



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Alvise Schiavon

**La tutela del possesso
dei beni fuori commercio:
analisi di una norma problematica
alla luce dell'impostazione romana**

Numero XVI Anno 2023
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Ischr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

La tutela del possesso dei beni fuori commercio: analisi di una norma problematica alla luce dell'impostazione romana

SOMMARIO: 1. Una disposizione problematica – 2. Il codice civile del 1865 e i suoi modelli – 3. La genesi dell'attuale formulazione – 4. Stratificazione testuale e problemi interpretative – 5. La prospettiva romanistica.

1. *Una disposizione problematica*

«Questo articolo merita una disamina attenta sia per la sua importanza pratica sia perché finora trascurato quasi del tutto in dottrina. Invero manca un qualsiasi studio storico e dommatico sull'argomento e le citazioni che possono raccogliersi nei commentari o nei trattati di diritto civile si riducono spesso ad affermazioni pure e semplici; la giurisprudenza, d'altra parte, se ha il merito di aver messo in rilievo la questione che si nasconde sotto l'apparente chiarezza della dizione del detto articolo, non però ancor oggi riuscita a far prevalere la sua interpretazione né a sussidiarla di convincente motivazione».

Tale osservazione, formulata con riferimento all'art. 690 del Codice civile del 1865 e contenuta nelle celebri *Note alle Pandette del Windscheid*¹, si presta a descrivere lo *status quaestionis* relativamente alla disposizione che di quell'articolo 690 rappresenta l'erede.

¹ Citazione tratta da P. BONFANTE, F. MAROI, *Note a B. WINDSCHEID, Il diritto delle Pandette. Note e riferimenti al diritto civile italiano iniziate da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante coadiuvato dall'avv. Fulvio Maroi*, V. *Note al libro III. Il diritto*

L'art. 1145 cod. civ. – rubricato ‘possesso di cose fuori commercio’ – è una disposizione che appare per molti versi eccentrica rispetto al sistema disegnato dal codice civile del 1942; essa, inoltre, presenta tali problemi interpretativi da spiegare la sua incerta applicazione giurisprudenziale. L'articolo in questione si trova nel Capo I (*Disposizioni generali*) del titolo VIII del libro II cod. civ. (*Del Possesso*), assieme alle altre disposizioni fondamentali in materia di definizione delle fattispecie possessorie: la stessa collocazione della disposizione pare suggerire la centralità di questa disposizione nella sistematica predisposta dal legislatore. Alla portata apparentemente ‘generale’ della disposizione si accompagna però una formulazione per molti versi ambigua.

Essa stabilisce infatti perentoriamente, al comma 1, che il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto. La portata di tale affermazione va peraltro coordinata con il contenuto dei due seguenti commi, che estendono invece la tutela contro lo spoglio (co. 2) e, a determinate condizioni, contro le molestie (co. 3) che un soggetto possa subire da un altro privato in relazione al possesso di beni appartenenti al pubblico demanio – nonché ai beni degli enti territoriali minori assoggettati alla medesima disciplina. L'ammissibilità di questa tutela è limitata ai rapporti tra privati, mentre sono esclusi dal novero dei legittimati passivi le pubbliche amministrazioni.

L'interpretazione dei due elementi attorno cui è costruita la rubrica di tale disposizione – ‘possesso’ e ‘cose fuori commercio’, dalla cui esatta ricostruzione dipende peraltro la definizione del campo applicativo dell'istituto in essa previsto – presenta però alcune difficoltà, specialmente nel confronto con il dettato normativo dei commi che la compongono. Come anticipato, credo che una rilettura

delle cose, Torino, 1926, 424. L'importanza dell'opera di traduzione e annotazione delle Pandette del Windscheid (come gli analoghi progetti di traduzione del *Lehrbuch der Pandekten* di Karl Ludwig Arndts e dell'*Ausführliche Erläuterung der Pandekten* di Christian Friedrich Glück) per l'edificazione delle dottrine generali del diritto privato italiano è sottolineata in F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts* di B. Windscheid, Torino, 2016.

di questi due profili alla luce dell'analisi storico-giuridica possa aiutare a chiarirne alcuni aspetti.

La difficoltà a ricondurre il contenuto della norma, che regola le condizioni per la tutela del possesso da parte dei privati delle cose fuori commercio, all'interno delle tradizionali categorie civilistiche va di pari passo, apparentemente, con la difficoltà delle corti a darvi applicazione².

Non può quindi certo nemmeno stupire lo scarso interesse manifestato dalla dottrina nei decenni successivi all'approvazione del codice per una disposizione che, pure toccando istituti generali importantissimi dell'ordinamento (come i rapporti tra attività amministrativa e quella dei privati, la possibilità di coesistenza di diritti privati e pubblici sul medesimo bene, la definizione stessa del possesso, solo per nominare i principali) è relegata ai margini dei principali trattati e commentari del diritto privato³, mentre manca una

² Una panoramica in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina. Libro III. Della proprietà. Tomo IV (artt. 1140-1172)*, a cura di M. Annunziata, Milano, 2005, 1863 ss.; L. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali, III. Azioni petitorie – Servitù – Possesso – Usucapione – Azioni possessorie*, a cura di P. Cendon, Torino, 2012, 342 ss.; C. RUPERTO, S. RUPERTO, *Codice civile. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, II. Libri II – III Delle successioni e della proprietà (artt. 456-1172)*, a cura di S. Ruperto, Milano, 2022, 1317 ss.

