

Raffaele Basile, *Eredità concettuali e influssi disciplinari. Spunti in tema di possesso e servitù*, (Syntéleia - Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"), Bari 2023, pp. 178

Angelo Davide Cairo*

Col titolo *Eredità concettuali e influssi disciplinari. Spunti in tema di possesso e servitù*, Raffaele Basile riflette in chiave moderna su alcuni aspetti dei rapporti reali i quali – tutt'oggi – si confermano essere argomenti di grande attualità.

Alla luce dei più recenti studi, che mirano a far luce sui cc.dd. 'fondamenti romanistici del diritto europeo', il lavoro abbraccia un orizzonte temporale tutt'altro che circoscritto, al fine di osservare alcune relazioni osmotiche – in tema di possesso e di servitù – fra diritto romano e diritto positivo.

Nel primo capitolo (pp. 1 – 49), l'Autore ripercorre la storia del possesso, osservandone le 'oscillazioni' dovute a una pluralità di fattori che hanno interagito con esso istituto.

In primo luogo, il lavoro si sofferma sui punti di contatto con gli schemi proprietari che si sono seguiti nel corso della lunga esperienza giuridica romana. A ben vedere, infatti, risultano centrali nel processo tanto formativo, quanto evolutivo del possesso sia *l'interdictum uti possidetis*, sia quel particolare fenomeno di privatizzazione che ha interessato l'*ager publicus* italico.

Il secondo aspetto su cui si concentra la riflessione riguarda il – seppur graduale – percorso di svincolamento dell'istituto possessorio dal requisito della corporalità dell'oggetto. A tal riguardo, i passi richiamati sembrano attestare, ad avviso dell'Autore, una vera e propria 'smaterializzazione' del possesso, ammettendo, pertanto, una *reformatio*, che tende a comprendere non solo *corpora*, ma anche *iura*.

Ad avallo di siffatta osservazione, l'Autore osserva acutamente che già il più vetusto *usus* - il quale fu, con tutta probabilità, modello primigenio di possesso - era caratterizzato da connotazioni ora materialistiche, ora prive di *corpus*.

L'indagine si orienta nel raccogliere una serie ulteriore di riscontri. In particolare, dalla lettura di Imp. Constantinus A. ad Maternum CI. 7, 32, 10, l'Autore ritiene ammissibile una prospettiva per cui sarebbe possibile desumere che il possesso può trovare la propria dimensione ontologica tanto nel *factum*, quanto nello *ius* e che – specie in sede processuale – questa dicotomia risulta rilevante ai fini degli effetti della tutela. In sede contenziosa essa tutela potrebbe declinarsi ora in forma mediata, ora in forma immediata, a seconda che il possesso trovi legittimazione – rispettivamente – nel *factum* o

* Laureato in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

nello *ius*¹.

Ciò sembra attestare che l'istituto possessorio registri, nel tempo, una trasformazione che finisce per scalfirne la pura essenza fattuale.

L'ipotesi appena proposta dall'Autore riassume «l'incessante dialettica fatto-diritto, all'interno della cui cornice – (comunque) facendo leva sui risultati raggiunti nella stagione più feconda del pensiero giuridico romano – la storia del possesso sembra irrefutabilmente destinata a compiersi» (*ivi* pag. 27). Una metamorfosi di tal guisa, di cui è soggetto e – contemporaneamente – oggetto il possesso, rappresenta, con tutta probabilità, la risultante di un adattamento funzionale dell'istituto in esame rispetto alle 'slabbrature' che interessano i diritti reali in generale.

La riflessione non si arresta al diritto romano. L'indagine prosegue, infatti, sino ai tempi più recenti. Abbinando sintesi e profondità, l'Autore riesce nel tentativo, sicuramente complesso, di offrire una panoramica esaustiva dei principali orientamenti, dommatici e pretori, sedimentatisi sul tema.

