avvertita dai cultori della scuola della esegesi, fu invece esattamente valutata dall'iniziatore della scuola storica tedesca. Il Savigny ne fece appunto il proprio cavallo di battaglia per dimostrare la inutilità, anzi la estrema pericolosità, del modello codicistico.

alle obbligazioni e non in occasione del terzo libro dedicato alla proprietà. Spesso è successo che le scelte teoriche del codice rispondano ad una logica legata alle impostazioni del passato, le quali, a loro volta, sono ormai divenute obsolete proprio sulla base delle nuove soluzioni normative (art. 1376 c.c.).

Quello appena evidenziato è un evento abbastanza innocuo. È possibile però che nel codice si scoprano regole contenenti definizioni errate. La questione a questo punto diventa complessa e si impone la scelta non facile di una tra le due alternative seguenti. È preferibile seguire la forza della logica e quindi disapplicare la disposizione che utilizza un concetto errato, oppure è necessario obbedire alla logica della forza vincolante del legislatore, applicando una disposizione sbagliata.

Proprio sul terreno scelto nel bel libro di Omodei Salè, ossia quello degli schemi classificatori che consentono di distinguere il possesso dalla detenzione, si realizza una antinomia in una disposizione del codice. L'art. 948 c.c., nel disciplinare l'azione di rivendica, indica, come potenziali legittimati passivi a subire la pretesa restitutoria del proprietario, tanto il possessore, quanto il detentore. A seguire la lettera della norma citata, il convenuto della rivendica potrebbe essere indifferentemente identificato in chiunque possiede o detiene la cosa¹⁵.

Le opinioni ormai consolidate, se non mi inganno, non hanno mai formulato dubbi sulla irrepreensibilità dell'art. 948 c.c. che individua, tanto nei possessori che nei detentori, gli antagonisti del proprietario che agisce con l'azione petitoria. Chi¹⁶ si è occupato della questione ha giustificato la presenza del detentore con l'intento perseguito dal codice di facilitare il proprietario rivendicante. A costui, con quel tipo di previsione inclusiva, si vuole evitare il gravoso impegno di specificare con esattezza nella citazione la posizione giuridica del convenuto in ordine al bene da restituire. È solo necessario, si aggiunge illustrando quell'inserimento ritenuto una novità dell'art. 439 del codice del 1865, che il convenuto abbia la possibilità concreta di realizzare lo scopo primario della rivendica che consiste appunto nella restituzione del bene. D'altra parte occorre convenire e prendere atto che il detentore di un bene rivendicato, al pari di un possessore, sia comunque in grado di restituire la cosa.

Nonostante questo reticolo rassicurante di pareri, rimango¹⁷ convinto che sia frut-

¹⁵ Se non mi è sfuggito qualcosa, devo osservare che nel libro da cui ho preso spunto, i riferimenti alla rivendica sono solo due: R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., 2, nota 2, 33, nota 83.

¹⁶ S. FERRERI, *Rivendicazione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 52; G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, Torino, 2006, 134 e 151 ove è precisato che la indicazione del detentore "sia solo un utile espediente volto a favorire il proprietario nell'intento di recuperare il bene nel caso in cui ignori il possessore"; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, Milano, 2008, 989.

Desidero segnalare l'opinione solitaria, piena di fascino ma piuttosto priva di convincenti argomentazioni, espressa da R. NICOLÒ (*La trascrizione. La trascrizione delle domande giudiziali. Dispense al corso* a cura di D. Messinetti, III, Milano, 1973, 178). Le vere domande di rivendicazione sono quelle esercitate contro il possessore. È vera rivendica, prosegue l'autore, quella che "tende, previo l'accertamento della titolarità del diritto, alla reintegrazione del possesso. Il soggetto passivamente legittimato all'azione di rivendicazione è il possessore in senso tecnico. (...) Così è ovvio che non sono certo domande di rivendicazione le domande con cui si tende a recuperare la detenzione (...) sul fondamento di un rapporto di natura personale col detentore".

¹⁷ Per un approfondimento della questione mi permetto di rinviare al mio *Delle azioni a difesa della proprietà (artt. 948-951)*, in *Cod. civ. comm.*, a cura di Schlesinger e Busnelli, Milano, 2011, 65 ss.

to di un grave errore la inclusione del detentore tra i legittimati passivi della rivendica. Se l'azione viene proposta contro un detentore, nessuno dei contendenti nella controversia petitoria ha interesse alla lite¹⁸. L'affermazione merita una breve puntualizzazione.

Inizio dal punto di vista del detentore.

Se costui, invece di invocare i vantaggi e i privilegi disposti a suo favore dall'art. 1586 c.c. per il caso della locazione o dall'art. 1777 c.c. per il deposito, accetta il contraddittorio della rivendica, corre il rischio di corrispondere il doppio di quanto si poteva ragionevolmente prevedere al momento della conclusione del contratto, che ha segnato l'inizio della propria relazione con la cosa. In aggiunta alla sicura condanna nel giudizio petitorio alla restituzione del bene, dovrà poi risarcire il possessore da cui ha avuto la detenzione. In questi frangenti, come ha suggerito una prassi giurisprudenziale¹⁹ anche per ipotesi analoghe, si impone che, a seguito della esatta indicazione del vero possessore da parte del detentore, sia emanato dal giudice un provvedimento di estromissione dal giudizio di rivendica del primo convenuto. In linea di principio, se la parte processuale può chiedere ed ottenere l'allontanamento dalla procedura petitoria nella quale è stata coinvolta, vuol dire, *per tabulas*, che non può essere l'antagonista di chi esercita la rivendica.

Passo ora ad esaminare la questione dal punto di vista del rivendicante.

Il proprietario non ha alcun interesse ad agire in petitorio contro un detentore. L'elementare rispetto del principio di economia processuale gli imporrà di aderire con sollecitudine alla richiesta di estromissione del detentore dalla rivendica. Se non lo fa, l'attore, per ottenere la restituzione del suo bene, dovrà procurarsi un nuovo titolo esecutivo nei confronti del possessore, di cui il detentore convenuto rimane un mero strumento. Al riguardo bisogna, poi, attribuire il giusto peso ad un importante rilievo. Il possessore che non partecipa alla rivendica iniziata contro il detentore, né dal punto di vista della pubblicità immobiliare ai sensi dell'art. 2653, n. 1, c.c., né dal punto di vista processuale ai sensi dell'art. 2909 c.c., potrà mai considerarsi come avente causa o successore del detentore convenuto. La sentenza ottenuta contro un detentore non "ha effetto" e non "fa stato" contro il suo dante causa.

Se poi il proprietario decide di proseguire la rivendica dopo la richiesta del convenuto di essere estromesso, ossia quando si è reso conto di avere citato un semplice detentore, deve essere consapevole di correre un ulteriore rischio insopportabile ed eccessivo. Il vero possessore, non chiamato in giudizio, potrà nel frattempo maturare il periodo dell'usucapione. La citazione nei confronti del detentore non interrompe certamente il decorso del tempo nei confronti di chi sta perfezionando una fattispecie di acquisto a titolo originario. Contro tale tipo di acquisto, come precisa, in modo pleonastico, l'ultimo capoverso dell'art. 948 c.c., si infrange anche la imprescrittibilità della rivendica.

¹⁸ La presenza di un interesse in capo alla parte che interviene nel processo "è un elemento cardine (...) anche per individuare il convenuto nel giudizio". Richiamo le interessanti e puntuali riflessioni svolte sulla relazione tra interesse e parte da G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., 48 ss.

¹⁹ Per le indicazioni giurisprudenziali e per un puntuale commento delle stesse si rinvia a A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, 931 ss.

La inevitabile conclusione, dal punto di vista delle *definitiones* implicanti *regulae iuris*, è che la rivendica non può avere protagonisti diversi dal proprietario e dal possessore. A dispetto della lettera dell'art. 948 c.c., è priva di significato logico la previsione del detentore tra i soggetti convenibili in rivendica. È possibile un'unica eccezione: quando il detentore ha ricevuto la cosa dallo stesso rivendicante. Si tratta, per la verità, di una eccezione solo apparente. Infatti se il detentore rifiuta la restituzione al proprio dante causa, per ciò stesso, si è trasformato in possessore²⁰. In tale circostanza la rivendica finisce per tornare al suo paradigma logico.

Abbandono, a questo punto, la mutazione coercitiva del verbo *definire*, che pure ha trovato una nuova forza espressiva con la codificazione francese, e torno al libro sulla detenzione che ha ispirato le presenti riflessioni.