³ A. BUTERA, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro della proprietà. Parte seconda. Delle servitù prediali – Della comunione – Del possesso – Della denuncia di nuova opera e di danno temuto*, Torino, 1941, 416 ss.; *Codice civile. Libro della proprietà. Commentario*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1942, 949 ss.; G. PESCATORE, R. ALBANO, F. GRECO, *Della proprietà*, in *Commentario al codice civile redatto a cura di magistrati e docenti*, III.3, Torino, 1958, 298 s.; A. MONTEL, *Il possesso*², in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, V.4, Torino, 1962, 81, 97, 105 s., 505; F.S. GENTILE, *Il possesso*, Torino, 1977, 70 ss., 562 ss., 594 ss.; F. DE MARTINO, *Del possesso della denuncia di nuova opera e di danno temuto. Art. 1140-1172*⁵, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1984, 24 ss.; P. GALLO, *Possesso e azioni possessorie*, in *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, VII. *Beni proprietà e diritti reali*, II, Torino, 2001, 210; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, I. Le categorie generali, le persone, la proprietà*⁴, Padova, 2004, 446 e *passim*; F. DISTEFANO, *artt. 1142-1146*, in *Il commentario al Codice civile. Artt. 1140-1172 Possesso*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, 35 ss.; R. SACCO, *Il possesso*³, in *Trattato di diritto civile e commerciale*,

trattazione monografica di questa disposizione e dei vasti problemi che essa solleva⁴.

Di recente, però, essa ha ricevuto una rinnovata attenzione, essendo stata indicata quale possibile testa di ponte normativa per l'ingresso nel nostro ordinamento positivo di una tutela dei beni comuni, ovvero di una tutela diffusa e aperta al *quivis e populo* e diretta a mantenere le condizioni di fruizione collettiva di determinate risorse.

L'ordinamento processual-civilistico italiano è fondamentalmente basato su un'impostazione individualistica, in cui l'accesso alla tutela giudiziaria è subordinato alla prova dell'esistenza di un interesse soggettivo alla stessa⁵. Tale impostazione discende, tra l'altro, dalla ricostruzione delle cosiddette 'condizioni dell'azione' fornita dalla dottrina tedesca di matrice pandettistica nel XIX secolo, che la concepì

già diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2014, 99 ss. Manca addirittura in F. ALCARO, *Il possesso (artt. 1140-1143)*², in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 2014 che programmaticamente si limita agli articoli 1140-1143 del titolo sul possesso in generale.

⁴ Fa eccezione un'interessantissima ma poco valutata monografia di P.G. PONTICELLI, *Intorno ai rapporti fra tutela del possesso e interesse pubblico*, Milano, 1968.

⁵ Il problema della tutela giurisdizionale degli interessi sovraindividuali a partire dagli anni Settanta ha occupato civilisti e processual-civilisti in un vasto dibattito: si pensi ai convegni che, in un breve torno di anni, tornarono ad occuparsi di diversi profili della questione e che sono testimoniati in *Le azioni a tutela di interessi collettivi (Atti del convegno di Pavia, 11-12 giugno, 1974)*, Padova, 1976; *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori (Atti del convegno di Salerno, 22-25 maggio 1975)*, Milano, 1976; *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività (Atti del XXIII convegno di scienza dell'amministrazione svoltosi a Varenna 22-24 settembre 1977)*, Milano, 1978; *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività (Atti del convegno nazionale promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra, Bologna, 5 dicembre 1981)*, Rimini, 1982. Tra i contributi più rilevanti per il discorso che si intende svolgere V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979; C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 649 ss.; A. CARRATTA, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, 79 ss. Una sintesi e un bilancio più di recente in R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 142 ss.

quale un *pendant* del ‘sistema dei diritti soggettivi’⁶: in questa visione i rimedi a legittimazione diffusa sono difficili da concepire⁷, poiché «la possibilità di un’azione concessa a chiunque lo volesse, a cui era sotteso un diritto parimenti spettante a tutti, da un lato non si conciliava in alcun modo con la nozione di diritto soggettivo elaborata da questo formidabile movimento di pensiero; dall’altro lato, la tipologia di processo che i pandettisti venivano creando, di natura spiccatamente individualista ed improntata proprio sulla nozione di diritto soggettivo, non lasciava spazio (o quantomeno ne lasciava pochissimo) alla tutela di posizioni giuridiche che non fossero strettamente individuali»⁸.

⁶ Secondo A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, 2, Torino, 1958, 32 «il rapporto col diritto soggettivo è il comune denominatore di tutte le dottrine dell’azione». Importanti osservazioni sulla centralità della teoria del diritto soggettivo – e dell’ideologia individualistica sottostante – nell’edificazione della teoria dell’azione nella scienza tedesca del XIX secolo anche in P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1939, 22 ss., ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, 1 ss., da cui cito, spec. 8 ss. La più appagante ricostruzione in chiave storica e critica del processo di formazione della moderna teoria delle condizioni dell’azione, che affonda le radici nel giusnaturalismo tedesco e viene perfezionata nella dottrina del secolo XIX rimane quella, magistrale, di R. ORESTANO, voce *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, 4, Milano, 1959, 785 ss. (da cui cito), ora in *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna, 1978, 81 ss. e in *Scritti*, III, Napoli, 1998, 1356 ss.), secondo cui fu questa «la ‘grande illusione’ della Pandettistica, cioè di poter trasportare dal piano filosofico-giusnaturalistico al piano giuridico-positivo l’idea di individuo-soggetto di diritto» (790). Una visione di sintesi del problema, dal punto di vista storico e teorico, anche in G. PUGLIESE, *‘Actio’ e diritto subiettivo*, Milano, 1939 (rist. Napoli, 2006). Si veda anche, sul punto, K.W. NÖRR, *La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni*, in *Riv. dir. proc. civ.*, XXXVI, 1981, 23 ss.

⁷ Significativa in questo senso la presa di posizione di Alfredo Codacci Pisanelli, che avrà un ruolo importante nell’elaborazione del Codice del 1865 e che avversava l’introduzione dei rimedi a legittimazione ‘popolare’ nell’ordinamento italiano sostenendo che «noi non concepiamo azione senza diritto azionabile, senza l’appartenenza di questo diritto e senza un interesse giuridico» (*Le azioni popolari*, in *AG*, 33, 1884, 317 ss. spec. 369). Osservazioni analoghe ad esempio in V. DENTI, *Relazione introduttiva*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976, 15.