A tal proposito, l'apparato bibliografico rappresenta indice sintomatico della compiutezza del lavoro. In aggiunta, la ricerca in esame parrebbe avere un valore ulteriore. Essa, infatti, non si 'limita' a ripercorrere i tratti salienti del dibattito – indubbiamente sconfinato – in materia di possesso; piuttosto si coglie l'obiettivo di tracciare una linea ermeneutica che tenda a comporlo.

Così, nella descrizione degli indirizzi emersi negli studi scientifici e accanto alla evocazione della contrapposizione tradizionale, si focalizza l'attenzione sulla costruzione che recupera il possesso ad un *tertium genus*².

Il piano d'indagine, dunque, si allarga, annotando come, in punto di diritto positivo, la *vexata quaestio* non sia risolta nemmeno per mano del legislatore. Attraverso un'attenta lettura dell'art. 1140 c.c. si attualizza la storica *querelle*, a ben vedere mai sopita. La norma, si annota, non appare idonea a neutralizzare le criticità – quantomeno, a livello definitorio – del possesso, che rimane, pertanto, polarizzato tra le due opposte prospettive: quella giuridica da un lato, quella fattuale dall'altro.

D'altro canto, il giudice ermellino contribuisce – con alcune sentenze emblematiche, analizzate dall'Autore – a rimarcare lo iato che ontologicamente caratterizza il possesso, offrendo un'esegesi della nozione tutt'altro che univoca³.

¹ Suggestivi, eppure non persuasivi, appaiono i richiami al filone interpretativo che si cimenta nel tentativo di accostare, sul piano della tutela processuale, il possesso e l'interesse legittimo. Come evidenziato dall'Autore, il quale infatti, sul punto richiama, tra molti, L. Cariota Ferrara, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, in *Diritto e giurisprudenza* 22 (1966) 712, l'immediata - seppur precaria - tutela riconosciuta al possesso è concettualmente incompatibile rispetto alla tutela - relativa e condizionata - tipica dell'interesse legittimo, che affiora al cospetto dell'esercizio di un potere volto a curare un interesse pubblico.

² Sul punto occorre, tuttavia, segnalare che autorevole dottrina e consolidata giurisprudenza sono orientate nel senso di escludere una qualificazione plurima di detto istituto, per violazione del principio *tertium non datur*.

³ Dall'iniziale esclusione che il possesso potesse, infatti, incentrarsi su un diritto soggettivo – tesi affermata da Cass. civ.,

«In sintesi, una disputa destinata a concludersi... senza vincitori né vinti» (ivi pag. 39).

Configurare il possesso – una volta e per tutte – come un ‘fatto’ ovvero un diritto è un tentativo di razionalizzazione, osserva l’Autore, che suscita non poche perplessità.

Nel cuore del dibattito, si propone un approccio che considera l’istituto, ‘anfibologico’ per natura, quale simbolo di una irriducibile contingenza⁴.

Così sembra assottigliarsi – fino a scomparire – il divario temporale tra diritto romano e diritto moderno. Gli antichi *prudentes*, infatti, non diedero mai una definizione univoca e assoluta dell’istituto in esame. Questo atteggiamento suggerisce che è probabilmente giunto il momento di superare il crinale fatto-diritto, in quanto nodo gordiano della vicenda possessoria.

Più precisamente, l’attualità del pensiero giuridico romano riposa nella consapevole impossibilità di determinare ‘storicamente’ – ovvero sia fuori dal tempo e dallo spazio – l’istituto *de quo* che, pertanto, assume metaforicamente le sembianze di un pendolo destinato imperituro a oscillare ora polarizzato verso il *factum*, ora verso il *ius*.

Solo così è possibile sopire i termini della questione, evitando di alimentare un circolo vizioso nel quale pressioni formalistiche definitorie di qualificazione non vedono possibilità di soluzioni escludenti definitive⁵.

Sez. II, 12/11/1996, n. 9884, secondo cui il trasferimento oggetto di compravendita poteva essere solo il diritto di proprietà e non il possesso di una *res*, escludendosene pertanto la natura di diritto trasferibile, con le ovvie conseguenze in tema di accessione del possesso e di inidoneità all’usucapione – si è giunti a una nozione diversa della categoria.