In esso emerge, lo confermo, una metodologia che comprende sia la spiegazione e la definizione dei vocaboli sia la comparazione tra loro, per meglio distinguerle, di figure affini. Omodei Salè studia, scompone e riannoda quelle norme in cui compaiono insieme i due termini detenzione e possesso. In particolare sono diffusamente analizzate due disposizioni del codice: l'art. 1141 che reca nella rubrica il tema del mutamento della detenzione in possesso, nonché il 2° comma dell'art. 1168 che legittima il detentore ad esercitare, con alcune limitazioni, le azioni a difesa del possesso. L'attenta analisi che, con opportune indicazioni di un programma molto dettagliato, si sviluppa per tutto il libro, "dovrebbe condurre a reputare che, (...), l'espressione detenzione assuma un significato *specifico*, e cioè individui una fattispecie possessoria autonoma, distinta dal possesso"²¹. Al contrario, il 2° comma dell'art. 1140 c.c. utilizzerrebbe il termine detenzione con un significato generico, indicando una relazione materiale con la cosa rinvenibile in capo ad entrambi i protagonisti²².

Tralascio per il momento quest'ultimo rilievo e dichiaro di condividere l'impostazione progettata per gli artt. 1141 e 1168 c.c., aggiungendo due brevi annotazioni. La prima riguarda le precedenti riflessioni sulla rivendica: le mie considerazioni sulla erroneità della previsione del detentore tra i soggetti convenibili dal proprietario, realizzano, se non mi inganno, un rafforzamento delle conclusioni della tesi del nostro autore, circa il significato *specifico* della detenzione rispetto al possesso. La seconda annotazione riguarda un parametro che, pur consolidando la tesi di Omodei Salè, rimane nascosta, o meglio presupposta, nelle sue esaurienti analisi. Analisi che il prof. Sacco, nella prefazione al libro, definisce virtuose, in quanto, prosegue l'illustre Mae-

²⁰ Ho prospettato il caso, dalla soluzione piuttosto ovvia, del convenuto detentore *nomine actoris*, per denunciare la assurdità del requisito a volte imposto dalla giurisprudenza che subordina la esperibilità della rivendica all'evento della perdita involontaria del possesso da parte dell'attore. Non ha senso, pertanto, negare la operatività della rivendica quando il convenuto ha ottenuto la disponibilità del bene da parte dello stesso attore.

Per i riferimenti giurisprudenziali e per gli ulteriori argomenti, di ordine logico e storico, che dimostrano l'incongruenza del requisito della perdita involontaria del possesso da parte dell'attore rivendicante, rinvio a S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 816 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 927.

²¹ R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., 33 (il corsivo è nell'originale). Nella pagina successiva, alle note 85, 86 e 87, l'autore indica con precisione le parti del libro nel quale verranno approfonditi gli elementi costitutivi delle due figure limitrofe del possesso e della detenzione.

²² R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., 4.

stro, l'autore dello studio sulla detenzione "non ignora nulla della letteratura e della giurisprudenza, scheda e considera con cura tutte le opinioni; le esperienze francesi passate o recentissime, le esperienze tedesche maturate nel clima pandettistico o sui codici nazionali sono vagliate con cura". Per rendersi conto del buon fondamento degli argomenti di Omodei Salè mi basta riportare testualmente e senza commenti, almeno per il momento, l'art. 685 del nostro primo codice unitario, nel quale risalta evidente una grande confusione terminologica. Lo trascrivo come usano fare gli studiosi del diritto romano con i testi degli antichi giureconsulti.

*"Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha per se stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui"*²³.

3. Confronto diacronico delle definizioni contenute nei due codici civili italiani

Progetto di ragionare anch'io intorno agli schemi concettuali degli istituti giuridici, così come questi emergono dalle definizioni contenute nel codice. Soprattutto mi propongo di metterli a raffronto tra di loro. L'accostamento non lo farò, però, allo stesso modo con cui si sviluppa lo studio di Omodei Salè, il quale, pur allacciandosi a recenti esperienze straniere, si occupa prevalentemente del nostro codice vigente. Desidero compiere il confronto della detenzione con il possesso in diacronia, ossia attraverso una comparazione elementare delle rispettive definizioni, così come queste si sono presentate nel loro sviluppo storico più o meno recente. Percorrendo questa strada, a mio avviso, si trovano rilevanti conferme delle conclusioni raggiunte nell'interessante libro dal quale prendo spunto.

Inizio il confronto utilizzando le definizioni che sono contenute negli articoli dei due codici civili che si sono succeduti nella storia dello Stato unitario. Trascuro, però, le questioni e le discussioni che emersero attorno alle disposizioni non più in vigore. Non perché le interpretazioni allora fornite non siano ancora oggi molto interessanti ed essenziali, ma solo trascurandole è possibile procedere in modo spedito. D'altra parte, riallacciandomi alle precedenti considerazioni storiche sul verbo *definire*, anche le mere nozioni legislative presentano un loro valore peculiare.

Per ovvi motivi che non richiedono spiegazioni complicate, è opportuno, tuttavia, non limitare l'esame alle due sole nozioni di possesso e di detenzione. Mi sembra utile allargare il confronto, immettendo nell'opportuna posta anche la definizione di proprietà. Poiché il possesso, per come dispone espressamente l'art. 1140 c.c., si caratterizza per la sua corrispondenza alla proprietà, è fin troppo ovvia la necessità di

²³ Per dimostrare la continuità del codice del 1865 rispetto all'archetipo rappresentato dal *Code*, riproduco l'originale francese con la traduzione letterale contenuta nel Codice dello Regno delle Due Sicilie, del quale ho fornito le notizie essenziali nella precedente nota 14.

La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçon par nous memes, ou par un autre qui la tien ou qui l'exerce en notre nom. (art. 2268 del Code del 1804).

Il possesso è la detenzione o il godimento di una cosa, o di un diritto che abbiamo o esercitiamo per noi stessi, o per mezzo di un altro il quale lo tiene o l'esercita in nome nostro. (art. 2134 codice siciliano).

riferirsi al contenuto *del diritto*, se si vuole spiegare correttamente il possesso nella sua essenza di *potere di fatto*; prima ancora di distinguerlo *semplicemente* dalla detenzione, come testualmente si esprime l'art. 1141 c.c.

Prospetto, pertanto, il seguente diagramma che coinvolge tre istituti. Il possesso, mentre si contrappone alla detenzione, corrisponde, in quanto potere di fatto, all'esercizio del *diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo*, per come precisa l'art. 832 c.c. quando definisce il contenuto della proprietà. La proprietà e il possesso implicano, quindi, uguali attività esercitate sulla cosa. Se un comportamento caratterizza il proprietario, allo stesso modo identificherà colui che può essere definito come un possessore. Per la detenzione non è prevista tale equivalenza: il codice puntualizza, per questa ipotesi, un diverso potere sulla cosa, il cui esercizio è qualificato con l'avverbo *semplicemente*.

Ripeto ora la stessa cosa in modo diverso. Per proporre convincenti schemi classificatori in cui incasellare istituti affini, si può procedere contrapponendo tra loro le definizioni oggi in vigore, così come avviene nello studio di Riccardo Omodei Salè. Oppure le attuali disposizioni si possono mettere a confronto con le corrispondenti descrizioni della proprietà, del possesso e della detenzione reperibili nel codice del 1865. Sono persuaso che tale progetto possa produrre risultati interessanti. Solo dopo si potrà tentare un raffronto con quegli istituti del passato più lontano che presentano gli stessi nomi di quelli odierni. Può darsi che la metodologia che intendo seguire produca "concettualizzazioni e apprezzamenti votati all'inutilità perché tentano di cogliere il razionale là dove c'è soltanto la storia con i suoi capricci"²⁴. Può darsi che sia pericoloso applicare concetti ricavati dalla esperienza attuale per ricostruire un'esperienza storica più o meno lontana. Può darsi che sia insipiente e presuntuoso utilizzare nozioni astratte indipendentemente dalle esperienze che le hanno prodotte. Sono però convinto che, per esaminare il passato, produca grandi utilità un impiego prudente e consapevole delle categorie concettuali della scienza giuridica contemporanea. Sono persuaso che le conclusioni degli studi storici possano contribuire a chiarire, in modo molto convincente, l'essenza dei problemi del diritto vigente.

Prima di procedere oltre, desidero dare risalto ad una peculiarità dei nostri due codici civili. Per la proprietà, sia il testo vigente dell'art. 832 e il corrispondente art. 436 del codice abrogato, sia il testo dell'art. 1140 c.c. e il correlato art. 685 del primo codice unitario in relazione al possesso e alla detenzione, compongono le rispettive nozioni imperniandole sul termine *cosa*²⁵.

²⁴ R. SACCO, *Il possesso*, nel *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, 55. Per l'illustre Maestro (p. 51), piuttosto che scimmiettare il lavoro degli storici rievocando con nostalgia le loro ricostruzioni, sarebbe preferibile studiare i concetti possessori della Russia, dell'Ungheria, della Polonia, della Romania, della Bulgaria, oppure ispirarsi alle due lingue cecoslovacche che appaiono ricalcate sulla terminologia austriaca.