⁸ Sintetizza così l’incompatibilità tra l’approccio strettamente soggettivistico della scienza processual-civilistica del XIX secolo e la costruzione di una dottrina dei rimedi

Tali condizionamenti culturali ed ideologici si ripercuotono anche sull'attività dello storico del diritto, che nello scegliere ed affrontare i temi della sua ricerca rischia di farsi condizionare da visioni e concettualizzazioni totalmente estranee alle fonti studiate⁹.

Questa impostazione del problema è stata peraltro di recente oggetto di una critica serrata anche da parte di quella parte della civilistica che, valorizzando la novità rappresentata dalla proposta della commissione Rodotà e delle successive iniziative legislative che ad essa più o meno esplicitamente si ricollegano¹⁰, cerca di ricostruire un diverso modello di gestione dei beni pubblici basato anche sull'iniziativa dei cittadini a tutela

popolari aperti al *quivis e populo* A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 715 ss., spec. 731.

⁹ Questo spiega anche l'attenzione altalenante della dottrina romanistica verso il tema delle 'azioni popolari', oggetto di un vero e proprio 'boom storiografico' nella seconda metà del XIX secolo, in un periodo in cui l'ideologia liberale sull'identificazione dello stato con gli individui che lo compongono era dominante, per poi essere spinta ai margini dell'attenzione degli studiosi fino alla recente rifioritura degli studi. In questo senso F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo*, 1, 1955, 131 ss. (ristampato in appendice a *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'actiones populares'*, Napoli, 1958); A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle 'res in usu publico'. Linee di una indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991 in memoria di G. Provera)*, Torino, 1994, 483 ss.; A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni*, cit., 716 ss.

¹⁰ La proposta di legge delega presentata il 14 giugno 2007 dalla Commissione Rodotà, assieme ad un'articolata Relazione di accompagnamento, non venne mai discussa anche a causa della caduta l'anno successivo del Governo che aveva istituito la commissione stessa. Nelle legislature successive, però, analoghe proposte di legge delega vennero ripresentate dai diversi soggetti legittimati all'iniziativa legislativa in base al dettato dell'art. 71 della Costituzione, e in particolare: la proposta di legge delega A.S. 1838 (presentata dal Consiglio della Regione Piemonte); le proposte A.S. 2031 e A.S. 398 (di iniziativa parlamentare); il cosiddetto 'Disegno legge delega Commissione Rodotà beni comuni, sociali e sovrani' (di iniziativa popolare, che ha raggiunto il quorum di firme previsto dal co. 2 del succitato art. 70 Cost.). Infine, nel corso della XVIII legislatura sono stati presentati due disegni di legge delega contenenti un articolato concernente 'Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente', arenatisi a causa della fine della legislatura ma su cui avremo modo di tornare *infra*, dal momento che avrebbe inciso anche sulla disposizione in esame.

di interessi sovraindividuali¹¹. All'interno di questo filone di studi, si segnalano alcuni contributi di Rocco Alessio Albanese che, come accennato, individuano in questa disposizione un possibile cavallo di Troia per dare un appoggio normativo all'esigenza, segnalata fin dalla proposta della commissione parlamentare, di permettere l'accesso alla tutela dei beni comuni ai soggetti privati¹². In quest'ottica, la proposta di valorizzare l'art. 1145 (possesso di cose fuori commercio) quale fondamento di una possibile legittimazione 'civica' alla tutela di determinate categorie di beni sottratti alla logica del diritto di proprietà tanto privata che pubblica tende a disegnare un regime sostanziale basato sul paradigma dell'uso degli stessi piuttosto che su un titolo astratto di tipo proprietario¹³.

¹¹ *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, a cura di A. Quarta e M. Spanò, Milano-Udine, 2016, in particolare i contributi di D. BONETTO, *Beni comuni, interessi comuni, rimedi individuali* (118 ss.) e M. SPANÒ, *Il comune rimedio. Un'apologia minima della tutela* (143 ss.). Una sintesi dei recenti dibattiti in tema di legittimazione attiva ai rimedi a tutela dei beni comuni in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 1, 2014, 3 ss. Interessanti spunti su legittimazione 'popolare' e beni comuni a partire dalle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di valli da pesca (Cass. SS.UU. 14 febbraio 2011, n. 3665; Cass. SS.UU. 16 febbraio 2011, n. 3811; Cass. SS.UU. 16 febbraio 2011, n. 3812; Cass. SS.UU. 18 febbraio 2011, n. 3936; Cass. SS.UU. 18 febbraio 2011, n. 3937; Cass. SS.UU. 18 febbraio 2011, n. 3938; Cass. SS.UU. 18 febbraio 2011, n. 3939) in A. DI PORTO, *I 'beni comuni' in cerca di identità e tutela*, in *Dialoghi con Guido Alpa*, a cura di G. Conte, A. Fusaro, A. Somma e V. Zeno Zencovich, Roma, 2018, 163 ss. e in F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 1170 ss.

¹² In particolare A.R. ALBANESE, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno*, in *Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in *Questione giustizia*, II, 2002, 104 ss.

¹³ Questa è nella sostanza la tesi sviluppata in T. DALLA MASSARA, A. SCHIAVON, *Remarks on Common Possession Between Law and History*, in *Global Jurist*, XXI.3, 2021, 561 ss. Mi sembra che vada nello stesso senso la proposta, pur disancorata dall'interpretazione della disposizione in esame, di P. THEVENIN, *Situer la possession. Du droit romain de l'appartenance aux nouveaux modèles propriétaires*, in *Clio@ibemis. Revue en ligne d'histoire du droit*, XIV, 2018. Da una prospettiva culturale diversa, giungono alla stessa valutazione circa la necessità – per disegnare una disciplina giuridica dei beni comuni – di superare la logica proprietaria a favore di una logica dell'accesso E.A. POSNER, E.G. WEYL, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton, 2018, 30 ss.