La stessa giurisprudenza della Suprema Corte –Sezioni Unite civili (24/2/1998, sent. n.1984) – invero, valorizzando il potere sulla *res* che connota la struttura dell’istituto possessorio, nonché la tutela processuale offerta dall’ordinamento giuridico al titolare della relativa posizione è giunta a convalidare la tesi della doppia cognizione. Con ciò si è incentrato l’accertamento sul doppio livello, sommario e di merito possessorio, costruendo, così, una categoria orientata a tutelare il diritto del possessore alla conservazione del proprio *status*. Pur senza prendere una esplicita posizione sulla natura del possesso, nella decisione si intravede una significativa apertura verso la valorizzazione del possesso stesso come diritto. È un’ottica che, coerentemente, ammette una decisione che è idonea a fare stato tra le parti e che, come tale, è suscettibile di impugnazione attraverso gli ordinari strumenti di tutela, a prescindere dal collegamento logico-funzionale di esso possesso con la proprietà o con altro diritto reale.

⁴È, con tutta probabilità, questa la ragione per la quale P. Bonfante afferma che «la nozione del possesso è la più controversa del diritto» in *Corso di diritto romano. III. Diritti reali*, Milano 1972, 178; e ancora che è «...il più grande rovello della storia e della dottrina» in *Corso di diritto romano. I. teoria del possesso (1905-1906). Lezioni*, Padova 1906, 11.

⁵ Fondamentale, sul tema, M. Miceli, L. Solidoro, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino 2021, 95ss.; 174ss. e ivi ampia bibliografia, da cui risulta che, soprattutto durante il *Dominatus*, il termine ‘possesso’ è sicuramente usato in modo promiscuo. Ciò sembra accadere non per effetto di un mero errore metodologico, ma a causa dei radicali mutamenti istituzionali che interessano – frammentandola – la categoria proprietaria tutta. Essa categoria si scompone a tal punto da ‘assorbire’ il possesso, fino a trasformarlo nella declinazione proprietaria dell’epoca su suolo provinciale: la c.d. *possessio vel usufructus*. In particolare, L. SOLIDORO (*op. ult. cit.*) pone sotto la giusta luce l’imprescindibile fenomeno di sincretismo giuridico che interessa il diritto romano e la realtà provinciale, specialmente quella germanica.

Questa considerazione per sottolineare, anche in linea con quanto riportato dall’Autore, che il possesso, col tempo, si è connaturato di un *quid pluris* che, da mero potere sulla *res*, quale rapporto di fatto, diviene anche e soprattutto espressione

Il tema portante del secondo capitolo (pp. 51 – 111) è costituito dall'incompatibilità strutturale tra possesso e servitù negative.

L'orientamento prevalente, in ossequio a una trasversale lettura del divieto di cui all'art. 1061 c.c. e della – seppur non codificata – distinzione tra servitù positive e negative, accoglie pacificamente l'opinione secondo cui è da escludersi l'usucapione delle servitù di contenuto negativo, poiché da considerarsi non apparenti.

L'Autore annota come sia possibile giungere al suddetto risultato prescindendo dall'interpretazione della norma codicistica e valorizzando, piuttosto, alcune fonti romane, relative all'antecedente logico-giuridico dell'usucapione, ovvero sia il possesso.

Quest'ultimo, dunque, fungerebbe da ostacolo 'cartesiano' per la configurazione di un esercizio rispetto alle servitù negative.

In buona sostanza, pur volendo valorizzare il dato normativo di cui all'art. 1073 c.c., non sarebbe ammissibile – già in punto concettuale – distinguere tra 'esercizio' e 'possesso' con riferimento alle servitù negative, per la valenza ambigua – *rectius*, ibrida – che le connota ontologicamente e che finisce per concentrarne l'essenza sul 'non esercizio' da parte del titolare del diritto.

L'incompatibilità concettuale del possesso con situazioni strutturalmente negative incontra un ostacolo insormontabile nella non configurabilità di una pretesa che abbia ad oggetto la mera astensione da parte di altri. In ciò si coglie la *ratio* della non usucapibilità di servitù siffatte.