Sono plausibili, o meglio auspicabili, sentimenti diversi. "Memoria, tradizione, continuità si stringono l'una all'altra, e insieme stanno e cadono. Non si tratta di un semplice risalire indietro, per curiosità o gusto di ricerca ma piuttosto di un *accogliere dal passato*, di un giungere al nostro tempo e quasi di uno scendere dall'ieri all'oggi. L'assenza di memoria respinge la tradizione e rompe la continuità: rimane soltanto l'immediato presente, il pieno identificarsi con gli accaduti di qui ed ora". Così N. IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 426.

²⁵ Sulle nuove frontiere della materia possessoria estesa all'uso delle onde elettromagnetiche e alle

Se confrontiamo le definizioni dei tre istituti così come essi sono concepiti nei due codici civili emanati dopo l'unità di Italia, si può affermare che mentre la proprietà ha conservato una struttura quasi immutata, il codice vigente ha profondamente rinnovato²⁶, anzi *sovvertito* per richiamare un'avvertenza proverbiale della giurisprudenza romana, tutta la materia possessoria.

4. Segue: la proprietà

Riguardo alla proprietà, l'art. 832 c.c. si pone in piena coerenza con la precedente definizione contenuta nel codice del 1865. Anzi, per la verità, contiene a mio avviso una peculiarità che contraddice una diffusa e autorevole opinione dottrinale. Apro sull'argomento una breve parentesi.

Nella lunga storia del diritto romano le forme di appartenenza parallele e coeve al *dominium ex iure quiritium* sono state numerose: *in bonis habere*, titolarità *iure peregrino*, *possessiones*. Nel medioevo la proprietà, ammesso che si possa utilizzare questa terminologia, si presenta come una entità composita che va studiata declinandola al plurale. In questo ampio periodo storico dell'età di mezzo, le titolarità non derivano da schemi predefiniti, ma dipendono dalla estrema varietà delle cose e dal loro effettivo godimento (*gewere, saisine, vestitura*); anche all'interno dello stesso bene la nozione di appartenenza si parcellizza in una pluralità di attribuzioni contemporanee a

opere dell'ingegno, si veda S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Riv. civ.*, 2003, I, 150.

²⁵ “Tuttavia il significato tradizionale del termine cosa, intesa come porzione del mondo esterno, sembra essere il frutto (di) una tradizione inventata nell'ottocento”. In questi termini A. GAMBARDI, *I beni*, nel *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 9. Occorre però osservare, prosegue l'autore (p. 45 ss.), che nelle fonti romanistiche il riferimento alle cose è legato all'insegnamento di Gaio “il quale in tema di beni distingue apicalmente tra le *res corporales* e le *res incorporales*”. La caratteristica esterna di questa seconda categoria di beni era “quella di non potere essere oggetto di percezione sensoriale e, quindi, per sineddoche, del tatto”.

Tale distinzione, molto probabilmente, andrebbe anticipata di almeno tre secoli rispetto al tempo in cui visse Gaio. Nel commentare un passo di Elio Gallo riferitoci da Festo e risalente ai primi decenni del I secolo a.C. (*possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedifici, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est (...) rebus quae tangi possunt neque qui dicit se possidere his vere is suam rem potest dicere*), si può rilevare che il tradizionale “dualismo fra tutela petitoria e possessoria, (fu) dettato dalla particolare rappresentazione romana della proprietà, per cui questa viene identificata con la cosa corporea che ne forma oggetto”. Così si esprime G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996, 42. Il pensiero di Elio Gallo si può riassumere, traducendolo, nel modo seguente. Quando in un discorso giuridico i Romani usavano il termine *res*, pensavano alla cosa (*fundus aut ager aut homo aut aedificium*) come oggetto del diritto di proprietà; sbaglia quindi chi dice che *possessio mea est*, quando dovrebbe dire il fondo è mio: infatti il possesso non è una cosa che si può toccare e si può avere un possesso anche senza essere proprietario.

²⁶ “Dalla definizione del possesso, così come delineata dal 1° comma dell'art. 1140 del codice del '42, non è dato cogliere, a nostro avviso, solo un semplice rinnovamento linguistico, bensì una metamorfosi sostanziale rispetto al precedente codice”. Così testualmente G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., 121.

Circa il carattere innovativo e non semplicemente interpretativo del codice vigente rispetto alle corrispondenti disposizioni del codice abrogato, si vedano i riferimenti bibliografici in C. CICERO, *Il possesso di buona fede*, in *I possessi*, diretto da B. Troisi e C. Cicero, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, 128 ss.

soggetti diversi. Nel sedicesimo secolo inizia la storia moderna della proprietà. La codificazione francese e la pandettistica tedesca rappresentano il punto saliente di emersione del nuovo concetto di appartenenza. Il tratto essenziale della sua trasformazione può essere descritto nel modo seguente: “un corpo semplice, unilineare, la struttura più semplice possibile; l’approdo è quello d’una semplicità assoluta”²⁷. Mentre nel diritto romano erano comparsi vari modelli di appartenenza esclusivi e paralleli, tra loro in competizione e, a volte, persino prevalenti rispetto al dominio quiritario²⁸; mentre nel medio evo la titolarità si era trasformata in un miscuglio inestricabile (*domain éminente, ou direct, ou utile*) di più appartenenze contemporanee, ciascuna ricadente su un determinato potere o soddisfacimento che la cosa poteva assicurare; mentre tutto questo apparteneva all’antico, l’idea moderna della proprietà sta nella sua semplicità. La retorica rivoluzionaria dei redattori del *Code* volle tracciare, per la proprietà, un concetto semplice e lineare che nel passato non era mai esistito: una proprietà unica ed assoluta.

Questo nuovo concetto normativo, riprodotto nei codici civili italiani, impedisce, o quanto meno dovrebbe impedire²⁹, che la proprietà possa nuovamente frazionarsi. Le numerose forme di appartenenza esistenti prima della codificazione francese, sono ormai scomparse, trasformandosi, per legge, da entità modulate sulla infinita capacità di utilizzazioni offerte dalle cose, a entità unitaria dimensionata sul titolare. Scrivevo poco sopra che il codice vigente, in materia di proprietà, pur conservando la medesima struttura definitoria derivata dal *Code*, contiene una piccola novità, che a me sembra assai significativa³⁰.

Un test definitivo e un’inoppugnabile certificazione dell’ultimo modello di proprietà si trovano nell’art. 832 c.c. e precisamente nella circostanza seguente: la disposizione contiene una eloquente dissociazione tra la rubrica e il suo contenuto. In altri termini, il contenuto del diritto, espressamente programmato nel titolo dell’articolo, è sostituito, nel contesto della definizione, dal profilo del proprietario, anziché sulla proprietà, così come invece sarebbe logico aspettarsi e come d’altra parte era ordina-

²⁷ P. GROSSI, *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 247.

²⁸ Appunto perché in quello che noi moderni chiamiamo diritto romano convivevano più ordinamenti, non è mai esistita, per la proprietà, l’idea di un diritto assoluto. Le prime riflessioni su un concetto di situazione giuridica soggettiva di vantaggio in termini di “diritto” si rinvengono non negli scritti della giurisprudenza romana, bensì nell’opera di Guglielmo di Ockham, filosofo francescano inglese vissuto tra il 1290 ed il 1349. Per notizie più complete rinvio a B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, cit., 197.

Al riguardo sono piuttosto diffuse una specie di trasposizione nostalgica e, in senso opposto, una posizione di rigetto aprioristico; entrambe attribuiscono alla giurisprudenza romana opinioni da questa mai espresse. In realtà si tratta di idee costruite *ex post*, a partire dal XVII secolo, dalla tradizione romanistica della scuola dei c.d. giusnaturalisti: come se nel lungo trascorrere dei secoli della Roma antica sia rinvenibile una sorta di “geometria euclidea del diritto civile”. L’espressione è di F. MARINELLI, *Miti e riti della proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 377.

²⁹ Il più recente fautore delle proprietà al plurale, ossia come entità diverse cadenzate e costruite sulla infinita varietà delle cose, è, se non mi inganno, F. MARINELLI, *Miti e riti della proprietà*, cit., 394. Sul tema della proprietà o delle proprietà mi permetto di rinviare al mio *Delle azioni a difesa della proprietà (artt. 948-951)*, cit., 10 ss.

³⁰ Contro opinioni largamente diffuse e ammirate, non sono il solo, per fortuna, a respingere l’idea delle proprietà al plurale. In precedenza ha autorevolmente contrastato la frantumazione del diritto di proprietà C.M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, t. VI, Milano, 1999, 164 ss.

to nella corrispondente disposizione dell'art. 436 del vecchio codice. L'esercizio del diritto non è tanto la somma di un godere e di un disporre che appare come una decantazione della logica medievale di una titolarità composita e strutturalmente parcellizzata, ma piuttosto una sintesi di poteri che non ha un contenuto identificabile a priori³¹, se non la presenza legittimante, nell'azione, di un interesse del titolare al suo esercizio. La palese dissociazione esistente tra la rubrica e il contenuto dell'articolo che definisce la proprietà dimostra, al di là di ogni ragionevole dubbio, che se fosse vera l'opinione prevalente della pluralità degli statuti proprietari, l'art. 832 c.c. si sarebbe occupato in primo piano delle cose e il titolare dovrebbe subire inevitabili condizionamenti in funzione dei beni oggetto del suo diritto.