L'intuizione merita a mio avviso di essere ulteriormente sviluppata, inquadrandola dal punto di vista storico-dogmatico. In particolare, credo che il contenuto e il senso sistematico di questa disposizione possano utilmente essere letti attraverso il riferimento alla categoria romana delle *res in usu publico* e degli interdetti (cosiddetti) *de rebus publicis* che rappresentano il *proprium* di disciplina di essa¹⁴. Per provare a dare una ragione della presenza di questa norma nel sistema del codice civile e, al contempo, ipotizzare dei canoni interpretativi che possano guidare nella sua applicazione pratica, non appare inutile ripercorrerne la storia. La sua storia recente, essenzialmente legata al processo codificatore del diritto civile italiano, ci spingerà a considerarne anche la storia remota, che affonda le radici nell'esperienza del diritto romano: del resto, come sostenuto da Gino Segrè in apertura della voce *Possesso (diritto civile)* del *Novissimo digesto italiano*, «non è possibile intendere e valutare il concetto e il regime del possesso nel diritto odierno italiano, senza aver prima ... percorse le tappe dello svolgimento storico che ne costituiscono l'addentellato»¹⁵.

2. Il codice civile del 1865 e i suoi modelli

La disposizione in esame affonda le radici nella cultura giuridica del XIX secolo e può essere considerata frutto della stratificazione degli sforzi di giurisprudenza, dottrina e legislatore dell'Italia unita nel tentativo di delineare le caratteristiche del possesso quale istituto unitario e autonomo.

Il legislatore del 1865 decise, come noto, di allontanarsi dal modello del *Code civil* francese del 1804, nel quale l'istituto del possesso non

¹⁴ Circa la problematica dell'emersione della categoria delle *res in usu publico* quale classe di beni caratterizzati dall'esistenza di un complesso di rimedi volti a tutelare i diritti dei *cives* alla fruizione del bene in conformità alla sua destinazione mi permetto di rinviare a A. SCHIAVON, *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle 'res in usu publico'*, Napoli, 2019 (nonché le osservazioni sullo stesso svolte da A. CORBINO, *recensione a A. SCHIAVON, Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle 'res in usu publico'*, Napoli, 2019, in *Iura*, 69, 2021, 625 ss.).

¹⁵ G. SEGRÉ, voce *Possesso (diritto civile)*, in *Nuovo dig. it.*, 10, Torino, 1939, 31 ss., 32.

conosceva una collocazione sistematica autonoma, e tra le diverse norme che vi accennavano la più parte era contenuta nel titolo relativo alla prescrizione acquisitiva, ovvero era riguardato principalmente dal punto di vista della sua efficacia acquisitiva rispetto ai diritti (in particolare della proprietà); esso inoltre non conteneva la disciplina delle azioni possessorie, che vennero scarnamente regolate solo due anni dopo nel *Code de procédure civile* del 1806¹⁶.

¹⁶ Il Titolo XXI *De la possession et de la prescription acquisitive* (artt. da 2255 a 2278) riguardava infatti quasi esclusivamente la disciplina della prescrizione acquisitiva attraverso il possesso legittimo. L'unica menzione di una tutela 'interdittale' del possesso a prescindere dalla sua legittimità era quella contenuta nel testo originale dell'art. 2279, che nel sancire il principio per cui, per quanto riguarda i beni mobili, il possesso vale titolo, rinviava per quanto concerne l'azione di manutenzione (*saisine*) alla futura disciplina del *Code de procédure civile* (che verrà emanato due anni dopo, nel 1806), che infatti conterrà agli articoli dal 23 al 27 (Tit. IV *Des jugements sur les actions possessoires*) una scarna previsione legislativa delle azioni possessorie. Il Codice napoleonico insomma – emanato a solo un anno di distanza dall'apparizione del saggio di Savigny (*Das Recht des Besitzes: eine civilistische Abhandlung*, Giessen, 1803) che avrebbe dato avvio alla grande discussione dottrinale, specialmente in ambito germanico, sul fondamento della tutela del possesso e sui suoi elementi essenziali – «si appalesa monco, incompleto e difettoso riguardo al possesso. Basti notare l'averne disconosciuto la natura autonoma e l'unità di concetto e di organamento ...; lo averlo asservito ad estranei istituti, disseminando sotto altri titoli le disposizioni relative alla materia. Il che chiaro addimostra che i compilatori di questo codice non ebbero un vero ed esatto concetto dell'istituto del possesso» (B. SCILLAMÀ, *Sistema generale del possesso nel diritto civile moderno*, I. *Propedeutica – Ontologia del possesso*, Genova, 1894, 160). Il legislatore francese, di fatto, demandò la ricostruzione della disciplina delle azioni possessorie alla giurisprudenza e alla dottrina successive: la prima, soprattutto sulla spinta del Magistrato di Cassazione Henrion de Pansey, introdusse accanto all'azione di *complainte* (riservata ai possessori legittimi sulla base dell'art. 23 del *Code de procédure civile*) quella *reintegrante* (disponibile anche al mero detentore), sulla base di una lettura attualizzante della normativa contenuta nell'*Ordonnance sur la procédure civile* del 1667 di Luigi XIV (lettura poi accettata dai commentatori: per tutti, esplicitamente, C. AUBRY, C.F. RAU, *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*, II, Paris, 1897, 248 ss.) la seconda fece tendenzialmente propria la teoria 'sogettiva' del Savigny sul possesso, in quanto più conforme al dettato codicistico (esplicito W. BELIME, *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, Paris, 1842, 23; più cauto ma sostanzialmente adesivo M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code depuis et y compris le titre de la vente. De la prescription, ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil*, I, Paris, 1835, 404 ss., ora