Eppure, l'incompatibilità sostanziale testé descritta non trova un riscontro in sede processuale, essendo ricorrente nella prassi, divenuta perciò diritto vivente, la facoltà per i titolari di servitù negative di ricorrere ai mezzi di tutela possessoria⁶.

In particolare, l'Autore richiama l'attenzione del lettore su due ordinanze, dal cui contenuto si evince a chiare lettere la tendenza, specie da parte della Corte suprema, a riconoscere la tutela possessoria nei riguardi di servitù negative, configurandone il possesso quale godimento dell'utilità derivante dal comportamento di astensione altrui.

Tale punto di arrivo della Cassazione, nient'affatto isolato, non appare del tutto condivisibile. Il passaggio non del tutto convincente nel ragionamento argomentativo del giudice ermellino riposa sull'equivoco accostamento tra il possesso di servitù negativa e il *non facere* del proprietario del presunto – o meglio, presumibile – fondo servente. Se fosse condivisibile questo ragionamento si dovrebbe, di riflesso, ritenere che un proprietario sia obbligato a estrinsecare sempre e solo in positivo

stessa, in veste di titolo giuridico, della proprietà.

⁶In particolare, l'Autore individua numerose sentenze che esplicitamente riconoscono l'esercizio ovvero il possesso di servitù negative. Tale facoltà, per la giurisprudenza, pare ricavarsi dall'art. 1073, secondo comma; norma che, invece, ad avviso dell'Autore, sollecita non poche perplessità.

i propri poteri al fine di recidere larvati, poiché invisibili, fenomeni possessori che nessuno potrebbe conoscere, forse nemmeno il possessore stesso. Dunque, è legittimo chiedersi se sia possibile comprimere a tal punto le prerogative dominicali, tanto da escludere dalle facoltà del *dominus* declinazioni negative del proprio diritto.

‘Non cade lontano’ – metaforicamente – l’ordinanza resa dalla II Sezione Civile del Tribunale di Nola. Nel provvedimento in esame, definibile ‘alla francese’ per *brevitas* e consequenzialità, il giudice comune riconosce – al più – un mero *ius prohibendi*, motivandolo in base alla considerazione per la quale «le servitù non apparenti sono insuscettibili di tutela possessoria, in quanto esse – per loro stessa definizione – non si estrinsecano in un potere di fatto tangibile...». Eppure, si rileva un passaggio motivazionale tutt’altro che logico nelle parole «... le servitù negative non sono tendenzialmente possedute sul piano corporeo, ma solo esercitate sul piano giuridico». Quest’ultimo passaggio logico-argomentativo è definito dall’Autore come ‘artificioso *discrimen*’ dato che la rilevanza giuridica del possesso passa per il piano fattuale della concretezza, dalla quale sembra non potersi prescindere⁷.

Dunque, occorre chiedersi se, in nome dell’intento giurisprudenziale di garantire una tutela ‘a tutta oltranza’ di dette situazioni, siano sovvertibili i dati normativi insieme con le regole della grammatica civilistica. Infatti, postulare l’impossibilità di servitù negative, ma riconoscerne contemporaneamente l’esercizio è un non senso, quasi una chimera giuridica.

Questa apertura pretoria, ad avviso dell’Autore, avrebbe anch’essa ‘radici romanistiche’. In particolare, si richiama, *ex multis*, Ulp. 69 *ad ed. Dig.* 43.17.3.5 in cui parrebbe ammettersi la possibilità di ricorrere all’*interdictum uti possidetis* quale strumento concreto di tutela per il titolare del diritto parziario.

Sarebbe questo un adattamento di due concetti giuridici, tradizionalmente retti da un rapporto di reciproca antinomia, tuttavia ispirato a logiche concrete di celerità processuale, da un lato, e di giustizia sostanziale, dall’altro⁸.

Il terzo capitolo (pp. 113 – 146) si incentra requisito *dell’utilitas servitutis*.