Proprio a volere smentire la esistenza di tante titolarità diversificate quanto sono variegata le cose e molteplici i vantaggi dei beni che possono formare oggetto del diritto, la norma focalizza la definizione sul proprietario piuttosto che sulla proprietà. Non dovrebbero esistere più *le* proprietà: non sono le cose, il loro uso, la loro organizzazione ad occupare il primo piano della definizione normativa. È il titolare che compie le azioni descritte dai due verbi *godere* e *disporre*, il vero protagonista della proprietà. Non è l'officina delle cose a forgiare la proprietà, ma il titolare che agisce, godendo e disponendo, a rappresentare la sostanza della definizione. Non è vero che il codice nel prospettare l'essenza della proprietà abbia sospinto il titolare in secondo piano. Tornare alle proprietà al plurale significa rimettere indietro l'orologio della storia e significa stravolgere gli esatti termini con cui, confortato dalla analisi storica, si esprime oggi l'ordinamento.

5. *Segue*: i possessi

Passando ora alla indagine diacronica sul possesso, vi è da osservare preliminarmente che siamo di fronte ad uno dei settori che più discosta l'attuale codice da quello del 1865. Questo, d'altra parte, appariva ancora coerente e in linea con quanto si era verificato nel passato, anche con quello lontano risalente al diritto romano. Per illustrare questo sconvolgimento sarebbe appropriato, forse, usare quel verbo sovvertire (*subvertere*) adottato da Giavoleno per segnalare i pericoli connessi alla fiducia riposta nella stabilità delle definizioni degli istituti giuridici.

Al fine di rendere più agevole il confronto di quelle in vigore con le definizioni legislative del passato, riporterò in corsivo le disposizioni contenute nel primo codice unitario; così come ho già fatto in precedenza, riportando la vecchia disposizione dell'art. 685.

Per chi è abituato a riflettere sulle disposizioni del codice vigente, se passa alla lettura di quello del 1865, è spinto a notare uno spiccato disordine linguistico. Al punto

³¹ L'esercizio della proprietà, evitando i rischi di una connotazione enfatica, non significa assenza di limiti, bensì attribuzione al titolare del potere di decidere in concreto i modi di utilizzazione delle cose. Il codice rinuncia, di fronte all'interesse del proprietario, ad individuare a priori il contenuto e le modalità di esercizio del diritto. A questo riguardo basta osservare la diversa tecnica adoperata per definire gli altri diritti reali: per i titolari di diritti reali parziari è fissato in positivo il modo di utilizzare la cosa altrui.

che i due termini possesso e detenzione apparivano usati indifferentemente; mancava l'avvertenza e, forse, la consapevolezza, che si trattasse di due nomi che sarebbe stato opportuno tenere rigorosamente diversificati. Al punto che il primo era definito usando l'altro termine; la nozione della seconda era, poi, precisata con il vocabolo del primo. L'art. 685 esordiva disponendo che il *possesso è la detenzione*; l'art. 687 chiariva che va qualificato come detentore colui che *abbia cominciato a possedere in nome altrui*.

Nonostante la mescolanza terminologica, i due istituti andavano sicuramente distinti: l'art. 686 individuava, infatti, con esuberanza di precisazioni ridondanti le caratteristiche che doveva presentare il possesso per essere qualificato legittimo. Per individuarle si usarono gli aggettivi *continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco*. Insieme alla elencazione degli attributi che doveva presentare il possesso, si aggiunse alla fine dell'articolo, per chi pretendeva la qualificava di possessore legittimo, anche la necessità dell'*animus di tenere la cosa come propria*.

Il confronto tra i nostri due testi normativi impone che quest'ultimo requisito vada subito segnalato: è caduto, infatti, nel codice vigente qualunque richiamo all'*animus* del possessore. Questa variazione va sottolineata perché, dopo il 1942, sono ancora pochi coloro che si sono accorti di questo cambiamento radicale. L'essenza del possesso, meglio il suo tratto differenziale con la detenzione, non può più essere rappresentato dall'*animus*.

Procedendo oltre e tornando al codice del 1865 non è chiaro, poi, se l'espressione *il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto* si riferisca solo al diritto di proprietà o anche ad altri diritti reali. L'art. 687, nel fissare la presunzione che *ciascuno possieda per se stesso e a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui*, sembra lasciare aperta la possibilità astratta che allora si potesse possedere sulla base di un diritto reale diverso dalla proprietà. Per un verso gli artt. 541 e 700 lasciavano intravedere la esistenza di questa circostanza. Il primo articolo, dettato in materia di servitù di attingimento di acque, faceva intuire, pur non scrivendolo espressamente, la possibilità di *prescrizioni* a favore del proprietario del fondo dominante. Il secondo articolo rappresentava solo generiche *questioni di possesso in materia di servitù*. Per altro verso si escludeva chiaramente che il possesso potesse collegarsi a diritti diversi dalla proprietà. Infatti, quando nell'art. 2115 si compilava l'elenco dei possessori in nome altrui, ossia coloro che oggi, con terminologia contemporanea, chiameremmo senz'altro detentori, insieme al *conduttore, depositario e generalmente coloro che ritengono precariamente la cosa*, viene menzionato l'*usufruttuario*. A costoro, come si precisava nell'articolo seguente, era impedita la prescrizione acquisitiva³², ossia il beneficio di quell'istituto che oggi, riprendendo l'antica e originaria denominazione, si chiama usucapione. Attraverso la utilizzazione (*usus*) di fatto di una cosa si conquista (*capere*), con il decorso del tempo, un potere consolidato su di essa, ossia il diritto.

³² Desidero riportare il testo dell'art. 2142 del codice siciliano che costituisce una traduzione del testo originario del Code. "Coloro che posseggono in nome altrui, non possono mai prescrivere per qualunque corso di tempo. Il fittajolo, il depositario, l'usufruttuario, e tutti gli altri che tengono precariamente la cosa del proprietario, non possono prescriverla".

Al riguardo dei diritti reali parziari, nel nostro codice vigente, emerge una novità di grande interesse. Si fa finalmente chiarezza sulle incertezze appena riscontrate nel codice del 1865 e risalenti, addirittura, al periodo classico del diritto romano. Al contrario di quanto era avvenuto fino alla sua emanazione, con il codice del 1942 si stabilisce espressamente che, non solo esiste un possesso corrispondente al diritto di proprietà, ma, soprattutto che esistono tanti possessi quanti sono i diritti reali diversi dalla proprietà. La nuova idea della pluralità dei possessi, per come emerge dall'art. 1140 c.c., non ha niente in comune con antichi surrogati del possesso, ossia con l'idea scolastica del possesso di un diritto (*res incorporalis*) o, come si diceva nel passato romano, con la nozione di una *quasi possessio iuris servitutis vel ususfructus*, ossia di situazioni che presentavano solo qualche analogia con il possesso vero e proprio, ma non erano veri possessi³³. Infatti, per essi non fu mai ammessa la *usucapio*, ma solo *interdicta veluti possessoria*. In altri termini per queste relazioni che assomigliavano al possesso erano ammissibile, alla stessa stregua dell'odierna azione di reintegrazione concessa anche a favore dei detentori, soltanto rimedi a tutela della situazione di fatto, per recuperare la relazione prima esistente con la cosa; come se si fosse trattato di un vero possesso.

Tutti i poteri di fatto delineati dall'art. 1140 c.c. sono sempre veri e propri possessi, purché corrispondano ai poteri esercitati sulla cosa corporale dal proprietario o dal titolare di altro diritto reale. Con l'avvento del codice vigente è definitivamente tramontata l'antica immagine del possesso del diritto³⁴. Anche quello dell'usufruttuario, a differenza del passato e per fare solo uno tra i tanti esempi che emergono dalla comparazione diacronica, è un possesso che può fare acquistare a chi lo esercita la titolarità del diritto. Anche il possesso dell'usufruttuario, se continuato per un periodo determinato dalla legge o istantaneamente secondo la previsione dell'art. 1153 c.c., può concretizzare l'usucapione, ossia la trasformazione del potere di fatto nel diritto corrispondente. In sintesi, anche quello corrispondente all'esercizio degli altri diritti reali limitati, è un vero e proprio possesso a tutti gli effetti.