Le leggi civili dei Regni pre-unitari avevano in larghissima parte adottato tale modello¹⁷: oltre a non prevedere la disciplina della tutela

in *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice. Della prescrizione. Commentario del tit. XX (XXI) del lib. III del codice civile*, trad. it., Palermo, 1857, 191 ss.), nonostante lo sforzo di Raymond Saleilles di dare cittadinanza alla teoria 'oggettiva' jheringhiana (specialmente in R. SALEILLES, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, 1894). Su tutti questi profili rimane fondamentale il saggio di A. GAMBARO, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie. Studio di diritto comparato*, Milano, 1979. Il rapporto complesso tra diritto francese e tutela del possesso cosiddetto 'manutenibile' perdura peraltro fino ai nostri giorni, se consideriamo che essa, dopo essere entrata nel *Code civil* con la Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 (che introdusse tra l'altro il Cap. VI *De la protection possessoire*, artt. 2282 – 2283, in calce al titolo sulla prescrizione acquisitiva, contenente la disciplina delle azioni possessorie), è stata di nuovo abrogata (assieme ai corrispondenti artt. 1264 ss. del *Code de procédure civile*), dopo che sia la Corte di Cassazione francese (da ultima in *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation – Le droit de savoir*, Paris, 2010, 13) che autorevoli esponenti della dottrina (*Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Paris, 2006, 8) ne avevano espressamente richiesto l'abrogazione (anche a fronte del crescente successo della procedura in *referé* in ambito possessorio, possibilità dischiusa dalla sentenza della *Assemblée Plénière* della *Cour de cassation* del 28 giugno 1996). La diffidenza della dottrina d'oltralpe verso la tutela del possesso in sé, dunque a prescindere da una sua idoneità a consolidarsi in un diritto di proprietà, potrebbe forse ricollegarsi anche alla centralità 'ideologica' di quest'ultimo diritto nell'esperienza codicistica francese (sulla concezione individualistica e borghese della disciplina napoleonica della proprietà per tutti, nella dottrina italiana, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Il dominio e le cose: percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 603 ss. e S. RODOTÀ, *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica*, in *Il terribile diritto Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, 75 ss.).

¹⁷ Con riferimento alla materia possessoria, si può dire che essi furono «codici di sostanza e forma francesi, solo di lingua italiana» (B. SCILLAMÀ, *Sistema generale del possesso*, cit., 164). Sull'influenza del *Code Napoléon* sui codici preunitari rimangono fondamentali G. ASTUTI, *Il code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, Roma, 1973; F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano 1968, 1031 ss.; A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, 37 ss.; R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, 7, Milano, 1960, 240 ss.; a questi lavori aggiungerei quantomeno S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano dalla Restaurazione all'Unità*, in *Il Bicentenario del codice napoleonico*, Roma, 2006, 55 ss.; A. CAVANNA, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in *Studi di storia del diritto*, II, Milano, 2001, 719 ss.; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-*

possessoria, quasi tutte infatti contenevano anche la trasposizione della norma – contenuta nel titolo XX *De la prescription* del *Code civil* del 1804 – che sanciva l’imprescrittibilità del dominio su beni fuori commercio (art. 2226: *on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce*)¹⁸.

Per quanto riguarda la disciplina della materia possessoria, il Codice albertino del 1837 aveva, come gli altri Stati dell’Italia pre-unitaria, riprodotto l’impianto sistematico e definitorio del Codice napoleonico (artt. 2354 ss.), ma aveva allo stesso tempo introdotto la possibilità di esperire l’azione possessoria contro lo spoglio per il possesso ‘qualunque

1942, Bari, 1985, 29 ss.; F. RANIERI, *Italia*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III.1, hrsg. von H. Coing, München, 1982, 177 ss. Per quanto riguarda la norma sulla imprescrittibilità delle cose fuori commercio, seguono in particolare il modello napoleonico il Codice civile per il Regno delle Due Sicilie e il Codice albertino di Sardegna: cfr. *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d’Italia secondo l’ordine cronologica della loro pubblicazione*, Torino, 1845, 360 (dove è contenuta l’equivalente della norma sulla imprescrittibilità delle cose fuori commercio per il Codice per il Regno delle Due Sicilie, art. 2132); e 741 (per il Codice di Sardegna, art. 2361). Diversamente vale per il Codice per Modena e i domini estensi del 1851 e nel Codice civile di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820, in cui non si ritrova alcuna disposizione equivalente a quella del *Code Napoléon*: cfr., per il Codice di Parma, *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d’Italia*, cit., 505 e per il Codice Estense cfr. *Codice civile per gli stati Estensi*, Modena, 1851, 475 ss. Il codice di Maria Luigia per Parma presentava peraltro un’articolazione del titolo sulla prescrizione leggermente differente rispetto al modello napoleonico: la parte IV del libro III, relativa alla prescrizione, era infatti suddivisa in due titoli – aventi ad oggetto rispettivamente i *Requisiti della prescrizione* (a sua volta suddiviso nei due capi *Del possesso* e *Del giusto titolo e della buona fede*) e le *Diverse specie di prescrizione*. Sulle peculiarità della cultura giuridica e della codificazione parmense del principio del XIX secolo S. NOTARI, *Nel laboratorio parmense. La redazione del codice civile di Maria Luigia (1814-1820)*, Roma, 2020, specialmente 21 ss. e M.G. DI RENZO VILLATA, *Diritto, codice civile e cultura giuridica a Parma nell’età di Maria Luigia*, in *Diritto, cultura giuridica e riforme nell’età di Maria Luigia (Parma, 14-15 Dicembre 2007)*, a cura di F. Micolo, G. Baggio e E. Fregoso, Parma, 2011, 23 ss.

¹⁸ Su cui M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, cit., 148 ss., ora in *Il diritto civile civile spiegato*, cit., 82 ss. e C. AUBRY, C.F. RAU, *Cours de droit civil français: d’après la méthode de Zachariae*, II, cit., 197.

esso sia' (art. 446)¹⁹, dando di fatto cittadinanza nel sistema alla nozione di detenzione come mera situazione di fatto tutelabile per via interdittale. Esso, inoltre, conteneva la trasposizione dal modello napoleonico della disposizione che sanciva che «non si può prescrivere il dominio delle cose che non sono in commercio» (art. 2363).

Per quanto riguarda l'altro grande modello di codificazione dell'inizio del XIX secolo, nonché diritto vigente nei territori del Lombardo-Veneto²⁰, nel Codice austriaco il titolo *Del possesso* raccoglieva la disciplina generale tanto della detenzione che del possesso prescrittivo²¹, e conteneva in particolare una norma generale sull'oggetto del possesso (paragrafo 311) che escludeva la possibilità di acquistare il possesso delle cose fuori dal commercio²².