Il baricentro della riflessione è un passo ‘notorio’ in letteratura: Ulp. 17 *ad ed. Dig.* 8. 5. 6. È il caso in cui il divieto di *altius tollere*, oggetto di *servitus*, venga meno per l’azione di un soggetto terzo, estraneo al rapporto, che sopraelevi un immobile al punto da ‘svuotare’ di *utilitas* – oggettivamente

⁷Un ulteriore conferma di quanto detto parrebbe ricavarsi dall’art. 1066 c.c. che, nel regolare le questioni di possesso delle servitù, comanda che si debba considerare la ‘pratica’. Dal tenore letterale della norma si evince un chiaro intento del legislatore di ancorare l’esercizio dei poteri possessori a un dato comportamentale pragmatico, esteriore, giuridicamente tangibile.

⁸La tutela interdittale romanistica delle servitù negative è, per l’Autore, un c.d. ‘strumento riequilibrante’ che, in un’ottica di comparazione diacronica, si rivela essere un mezzo di tutela equitativa per il giurista moderno.

– il *ius praedii*.

Interessanti risultano essere gli interrogativi circa le eventuali dinamiche processuali che possono riguardare il caso di specie. I rimedi esperibili dal proprietario del fondo dominante risultano essere – tutti – subordinati alla rimozione dell’immobile intermedio, prima che si estingua la *servitus* per avvenuta *usucapio libertatis*. La tutela è evidentemente debole e mediata dall’esercizio di un diritto che, in quanto estraneo al rapporto, è in grado di annullare *ad externo* l’*utilitas* del *ius praedii*.

In particolare, il profilo fondamentale è relativo al se la realizzazione dell’immobile intermedio, ‘intruso’ nel rapporto, sia idoneo a estinguere o a rendere quiescente la *servitus altius non tollendi*.

A ben vedere, in ipotesi siffatta, seppur l’*utilitas* della *servitus* sembri ‘eclissarsi’, esso requisito oggettivo mantiene uno stretto collegamento funzionale con la *vicinitas*. Pertanto, il *praedia vicina esse debent* non solo non parrebbe venir meno a causa della nuova opera, ma sembrerebbe avere anche la ‘energia giuridica’ di polarizzare a sé l’immobile costruito dal terzo. Dunque, l’*utilitas* risulterebbe requisito astrattamente idoneo a inglobare tutto ciò che interferisce con la propria esistenza⁹.

A tal riguardo, annota l’Autore, la *lectio* ulpiana sembra aver ispirato tanto il legislatore francese quanto quello italiano. Emblematico è l’art. 1074 c.c. che considera sia l’impossibilità di esercizio della *servitus*, sia il venir meno della sua oggettiva *utilitas* come fenomeni generatori di una ‘quiescenza’ del *ius* entro i limiti temporali di cui all’art. 1073 c.c.

Rebus sic stantibus, nella attuale disciplina codicistica, si avverte ancora una volta l’eco dell’insegnamento degli *antichi prudentes*.

Nel quarto, nonché ultimo, capitolo (pp. 147 – 169), si affronta la lettura del ‘fondamento romanistico’ nei rapporti di asservimento idrico, ponendo l’Autore come referente del suo sviluppo critico-argomentativo il volume di C. J. Bannon, dal titolo *Gardens and Neighbors. Private Water Rights in Roman Italy*.

L’approccio è interdisciplinare: si pone l’attenzione su aspetti economici e sociali che permettono di trascendere la dimensione squisitamente giuridica degli *iura praediorum*.

Lo sviluppo dell’incedere del ragionamento si incentra sulla funzione solidaristica di meccanismi di tal fatta, che sono pensati e usati per compensare gli squilibri inevitabilmente prodotti da una disponibilità della risorsa idrica, per natura disomogenea. Nella prospettiva delineata, i diritti reali di

⁹Evocativo a tal riguardo potrebbe essere il fenomeno fisico del magnetismo. L’*utilitas* sarebbe il magnete in grado di attrarre a sé tutto ciò che si colloca nel campo d’attrazione. Non solo, v’è di più: essendo l’immobile interposto più vicino al polo dell’*utilitas* esso non può non subire lo stesso destino cui è andato incontro il, seppur momentaneamente latente, fondo servente. A riprova di quest’ultima considerazione potrebbe evidenziarsi che lo stato dei luoghi non sia soggetto ad alcun mutamento e, poiché l’*utilitas* inerisce al fondo, essa non è suscettibile di essere minata dalla condotta del terzo. In ciò si concretizza l’assolutezza della posizione legittimante e l’annessa tutela *erga omnes*.

godimento su cosa altrui fuoriescono da una dimensione propriamente interprivatistica e acquistano una dignità, *rectius* funzione, per così dire ‘sociale’.