Continuando nel confronto tra le definizioni contenute nei due codici civili italiani, passo ora alla differenza cui attribuisco maggior rilievo. Al riguardo mi sento di potere affermare che i redattori del codice attuale hanno portato la nozione di possesso alle sue estreme conseguenze logiche. Per rendere più comprensibile questa affermazione occorre, come sono solito fare con la mia cavillosa pedanteria, una breve premessa di carattere storico.

Nel passato, all'interno della nozione di possesso si annoveravano ipotesi di appartenenza padronale di porzioni del mondo esterno. Per lunghi periodi il termine possesso comprendeva anche aspetti di titolarità di diritti; esso, ossia, coinvolgeva modelli di attribuzione di poteri coerenti con quelli che noi moderni chiamiamo diritti soggettivi. Il possesso designava riconoscimento di prerogative che erano tutelate con rimedi petitori. Oppure succedeva che il possesso si identificasse con la titolarità, nel senso che, se per avventura la situazione di fatto non corrispondeva più alla situazio-

³³ Rinvio al riguardo a B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, 149 ss.

³⁴ In questo senso si veda U. BRECCIA, *Possesso dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 540.

ne di diritto, quest'ultima veniva azzerata, identificandosi o traslando nella nuova situazione possessoria. Faccio alcuni esempi tra i tanti possibili. Al tempo di Roma antica, verso la fine del primo secolo della nostra era³⁵, per i fondi provinciali fuori dall'Italia (*agri vectigales*) esistevano forme di appartenenza paragonabili al *dominium* e trasmissibili *mortis causa e inter vivos* per indicare le quali, non potendosi adoperare la terminologia della proprietà quiritaria, i giureconsulti utilizzarono genericamente il termine *possessiones*. Ai concessionari di tali terreni e ai loro successivi aventi causa, qualora fossero stati privati del possesso, venne accordata una *actio in rem* affine alla *rei vindicatio* del *ius civile* (*actio vectigalis*). In perfetta continuità con tale organizzazione mentale che respingeva il ricorso a modelli e a terminologie predefinite, nell'alto medioevo si assiste ad una nuova civiltà che oggi si è soliti definire possessoria, appunto perché le forme di appartenenza si basavano su situazioni effettive e concrete di appropriazione. Non era possibile, in altri termini, configurare situazioni di appartenenza prive di utilizzazioni materiali. Esempio tipico di tale impostazione si trova nell'originario diritto consuetudinario francese (VI-XIII secolo) ove emerse il criterio di non accordare alcuna azione al proprietario per fargli riavere la cosa mobile di cui aveva perso il possesso: *meubles n'ont pas de suite* (*mobilia non habent sequelam*). Si tratta, molto probabilmente, del nobile antenato che nell'ultimo diritto consuetudinario, quello immediatamente precedente la codificazione napoleonica, avrebbe originato la regola secondo cui *en fait de meubles, la possession vaut titre*.

Fino a quando nel termine possesso si celavano anche profili di titolarità, è evidente che il contratto, nella sua mansione di *iusta causa possidendi*, fosse chiamato a svolgere ruoli decisivi anche nella materia possessoria. Il requisito della *bona fides* appariva, poi, in stretta connessione con la esistenza di una *iusta causa*. La buona fede richiesta nel possessore era percepita come una esigenza di lealtà. Reciprocamente si impose, quindi, con logica concatenazione una *iusta causa* come limite oggettivo della buona fede, che è invece un dato di natura soggettiva e psicologica.

Finché rimase in vigore il primo codice unitario, il contratto assolveva nei confronti del possesso quella medesima funzione determinante individuata *ab antiquo*. L'art. 701 del codice del 1865 collegava strettamente la buona fede del possesso, o meglio, del suo inizio con la esistenza *d'un titolo abile a trasferire il dominio*; e bastava che la buona fede vi fosse stata al tempo dell'acquisto (art. 702).

Nella nuova definizione del possesso, la precedente e ambigua mescolanza di poteri di fatto con forme di appartenenza tutelabili con rimedi petitori venne, a poco a poco, a chiarirsi nella riflessione dei giuristi italiani che progettavano il nuovo codice. Questo groviglio che vedeva intersecarsi tra loro due realtà incompatibili, ossia il contratto, quale fonte di diritti, con il possesso, come mero potere di fatto, cessa del tutto con la codificazione attuale. Si torna alle origini. Si cassa l'istituto della prescrizione acquisitiva. Alla nozione di possesso viene alla fine restituita l'impostazione

³⁵ Successivamente, a partire dal quarto secolo e precisamente al tempo Costantino, si determinò, sotto il profilo terminologico, una notevole confusione tra *possessio* e *dominium*. Vengono qualificate come *possessio* o come *possidere*, sovente con l'aggiunta di precisazioni del tipo *firma*, *firmiter*, *inconcusse* e, in relazione al titolare, *securus* ipotesi che i classici avrebbero individuato con termini allusivi a poteri di tipo dominicale. Non si trattò solo di confusioni terminologiche; si produssero notevoli conseguenze anche sul piano sostanziale e su quello processuale, specialmente in tema di prove.

originaria che aveva probabilmente il termine *usus*, quando, molto prima del *dominium*, comparve nella *lex duodecim tabularum*.

Nel codice vigente il titolo del possesso, ossia il contratto che giustificava l'esercizio del potere di fatto sulla cosa, diviene assolutamente ininfluenza.

Il codice vigente ha profondamente rinnovato tutta la materia possessoria. Con una sorta di estremismo logico perfettamente chiaro e condivisibile, i redattori del codice hanno ordinato che, se il possesso è un mero potere di fatto, di regola in esso, a differenza di quanto si verifica nei rapporti giuridici, non può svolgere alcun ruolo decisivo la eventuale presenza di un titolo giustificativo del suo inizio. Può accadere, anzi normalmente si verifica, che alla base della immissione in possesso esista un titolo negoziale, ma questo, per somma coerenza, non può svolgere alcun ruolo, nemmeno quello che nel passato serviva per identificare il possessore di buona fede. Per il codice attuale può esistere la buona fede anche in mancanza di un titolo che giustifichi la immissione nel possesso. Anche un contratto nullo, ossia inesistente, può giustificare l'inizio di un possesso avviato all'usucapione (art. 1422 c.c.)³⁶.

La importanza della mutazione merita una noiosa reiterazione.

Il possessore è, da sempre, il soggetto che riceve dall'ordinamento la tutela più pronta e veloce. La sua protezione dipende, oggi, soltanto da una mera situazione di fatto, dalla sola relazione con la cosa, indipendentemente dalla presenza di un titolo giustificativo. Il possesso, anche quello di buona fede e anche quello necessario per l'usucapione, non richiede la presenza di un negozio giuridico al tempo del suo inizio. Il possesso può cominciare, anche se non esiste un contratto che lo legittimi. Il quadro riepilogativo appena enunciato è, lo ripeto, uno degli aspetti che più allontana il nostro codice da quello del 1865. Il primo codice civile italiano, a ben vedere, appariva ancora coerente e in linea con quanto si verificava nell'ordinamento romano del periodo classico. L'art. 701 del codice abrogato collegava strettamente la buona fede del possessore con la presenza di un titolo idoneo a trasferire la proprietà. Prima del 1942, era possessore di buona fede chi possedeva come proprietario in forza di contratto abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi. In epoca antica, la buona fede richiesta nel possessore rivolto ad usucapire fu percepita dai giuristi romani come una insopprimibile esigenza di lealtà. Questa poteva sussistere, solo se fosse stata supportata (*subesse*) da una *iusta causa possidendi*. La presenza di un titolo giustificativo era considerata come una condizione basilare per misurare la ragionevolezza e l'onestà del comportamento del possessore qualificato dalla buona fede e, quindi, avvantaggiato. Un titolo negoziale del possesso sarà, quindi, necessario dal

³⁶ Al contrario di quanto avveniva nel diritto romano: la *iusta causa usucapionis*, chiamata semplicemente *titulus* in epoca tarda, era sempre necessaria e veniva considerata come un limite alla *bona fides*. "Evidentemente si volle, conformemente a corrette valutazioni di opportunità, non far dipendere la possibilità dell'usucapione (...) soltanto da una situazione psicologica e intellettuale del soggetto interessato ad usucapire. (...) Va detto anche che la maggioranza dei giuristi classici e, a nostro parere, anche Giustiniano, richiesero che la *iusta causa usucapionis* sussistesse effettivamente. Quindi restò isolata l'opinione di quei giuristi secondo i quali bastava la convinzione in buona fede del possessore circa la esistenza di una determinata *iusta causa*, che in realtà non sussisteva". In sostanza prevalse l'idea che non poteva servire un titolo nullo per avviare l'usucapione: B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., 99.

tempo del diritto romano fino alla vigilia del codice del '42, almeno come barriera oggettiva della buona fede, che è diventata oggi solo un dato di natura soggettiva e psicologica. Il codice vigente ha profondamente riformato tutta la materia possessoria. Con un tracciato rigoroso condotto fino alle sue estreme conseguenze logiche, i redattori del codice hanno stabilito che, se il possesso è una mera situazione di fatto, di regola in essa, a differenza di quanto si verifica nei rapporti giuridici, non può svolgere alcun ruolo decisivo la eventuale presenza di un titolo giustificativo del suo inizio. Può accadere, anzi normalmente avviene proprio questo, che al momento della immissione in possesso ci sia un titolo negoziale. Se questo esiste, la sua presenza serve ancora, come capitava in precedenza in forza del vecchio art. 692, esclusivamente ai fini del gioco delle presunzioni *iuris tantum* del suo inizio³⁷. Il contratto comunque, con la sua ordinaria funzionalità, non svolge più alcun ruolo diretto³⁸ nell'esercizio del potere di fatto, nemmeno quello che nel passato serviva per identificare il possessore di buona fede.