¹⁹ Art. 446: Chiunque sarà stato violentemente, od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa da lui tenuta, potrà entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere di venir reintegrato nel possesso medesimo. Le vicende storiche della azione possessoria contro lo spoglio sono state magistralmente ricostruite da F. RUFFINI, *La 'actio spoli'*. *Studio storico-giuridico*, Torino, 1889, in particolare – per quanto riguarda l'art 446 del Codice Albertino e le sue derivazioni dagli antichi statuti sabaudo-piemontesi – 447 ss.

²⁰ I diversi modi in cui venne disciplinato il possesso nelle tre maggiori codificazioni adottate a cavallo del 1800 sono riassunti in B. SCILLAMÀ, *Sistema generale del possesso*, cit., 156 ss.; L. BARASSI, *Diritti reali e possesso. Il Possesso*, Milano, 1952, 68 ss. e G. SEGRÈ, A. MONTEL, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile italiano*, cit., 36 ss.

²¹ «Senza incorrere da una parte nella prolissità e confusione del prussiano, senza inciampar dall'altra nell'opposto difetto di soverchio laconismo e di disgregazione del napoleone, l'austriaco, seguendo più da vicino tra tutti in questa materia il Diritto romano, serba un giusto mezzo nel presentare un completo ed armonico organamento del possesso. Avvisato nelle linee generali, malgrado alcune mende, esso segna senza dubbio un progresso, presentando un più logico e sistematico assetto della materia possessoria in confronto a quelli che lo precedettero» (B. SCILLAMÀ, *Sistema generale del possesso*, cit., 2)

²² «Si può prendere il possesso di tutte le cose corporali e incorporali che sono oggetto di legittimo commercio», così in *Collezione completa*, cit., 164. Sulla (spesso non sufficientemente riconosciuta) importanza del modello austriaco sulla cultura giuridica e così sulla costruzione del primo codice civile dell'Italia unita si leggano i contributi di M.R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, 2006, 71 ss. e 223 ss. e di R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*², Torino, 2011, 134 ss.). Per la ricostruzione dello scontro politico tra filo-asburgici e filo-napoleonici S.

Il legislatore italiano del 1865²³, per quanto riguarda il possesso, accettò complessivamente il sistema del *Code civil*, ma pure introdusse un’innovazione sistematica ispirata al modello austriaco²⁴. Fu chiara fin dal progetto Cassinis del 1861²⁵, infatti, l’intenzione di dare al possesso la configurazione di istituto autonomo e unitario, superando così la distinzione concettuale tra detenzione tutelabile contro lo spoglio (‘possesso qualunque sia’) e possesso legittimo per la prescrizione acquisitiva, trattate congiuntamente nel titolo V *Del possesso* del libro II *Della proprietà* (vedi artt. 794 ss. del Progetto Cassinis)²⁶, in un luogo diverso da quello in cui era dettata la disciplina della prescrizione acquisitiva.

SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003, 25 ss.

²³ Sulla codificazione civile del 1865, per quanto riguarda maggiormente l’accidentato percorso di redazione e approvazione, A. AQUARONE, *L’unificazione*, cit., 1 ss.; R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice del 1865 al codice civile del 1942)*³, Bologna, 1996, 13 ss.; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari-Roma, 1979; A.M. PRINCIGALLI, *La vicenda della codificazione*, in *Diritto privato. Una ricerca per l’insegnamento*, a cura di N. Lipari, Roma-Bari, 1970, 1 ss.

²⁴ «Se quanto alla generale struttura ed economia il nostro legislatore ha omaggiato il sardo, modellato alla sua volta sul francese, se ne è però molto discostato quanto all’istituto del possesso, tenendo, come l’olandese [il codice civile olandese del 1838], un sistema eclettico tra il francese e l’austriaco, anzi nel complesso più a questo che a quello accostandosi. Ha segnatamente imitato l’ultimo nel trattarne in unico contesto sotto apposita sede, ove lo avvisa intimamente collegato alla teoria generale dei beni (lib. II tit. V); a differenza del francese e pedissequi, che le analoghe disposizioni spargono confusamente sotto estranei titoli» (B. SCILLAMÀ, *Sistema generale del possesso*, cit., 164). Analoghe considerazioni in G. LOMONACO, *Della distinzione dei beni e del possesso*², Torino-Napoli, 1922, 253 ss.

²⁵ *Progetto ufficiale del codice civile italiano comunicato al Parlamento dal Ministro di Grazia e Giustizia Cassinis in conformità di Relazione per esso presentata alla Camera de’ Deputati e al Senato nelle tornate del 19 e del 21 giugno 1860*, s.l., s.d. [Torino, 1860?].

²⁶ *Progetto ufficiale del codice civile italiano comunicato al Parlamento dal Ministro di Grazia e Giustizia Cassinis*, cit., 60 ss. Sottolineano questo aspetto L. BARASSI, *Il possesso*, Milano, 1932, 74 ss. e G. SEGRÈ, A. MONTELLI, *Il possesso*, cit., 38 s. La collocazione sistematica del titolo – come l’attuale posizionato in calce, invece che in apertura al Libro II *Della proprietà* – venne criticata da N. STOLFI, *Diritto civile*, II.1. *Il possesso e la proprietà*, Torino, 1926, 7 e 23.

In questo mutato ordine concettuale, la trasposizione della norma sull'inefficacia del possesso di cose fuori commercio produsse delle ambiguità sistematiche, poiché fu riprodotta in due diversi luoghi del codice. Da un lato, fu inserita nella sezione relativa alla prescrizione, dove si sanciva (art. 2113) che «la prescrizione non ha luogo riguardo alle cose che non sono in commercio». Dall'altro, si volle al contempo aggiungere una disposizione analoga nel (nuovo) titolo che intendeva dettare la disciplina complessiva dell'istituto del possesso: così l'art. 803 del Progetto Cassinis sanciva che «non si può da' privati acquistare il possesso delle cose che non sono in commercio»; tale norma fu trasfusa nel Progetto Miglietti del 1862 (art. 716)²⁷, quindi nel progetto ministeriale del 1863 di Codacci Pisanelli (art. 652) e infine in quello della *Commissione speciale del Senato* istituita quello stesso anno (art. 707), con l'unica modifica della soppressione dell'inciso 'da' privati'.