Il *focus* si orienta, pertanto, sulle strategie gestionali. Si rappresenta, dunque, attraverso una lettura delle fonti, come centrale nella ricostruzione l’esistenza di cc.dd. “schedules of use”, veri e propri programmi imperativi, volti a limitare – per ragioni di interesse pubblico – la libera concorrenza dell’uso dell’acqua da parte dei privati.

È evidente come le “schedules”, che garantiscono una razionale gestione della risorsa, non possano che essere proiezione concreta della “Commons theory”. L’acqua è un bene tanto prezioso da divenire oggetto di una politica di scambio giuridicizzata, mediante un uso funzionalmente pubblicistico delle *servitutes*.

Solo osservando sinergicamente i fattori sociale, economico e giuridico è possibile cogliere nella sua interezza la portata del fenomeno e, pertanto, condividere l’idea secondo cui l’istituto possa calarsi in una rete sociale, le cui maglie sono segnate dal comune interesse a una ‘ottima’ ed equa disponibilità della risorsa.

Ebbene, ad avviso dell’Autore, questa ipotesi ricostruttiva rivelerebbe più di un ‘corto circuito’.

In questa prospettiva, l’Autore ritiene semplicistica proprio l’alternativa sul trattamento delle fonti idriche ubicate su terreni privati per le soluzioni adottabili a favore del titolare del fondo che ne fosse privo: ricorrere alla servitù ovvero a strumenti di godimento informale.

Un altro aspetto che indurrebbe a guardare con sospetto l’ipotesi ricostruttiva è strettamente collegato all’individuazione di un punto di bilanciamento tra le esigenze, tutt’altro che solidali, insite nel *dominium* e la cooperazione tra vicini, per il bisogno collettivistico di condivisione della risorsa idrica.

Infine, non sembrano essere sufficienti le fonti da cui desumere, allo stato, né sentimenti di solidarietà sociale, né di coscienza ambientale tanto maturi da ispirare meccanismi di gestione della risorsa, economicamente e socialmente sostenibili, alla stregua di quelli moderni¹⁰.

¹⁰ D’avviso parzialmente contrario risultano essere diversi studi sul tema della c.d. tutela della *salubritas*, tra cui, *ex multis*, A. Di Porto, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, Milano 1990; I. Fagnoli, *Studi sulla legittimazione attiva all’interdetto quod vi aut clam*, Milano 1998, 109ss.; L. Solidoro, *La tutela dell’ambiente nella sua evoluzione storica: l’esperienza del mondo antico*, Torino 2009; F. Fasolino, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas tra III e I sec. a.C.*, in *TSDP* 3 (2010). Il minimo comune denominatore delle opere richiamate si sostanzia nell’individuazione – quantomeno a livello embrionale – di una ‘sensibilità giuridicamente qualificata’ verso l’ambiente. Indubbiamente l’idea di uno spirito ecologista vero e proprio è una conquista recente, per certi versi tardiva, e che, pertanto, non può avere un precedente romanistico. Tuttavia, con le opportune cautele di comparazione diacronica è possibile ipotizzare un’apertura (giuris)prudenziale già in epoca romana sul tema *de quo*, orientata ad ammettere – seppur in maniera asistemica, ma non per questo inconsapevole – soluzioni avverso l’inquinamento. Per ulteriori considerazioni sulla delicata questione si rinvia anche a I. Fagnoli, *Ruina naturae e diritto romano*, in *TSDP* 8 (2015) e ivi ampia bibliografia.