Un corollario della indifferenza della materia possessoria rispetto alla normale operatività del contratto si proietta, poi, sulle vicende che riguardano l'avvio o la perdita del possesso. Il fenomeno, in assenza di una esplicita disciplina legislativa, è rimesso alla interpretazione dei principi. Anche se a volte il codice vigente scrive (art. 1144) di "acquisto del possesso" ovvero (art. 1143) di "titolo a fondamento del possesso", è fin troppo ovvio che, in riferimento all'esercizio di un potere di fatto, non si possa usare la terminologia dell'acquisto o del trasferimento. Questi vocaboli costituiscono un repertorio tipico dei diritti soggettivi ovvero, come meglio si esprime il codice, dei rapporti giuridici patrimoniali. Non è possibile acquistare o trasferire un'attività materiale corrispondente all'esercizio di un diritto reale.

Se oggetto del possesso è una cosa sulla quale altri in precedenza esercitavano un potere, l'inizio di una successiva situazione possessoria in capo ad un nuovo soggetto, può avvenire in due modi diversi: o con la collaborazione del precedente possessore, operazione questa che assume il nome di consegna, oppure contro la volontà del precedente possessore. In questo secondo caso si realizza uno spoglio. La consegna consta di due volontà e di una esecuzione materiale, ma non ha natura negoziale. Naturalmente la consegna può essere conseguenza di un contratto, ma difficilmente può ricomprendersi o esaurirsi negli accordi contrattuali, perché non verte sulla costituzione, sulla modifica o sul regolamento di rapporti giuridici. La consegna concretizza e ha per oggetto solo attività materiali.

Di solito si puntualizza che "la consegna è l'atto bilaterale mediante il quale il pos-

³⁷ Normalmente quando si menzionano i titoli, le norme del codice nella materia possessoria fanno riferimento alla detenzione. Si tratta di due termini uguali che però assumono funzioni diverse se riferiti alle due situazioni. Il titolo, per quanto riguarda il possesso, assolve solo un compito probatorio: si vedano al riguardo le riflessioni di S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, cit., 160.

³⁸ Se queste riflessioni sono esatte, occorre convenire che la nuova struttura del possesso, così come questa emerge dal codice vigente, pone immediatamente fuori gioco i difensori della teoria del titolo migliore nella contesa giudiziale tra il proprietario e il possessore. Se è venuta meno la condizione che in passato richiedeva che il possesso fosse corroborato da un titolo, oggi non si può raccomandare al giudice della rivendica di preferire, tra i due contendenti, colui che può vantare il titolo migliore. La logica non lo consentirebbe.

sessore precedente (*tradens*, trasferente) immette nel potere il possessore successivo (*accipiens*, ricevente)³⁹. L'avvertimento, sempre continuando nella comparazione diacronica tra le *regulae* contenute nei due codici italiani, merita una precisazione; in esso, infatti, si nasconde un passaggio poco convincente.

Non è del tutto veritiero definire la consegna concludendo nel senso appena precisato, ovvero che la immissione nel potere di fatto di un nuovo possessore debba avvenire per il tramite del precedente possessore. Non è del tutto esatto affermare che la consegna, allo scopo di istaurare una nuova ed effettiva situazione possessoria, richieda la presenza operosa del precedente possessore. Esisteva al riguardo, nel primo codice civile italiano, l'art. 2117 che esplicitamente dimostrava l'erroneità di quell'assunto spesso reiterato, sebbene sia ancora oggi privo di idonea dimostrazione. La norma appena citata limitava il principio generale che, dichiarato nei due articoli che lo precedevano, esprimeva il seguente contenuto lapalissiano. I possessori in nome altrui, ossia *il conduttore, il depositario, l'usufruttuario e generalmente coloro che ritengono precariamente la cosa*, non potevano acquistare a loro favore la titolarità del bene per prescrizione, a meno che il loro titolo non risultasse mutato *per causa proveniente da un terzo* o in forza di opposizioni. La limitazione al principio generale di cui all'art. 2117 si esprimeva nel modo seguente: *possono prescrivere quelli ai quali i conduttori, depositari, ed altri possessori a titolo precario hanno ceduto la cosa a titolo di proprietà*⁴⁰. Con la consegna, quindi, anche un semplice detentore può immettere nel potere di fatto un nuovo possessore. Nella materia possessoria non è possibile imitare pedissequamente il regime del trasferimento dei diritti reali, applicando il principio secondo cui *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam sibi habet*. Non era esatto affermare, almeno per il codice precedente, che per realizzare una effettiva consegna fosse richiesta la presenza alla operazione del precedente possessore nella veste di trasferente.

La vecchia disposizione non è stata riprodotta nel codice vigente. Ciò però non significa che la sua operatività sia venuta meno. Esistono ancora oggi molte ipotesi normative nelle quali il semplice detentore ha la possibilità di immettere un nuovo soggetto nel possesso della cosa. Per convincersene basterà leggere l'art. 1776 c.c.; naturalmente se al riguardo non appare sufficiente quanto è stato scritto sull'art. 1153 c.c. La regola possessoria contenuta in quest'ultima norma, in riferimento ai rapporti tra il proprietario sacrificato e colui che infedelmente aliena al terzo beneficiario, dimostra la perdurante operatività della vecchia disposizione sopra richiamata. Ancora con il codice vigente la consegna può essere efficacemente realizzata da un semplice detentore: costui è in grado di immettere nel potere di fatto un vero possessore.

A questo punto, consapevole di utilizzare una espressione in modo atecnico, posso redigere la seguente conclusione. La logica del sistema autorizza ad affermare che l'*acquisto* del possesso può derivare anche dalla consegna effettuata da un detentore.

³⁹ R. CATERINA, *Il possesso*, nel *Trattato dir. reali*, diretto da Gambaro e Morello, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, 409.

⁴⁰ Così disponeva, traducendo il *Code*, il codice siciliano all'art. 2145: *coloro a' quali i fittajoli, i depositari, ed altri possessori a titolo precario abbiano trasferito la cosa con un titolo traslativo di dominio, possono prescriverla*.

Se costui, pur non esercitandolo, è in grado di immettere un nuovo soggetto nel potere di fatto che si manifesta in una attività corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale, è segno che il possesso e la detenzione presentano tratti comuni o, almeno, molto somiglianti⁴¹.

6. *Segue*: la detenzione

Per precisare l'argomento appena indicato, è necessario ora analizzare l'altro concetto definito insieme al possesso, ma che è stato collocato, per utilizzare le medesime coordinate geografiche dell'art. 1141 c.c., *semplicemente* oltre i confini di quel *potere di fatto*.

Proseguendo nel confronto tra le *regulae iuris* contenute nei due codici italiani, spicca subito e in modo assai evidente la autonomia concettuale acquisita, dopo il 1942, dal termine detenzione. Come ho osservato in precedenza, le due situazioni erano definite nell'art. 685 del codice abrogato, mescolando ambiguamente i due sostantivi possesso e detenzione. Chi non è abituato a quella terminologia ha la sensazione che i due nomi fossero adoperati a caso nelle rispettive definizioni. Le quali, per la reciprocità dei costrutti sintattici, sembrano incentrate su scambi anfibologici; come se, senza averlo rilevato, ci trovassimo dinnanzi ad una scrittura bustrofedica.

Il possesso non risultava contrapposto alla detenzione; anzi questo secondo termine veniva adoperato per fornire la definizione del primo. Reciprocamente la stessa detenzione, nell'art. 687, veniva illustrata utilizzando il termine possesso. La contrapposizione tra le due nozioni esisteva, ma essa era indicata con una terminologia diversa da quella odierna. Quella che adesso chiamiamo detenzione veniva allora designata (art. 687) con l'espressione *possesso in nome altrui*. Coloro che rientravano in questa denominazione non erano individuati attraverso una definizione. Costoro erano identificati in quanto risultavano ricompresi in un elenco di contraenti specificatamente indicati negli artt. 2115 e 2117 ai fini della prescrizione acquisitiva. *Sono possessori in nome altrui il conduttore, il depositario, l'usufruttuario e generalmente coloro che ritengono precariamente la cosa*.