In occasione dei lavori della *Commissione per la revisione e il coordinamento dei codici* il 2 aprile 1865 in vista del perfezionamento del testo definitivo²⁸, nella seduta del 10 maggio 1865²⁹, il senatore e magistrato Bonacci muoveva due ordini di critiche al dettato dell'articolo: egli da un lato sollevava dubbi sulla chiarezza del *nomen* 'fuori commercio', in particolare in relazione alle cose sacre rispetto alle quali si voleva evitare che operasse la norma³⁰, e, dall'altro, lamentava la poca chiarezza sulla natura del possesso escluso da

²⁷ *Progetto di Codice civile del Regno d'Italia presentato al Senato dal Ministro di grazia e giustizia (V. Miglietti) nella tornata del 9 gennaio 1862*, s.l., s.d. [Torino, 1862?], 141

²⁸ Decreto con cui si promulgava la legge sull'unificazione legislativa del Regno d'Italia, cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione*, cit., 13 ss.

²⁹ Il verbale di quella seduta è riportato in *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, II, Palermo, 1867, 251 ss. e in S. GIANZANA, *Codice civile*, III, Napoli-Roma, 1887, 224 ss. Le vicende occorse in quella seduta sono ripercorse con una certa ironia in P. BONFANTE, F. MAROI, *Note*, cit., 424; N. STOLFI, *Diritto civile*, II.1, cit., 74 nt. 5.

³⁰ La questione più generale – che era emersa in Francia negli anni precedenti – riguardava se l'esclusione del possesso si estendesse a quei beni che, pur fuori in commercio, potevano essere oggetto di diritti di proprietà (come appunto le cose sacre), ipotesi che la proposta Miglietti voleva escludere: cfr. P. BONFANTE, F. MAROI, *Note*, cit., 436 s.

questa disposizione, poiché «anche talune delle cose che si ritengono fuori di commercio possono formare oggetto di possesso, almeno per la materiale detenzione delle medesime, e che il detentore deve poter far rispettare il suo possesso»³¹.

Emersero insomma le difficoltà dogmatiche di disegnare l'istituto del possesso in una configurazione unitaria. La norma napoleonica sulla imprescrittibilità delle cose fuori commercio, trasfusa nella sistematica del codice del 1865 in cui l'istituto del possesso (inteso sia come detenzione tutelabile contro lo spoglio che come meccanismo acquisitivo/prescrittivo) era considerato unitariamente³², aprì la questione se l'incompatibilità tra possesso e beni *extra commercium* investisse anche il profilo dell'esperibilità delle azioni possessorie, e in particolare di quella di spoglio, oltre a quello dell'acquisto per usucapione³³.

Curiosamente, nel seguito del percorso legislativo venne recepita solo la critica (per così dire) più marginale, cosicché l'espressione 'cose che non sono in commercio' fu sostituita in sede di lettura finale con quella 'cose, di cui non si può acquistare la proprietà' per cui nella approvazione definitiva l'art. art 690 recita «il possesso delle cose, di cui non si può acquistare la proprietà, non ha effetto giuridico».

La disposizione fu presentata in maniera molto laconica nella Relazione al Re³⁴. Essa però lasciava aperta la questione

³¹ *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, II, Palermo, 1867, p. 251 e in S. GIANZANA, *Codice civile*, III, Napoli-Roma, 1887, 224.

³² Sulle ambiguità sistematiche di fondo che toccano la disciplina del 1865 del possesso L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., 72 ss.

³³ Lucidamente Bonfante e Maroi riassumono la questione interpretativa posta dall'art. 690: «se potesse godere della tutela possessoria quel possesso il quale non fosse atto all'acquisto per prescrizione per inidoneità dell'oggetto sul quale si esercita» (P. BONFANTE, F. MAROI, *Note*, cit., 424), e ugualmente F. MAROI, *L'eccezione demanialità nell'azione di spoglio tra privati*, in *Foro it.*, 55, 1930, 281 ss., dove si legge che «l'art. 690 è in sostanza riferibile al solo possesso legittimo di cui all'art. 686 ... od anche a quella forma meno qualificata di possesso che è la detenzione?» (285).

³⁴ «I beni del demanio pubblico si dichiararono inalienabili e, per conseguenza imprescrittibili; ciò che è destinato al pubblico uso è posto fuori di commercio finché dura questa sua destinazione», in *Raccolta lavori preparatori*, I, 48

dell'applicabilità delle azioni possessorie – l'azione di manutenzione e quella di spoglio, che l'art. 695 riconosceva anche per la semplice detenzione – a tutela della materiale disponibilità di beni esclusi dall'appartenenza privata³⁵.

Negli anni seguenti all'approvazione del Codice, dottrina e giurisprudenza risolsero tale questione interpretativa in modo differenziato.

Taluni interpreti intesero l'articolo 690 come espressione di un principio generale, idoneo dunque ad escludere qualsiasi effetto giuridico non solo al possesso legittimo *ad usucapionem*, ma alla mera detenzione delle cose fuori commercio, negando che rispetto a quei beni potesse godersi una qualunque situazione possessoria tutelabile³⁶. A favore di questa conclusione, militava, tra l'altro, il fatto

³⁵ Nota il carattere 'conservatore' della disposizione anche Theophile Huc nella sua analisi del Codice italiano del 1865: il civilista francese, infatti, pur riconoscendo (T. HUC, *Le code civil italien et le code Napoléon I. Études de législation comparée*, Paris, 1868, 153 ss.) che la norma dell'art. 690 è conforme alla teoria francese e alla teoria generale del possesso, afferma come il legislatore italiano avrebbe potuto de iure condendo fornire una disciplina più analitica, tenendo in considerazione le diverse fattispecie di materiale disponibilità anche parziale del bene fuori commercio, invece che accontentarsi di «une disposition vague et meme obscure, malgré son apparente clarté, et qui a l'air de signifier plus qu'elle n'exprime» (155).