Riflettendo sulle *regulae iuris* che nel codice del 1865 disciplinavano quelle due situazioni che oggi si chiamano possesso e detenzione, mi attirano due circostanze che desidero approfondire. La prima riguarda l'osservazione di ciò che esisteva, in materia possessoria, prima che entrasse in vigore il codice civile abrogato. La seconda riguarda la distanza terminologica che, sul tema della detenzione, separa e allontana il codice vigente dal panorama concettuale del passato.

Il nostro primo codice civile, che sulla questione possessoria si ispirava al *Code napoleonico*, o meglio ne rappresentava la traduzione letterale, risulta perfettamente collimante con il contenuto⁴² dell'antico manuale di Gaio. È certo che i redattori del

⁴¹ Questo è uno degli argomenti più studiati e approfonditi da R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., 132 e ivi, nelle note, ulteriori rimandi.

⁴² Gai, *Inst.*, 4, 153. *Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quo-*

Code non conoscessero quel manuale, ma gli orientamenti sul possesso in esso contenuti, come si scoprirà appena più tardi, erano stati fedelmente riprodotti nelle istituzioni di Giustiniano⁴³.

È evidente la perfetta sovrapposibilità dei quattro testi appena menzionati. Essi appaiono quasi coincidenti, pur appartenendo ad epoche tra loro molto lontane; al secondo e al sesto secolo quelli scritti in latino, al diciannovesimo secolo i rimanenti due. I soggetti che oggi si chiamano detentori, in passato e per oltre un millennio, erano stati sempre individuati con la medesima denominazione di possessori in nome altrui; costoro, poi, venivano identificati attraverso una lista che elencava protagonisti di contratti nominati. Esisteva ancora un ulteriore elenco di possessori *nomine alieno*, di cui, però, non c'è più il paio nel diritto moderno.

Prima del codice vigente, a partire dal tempo del manuale di Gaio⁴⁴, la situazione possessoria è attribuita non solo a chi possiede per sé, ma anche ad una circostanza diversa, quella di coloro che possiedono *nomine alieno*, cioè quale strumento (*ministerium*) di un altro protagonista che è giuridicamente chiamato possessore⁴⁵. In tale prospettiva, quindi, il possesso di una medesima cosa poteva contemporaneamente essere riconosciuto e attribuito a due soggetti diversi. A volte nelle fonti romane, per maggiore precisione linguistica, la *civilis possessio* si contrappone alla *naturalis possessio*, detta pure *nomine alieno* o *per alium*, del locatario, del depositario, del creditore pignoratizio, del precarista e del comodatario. A costoro i giuristi romani si riferiscono anche adoperando il verbo *tenere* o *retinere* o *esse in possessione*, persino, *habere*, in contrapposizione a *possidere*. Nello stesso manuale gaiano il *si ipsi possideamus* si contrappone all'espressione *si nostro nomine alius in possessione sit*. Anche a costoro, che possiedono a nome di altri e non solo quelli che posseggono per se stessi, può riconoscersi, sia pure in casi determinati⁴⁶, la tutela interdittale. In ogni caso è certo che la *civilis possessio*, utile per l'usucapione e per la normale tutela interdittale, fu sempre contrapposta al *naturaliter possidere*, ossia al semplice *tenere*, a ciò, per intenderci, che oggi si chiama detenzione. Il codice del 1865, pertanto, non si discostava grandemente dalla risalente impostazione romana.

Mi scuso per essermi attardato, ancora una volta, sul diritto di Roma antica. Tutto ciò mi è servito per mettere in chiaro la effettiva somiglianza tra le opinioni espresse da quegli antichi giureconsulti e le regole che, nella materia possessoria, verranno poi

que, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur.

⁴³ J, *Inst.*, 4, 15, 5. *Possidere autem videtur quisque non solum, si ipse possideat, sed et si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus: per eos quoque, apud quos deposuerit quis aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur.*

⁴⁴ Un secolo prima di Gaio, risultano attestate alcune posizioni di giuristi romani che, per alcuni versi, non consideravano come casi di possesso le situazioni che oggi chiamiamo detenzione. Tra di essi (*quidam*), che poi sarebbero rimasti in posizione isolata non più seguita dai giureconsulti successivi, Ulpiano cita il solo Pegaso: D. 6. 1. 9 (Ulp. 16 *ad ed.*).

⁴⁵ È frutto di un'opinione errata, che dominò a lungo, fin dalla fondamentale impostazione di Savigny, l'idea secondo cui, nel sistema romano, il possesso si dovesse caratterizzare per la presenza dell'*animus domini*. Si tratta di un pregiudizio che non trova giustificazione nelle fonti: così B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., 85. In senso conforme si veda pure A. BURDESE, *Possesso (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 455.

⁴⁶ Per indicazioni più precise rinvio a B. ALBANESE, *op. ult. cit.*, 57.

accolte e riprodotte nelle codificazioni francese e italiana del diciannovesimo secolo. Quei richiami mi sono serviti soprattutto per fornire una spiegazione plausibile a un interrogativo posto poco sopra in tema di consegna. Il sistema giuridico, ancora oggi, rende possibile ad un semplice detentore di immettere in un effettivo possesso un nuovo soggetto. Per lungo periodo i giuristi, pur essendo consapevoli di profonde differenze tra i due fenomeni, erano al pari coscienti della presenza di tratti comuni o molto somiglianti. Anche per questo, il medesimo termine possesso, sia pure con alcune specificazioni distintive, indicava entrambe le situazioni. D'altra parte non bisogna meravigliarsi se, chi non è giurista, possa essere indotto a non distinguere il possesso dalla detenzione: *et hoc est quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione*.

Passo ora alla seconda riflessione che poco sopra ho programmato: quella riferita alla distanza terminologica del nostro attuale codice rispetto al passato.

Scrivo subito, senza affaticanti preamboli, ciò che desidero mettere in evidenza. Dal possesso è stato ormai cancellato qualsiasi connotato che facesse pensare a forme di surrogati dominicali o a profili di generiche appartenenze. Il nostro codice, individuando nel possesso solo l'esercizio di un potere di fatto, ha escluso dal tema, con ineccepibile coerenza, la normale operatività del contratto. Nemmeno il possessore di buona fede, per giustificare il suo stato psicologico, ha bisogno di appoggiarsi a un titolo contrattuale.

Rispetto al passato, va inoltre segnalata una ben più rilevante differenza della quale non ho ancora fatto cenno nel presente scritto. Prima della codificazione francese, il possesso interagiva chiaramente con gli effetti esclusivamente obbligatori del contratto. Il trasferimento della proprietà alienata non dipendeva dal contratto ma dalla effettiva consegna, a far data, in altri termini, dalla immissione nel possesso a favore dell'acquirente. La nuova investitura eseguita a causa del contratto (*iusta causa traditionis*) operava ed evidenziava *erga omnes* il trasferimento del diritto di proprietà. La distanza intercorrente tra il contratto, che non produce effetti oltre la sfera giuridica delle parti, e la proprietà, che consiste in un potere valevole nei confronti di tutti, era, per l'appunto, colmata dal possesso. Attraverso il segno esteriore della nuova situazione possessoria, l'acquirente, con la collaborazione del precedente titolare, faceva conoscere a tutti di essere diventato il nuovo proprietario. Di tutto ciò non c'è più traccia alcuna nel nostro codice vigente. Da una parte il contratto produce conseguenze solo in ordine ai rapporti giuridici, dall'altra il possesso è un mero potere di fatto: il codice vigente ha ormai eliminato qualsiasi influenza del primo sul secondo⁴⁷.

Tutto il contrario avviene per la detenzione: la presenza essenziale di un contratto costituisce il suo tratto distintivo. Prima erano l'*animus* ovvero il potere esercitato *nomine alieno* a segnalare i confini tra le due figure. Oggi, la differenza tra possesso e detenzione, a parte una netta demarcazione terminologica inesistente nel passato, si gioca esclusivamente sulla presenza o meno di un contratto⁴⁸. Per la verità, anche

⁴⁷ Sulla complessa tematica della cosiddetta vendita del possesso, si vedano le riflessioni di B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, in *I possessi*, di B. Troisi e C. Cicero, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, cit., 203 ss.

⁴⁸ Esistono ipotesi, alquanto marginali, di detenzione non derivanti da contratto; per la loro individuazione rinvio a R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., 60 ss.

prima, quelli che chiamiamo detentori venivano identificati ricorrendo ai nomi dei contratti tipici; con la differenza, però, che nel passato il contratto svolgeva un ruolo importante anche nella materia del vero possesso, ossia di quello utile alla usucapione⁴⁹, di quello, per intenderci, esercitato per se stesso (*pro suo*); *si ipsi possideamus*, come aveva specificato Gaio nel suo manuale.

Quando il 2° comma dell'art. 1140 c.c. specifica che si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona che ha la detenzione della cosa, significa che il possessore e il detentore devono necessariamente essere legati tra loro da un contratto. Per essere detentori occorre un titolo contrattuale che attribuisca al soggetto un potere sulla cosa che non corrisponda all'esercizio della proprietà o di un diritto reale. Tale potere da esercitare sul bene può essere conferito per l'interesse dello stesso detentore, come avviene nel comodato, oppure per consentirgli di adempiere una obbligazione, come avviene nel contratto di trasporto di cose o nel deposito. La presenza di un contratto, all'inizio della relazione con la cosa, rende *semplice* (art. 1141) la sua individuazione come detenzione. Il detentore è la parte contrattuale che consente al possessore di esercitare *indirettamente* (art. 1140) il potere sulla cosa. Se manca un contratto si presume che colui che esercita un potere sulla cosa sia un possessore.

L'assenza di questa contrapposizione emerge dagli artt. 1140 e 1141 c.c. e dalle *regulae iuris* che li hanno preceduti. La differenza tra possesso e detenzione dipende dalla seguente circostanza: nella detenzione l'inizio della relazione con la cosa è sempre conseguenza di un titolo giustificativo. Il possesso può avviarsi come conseguenza di un contratto; la circostanza, però, che anche un titolo nullo consente comunque gli effetti dell'usucapione (art. 1422 c.c.), equivale a concludere che il contratto non svolge alcun ruolo nella materia possessoria. Il possesso può, infatti, istaurarsi come conseguenza di uno spoglio. Il possesso può iniziare *invito domini*; la detenzione è inconcepibile *possessore nolente*.

Anche un detentore può diventare possessore; è costretto, prima, a disattivare il suo contratto. Il detentore, per dimostrare che la sua relazione si è modificata, ha due percorsi. Il primo è quello di provare che il suo titolo è cambiato. È intervenuta, in pratica, un'altra parte contrattuale, normalmente il precedente possessore, che, concludendo un nuovo contratto, ha sostituito la preesistente relazione con la cosa, trasformandola, ossia, da mero esercizio del potere *per alium* (detenzione) in *possessio pro suo*. La seconda strada consiste in un inadempimento di una obbligazione contrattuale; ossia deve realizzarsi una violazione manifesta del contratto precedente, in modo che la perdurante relazione sulla cosa si trasformi in un potere di fatto. In questa maniera la detenzione si è trasformata in un possesso e, come tale, non ha più la necessità di essere giustificato da un titolo⁵⁰.

⁴⁹ A differenza del regime classico della *usucapio*, per la quale era sempre richiesta la buona fede e un giusto titolo, una costituzione di Costantino introdusse una *praescriptio quadraginta annorum*, per la quale, per la prima volta, non veniva richiesta la buona fede e un *iustus titulus*. Con questo tipo di prescrizione, che non imponeva un *iustum initium*, il possessore poteva respingere ogni azione di rivendicazione da parte di chi si affermava proprietario. Si rinvia a B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., 123.

⁵⁰ La regola contenuta nel capoverso dell'art. 1141 c.c. somiglia ad un principio elaborato dai *veteres* in riferimento all'antico regime della *usucapio pro herede*. La regola, eccepita dal commentario all'editto

7. Riflessioni conclusive

Come ho scritto all'inizio, non avevo l'intenzione di redigere una recensione sul convincente libro di Omodei Salè; desideravo soltanto segnalare la presenza di altre prove circa la bontà delle soluzioni lì proposte. La sua monografia sulla definizione di detenzione, condotta tracciando una precisa linea di confine contrapposta al possesso, ha stimolato le mie riflessioni di carattere storico. Ho intravisto, operando l'accostamento dei concetti giuridici scritti nei due codici civili italiani, ampie conferme delle conclusioni raggiunte, per altre vie, da Riccardo Omodei Salè.

Esiste, però, un suo ragionamento che non mi persuade. Quando l'autore, soffermandosi sul 2° comma dell'art. 1140 c.c., segnala la presenza di due distinte nozioni di detenzione. La prima assumerebbe un significato generico ascrivibile comunque al fenomeno possessorio. Solo la seconda nozione, qualificata come specifica, presenterebbe la detenzione come una situazione "autonoma e differente dal possesso"⁵¹. Le due detenzioni nascerebbero, se ho ben capito, dalla seguente circostanza. Il possesso mediato da un'altra persona può verificarsi "tanto nell'ipotesi in cui il soggetto 'mezzo' sia impersonato da un detentore in senso specifico quanto da un possessore a titolo di diritto reale limitato, ricorrendo, invero, alla immediata disponibilità della *res* ugualmente in capo a entrambi i soggetti in parola"⁵². La distinzione tra detenzione in senso generico e detenzione in senso specifico è utilizzata più volte nella trattazione condotta da Omodei Salè.

Questa presunta dicotomia del soggetto mezzo che, oltre ad essere un detentore, potrebbe essere anche un possessore a titolo di un diritto reale minore, non mi persuade. Questa impostazione andava bene prima dell'entrata in vigore del codice attuale, quando esisteva un solo tipo di possesso, quello corrispondente alla proprietà. Con l'innovazione contenuta nel 1° comma dell'art. 1140 c.c. esistono tanti possessi, quanti sono i diritti reali. Non è vero che il proprietario del fondo servente possiede la striscia del suo terreno, ove è realizzata la strada, per mezzo del possesso esercitato dal proprietario del fondo dominante intercluso. Oggi esiste un possesso corrispondente all'esercizio della proprietà del fondo servente, distinto dal possesso esercitato dal proprietario del fondo dominante che utilizza la strada altrui. Sono entrambi possessi diretti. Oggi, a differenza del passato, è configurabile un possesso del nudo proprietario, quando altri hanno il possesso corrispondente all'usufrutto, all'uso, all'abitazione, alla superficie e all'enfiteusi. Il proprietario di un fondo servente o il nudo

scritto da Paolo (D. 41, 2, 3, 19 e 20), era espressa in questo modo: *illud quoque a veteribus praeceptum est neminem sibi causam possessionis mutare potest. Sed si is, qui apud me deposuit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.*

La regola molto probabilmente venne concepita per evitare un pericolo legato alla risalente concezione della usucapione della qualità di erede; quando ancora non era stato elaborato il requisito della buona fede e del titolo per usucapire. "Mirò a proibire che colui che deteneva una cosa d'altri (...) potesse, dopo la morte di colui in nome del quale deteneva, decidere di cominciare a possedere *pro herede* la cosa stessa". Così B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., 107.

⁵¹ R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., 35 e ivi nelle note i rinvii per gli approfondimenti.

⁵² R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., 27.

proprietario o il proprietario di un mobile dato in pegno, non esercitano un possesso indiretto per mezzo di altri. Oggi, nei loro confronti, si configurano altrettanti possessi diretti, quante sono le attività corrispondenti a diritti di proprietà gravati da diritti reali parziari.

Non mi sembra convincente, in sintesi, la conclusione secondo cui il ruolo d'intermediario descritto dal 2° comma dell'art. 1140 c.c., "potrebbe essere ugualmente svolto tanto da un detentore (in senso specifico) quanto da un possessore (immediato) a titolo di diritto reale limitato"⁵³.

Se così fosse, dovremmo reputare ancora in vigore l'art. 2115 del vecchio codice, il quale, nell'indicare specificamente i possessori in nome altrui, includeva nell'elenco anche l'usufruttuario. Costui, al pari del *conduttore*, del *depositario* e, in genere, di tutti *coloro che ritengono precariamente la cosa*, non poteva *prescrivere a proprio favore* con il decorso del tempo. Mi pare, però, che gli attuali artt. 1153, 1158, 1159, 1160, 1161, 1162, consentano espressamente a chi esercita un'attività corrispondente all'usufrutto di usucapire il diritto reale limitato.

A mio avviso non esistono varie figure di detentore. Dal codice vigente sono state, invece, introdotte diverse nozioni di possesso: tante quante sono le ipotesi di diritti reali.

A prescindere da questa piccola dissonanza, faccio mie le parole scritte dal prof. Sacco nella prefazione del libro di Omodei Salè.

"Dallo scritto traspare una consumata familiarità con il tema. (...). L'autore ha i piedi per terra. Procede saldamente ancorato al dettato legislativo. Non si sforza di stupire il lettore".

Dell'illustre Maestro ho in precedenza segnalato la sapienza del suo richiamo bucolico al terreno arato, quando si argomenta utilizzando definizioni di termini giuridici. Confesso però che, volendo lodare l'autore di un accurato studio scientifico, io, forse, non avrei scelto la posizione dei suoi piedi. Non riesco ad immaginare, infine, come si possa navigare rimanendo saldamente ancorati. Forse aveva ragione Giavoleno: nel diritto civile ci vuole poco per non capire niente.

⁵³ R. OMODEI SALÈ, *op. cit.*, 42.