³⁶ Tra le voci più autorevoli vi fu senz'altro quella di V. POLACCO, *Corso di lezioni di diritto civile tenute nella R. Università di Roma nell'a.a. 1924-1925*, Roma, 1925, 89, secondo cui «l'assolutezza dell'art. 690 che nega al possesso delle cose insuscettibili di proprietà privata ogni effetto giuridico avvalorà l'opinione più rigorosa. Né si opponga che, a proposito della azione di spoglio, l'art. 695 la accorda per un possesso qualunque esso sia, perché ciò significa che a differenza dell'azione di manutenzione, la si dà per un possesso non legittimo né annuale e perfino per la semplice detenzione alieno nomine ma la possedibilità della cosa è sempre presupposta e qui mancherebbe affatto la materia di qualsiasi grado di possesso». In senso conforme anche A. GILARDONI, *L'azione possessoria sulla miniera (nota a Cass. sez. II civile 14 gennaio 1935)*, in *Foro it.*, 1935, I, 602 ss.) il quale sostiene «da esclusione della reintegra per il disposto dell'art. 690 Cod. civ.» (604), con ulteriori riferimenti bibliografici. Anche alcune pronunce delle Corti di cassazione (e poi, dal 1923, di quella unitaria) confermano questa impostazione *contra legem*, tra cui ad esempio quelle riportate e commentate in senso critico in L. SERTORIO, *Le azioni possessorie sulle acque demaniali*, in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a G. Chironi*, I.

che nel nuovo codice si fosse riprodotta la norma sulla non prescrittibilità delle cose fuori commercio (art. 2113), da cui si deduceva *a contrario* che la limitazione dell'art. 690 servisse ad estendere tale impedimento a qualsiasi forma di possesso, compresa dunque la detenzione manutenibile³⁷. Tra i più accesi sostenitori di questa tesi – volta a negare la rilevanza di qualsiasi situazione di materiale disponibilità individuale di un bene sottratto al commercio tra privati – vi fu il civilista e romanista Fulvio Maroi, secondo il quale «per le cose sottratte alla cerchia dei diritti privati non c'è possibilità di possesso: l'esclusione del possesso è parallela all'esclusione del dominio ... Il principio non tollera eccezioni, né, dato il suo fondamento, consente deviazioni»³⁸.

Diritto privato, Milano, 1915, 537 ss., nel quale si ripercorrono alcuni degli argomenti addotti a sostegno di tale limitazione.

³⁷ Sottolinea in particolare questo aspetto L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, II, Torino 1872, 1139.

³⁸ F. MAROI, *L'eccezione di demanialità nel giudizio di spoglio fra privati*, in *Foro it.*, 1930, I, 281 ss. spec. 282. In questa nota (a Cass. Sez. II civile 30 ottobre 1929, riportata in *Foro it.*, 1929, I, 1105) Maroi inserisce anche una revisione critica delle ricerche di Ilario Alibrandi, il quale in uno studio pubblicato pochi anni dopo la promulgazione del Codice del 1865 (I. ALIBRANDI, *La teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, specialmente 101 ss.) aveva riconosciuto una parziale rilevanza del possesso delle cose fuori commercio nelle fonti romane: Maroi peraltro rinvia, a sostegno della sua risposta in senso negativo alla questione portava anche le pagine di P. BONFANTE, F. MAROI, *Note*, cit., che attribuisce però qui esclusivamente all'autoria di Pietro Bonfante nonostante le innegabili similitudini tra questa nota e quella parte delle *Note a Windscheid*.

Dottrina³⁹ e giurisprudenza⁴⁰ maggioritarie – in questo corroborate dagli esiti interpretativi raggiunti in Francia⁴¹ – sposarono invece la tesi che concedeva la tutela contro lo spoglio al possessore/detentore di beni fuori commercio⁴², in particolare sulla base di due ordini di considerazioni: l’una, legata a un profilo tecnico procedurale, faceva leva sulla non opponibilità dell’eccezione di demanialità da parte del convenuto in un giudizio possessorio, poiché si tratterebbe in questo caso di un’eccezione basata sul diritto di un terzo (*de iure tertii*)⁴³; l’altra,

³⁹ Tra i più autorevoli G. CESAREO CONSOLO, *Trattato teorico-pratico del possesso e delle azioni possessorie*, Torino, 1901, il quale pure mostra sul punto un ragionamento piuttosto tortuoso: da un lato afferma «qualunque possa essere la intenzione, se si tratti di cose fuori commercio, ogni godimento essendo inefficace a fare acquistare un possesso manutenibile, a torto si qualificerebbe molestia» (501) e che dunque «con la disposizione dell’articolo 690 cod. civ. vien meno qualsiasi disputa che s’agita tra gli scrittori francesi per sapere se dalla imprescrittibilità di una cosa possa argomentarsi la non manutenibilità del possesso» (502); dall’altro poco più avanti «abbiamo altrove veduto come tutto ciò che è fuori commercio non potendo dar luogo ad un possesso prescrivibile, non può nemmeno dar luogo a un possesso manutenibile ... ma lo stesso non può dirsi per la reintegrazione, per la quale basta un possesso qualunque esso sia, anche la semplice detenzione» (695); G. LOMONACO, *Della distinzione dei beni e del possesso*², in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, 3, Torino, 1914, 305 e 365 s.; N. STOLFI, *Diritto civile*, II.1, cit., Torino, 1926, 74 ss.

⁴⁰ Una rassegna ragionata della giurisprudenza sull’art. 690 Codice civile 1865 in P. BONFANTE, F. MAROI, *Note*, cit., 429 ss. a cui *adde* almeno Cass. Sez. II civile 16 febbraio 1937, n. 371 (in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, VI, 1941, 83) con ulteriori richiami alla giurisprudenza precedente.

⁴¹ Tra i più autorevoli W. BELIME, *Traité du droit de possession*, cit., 270 ss. (§ 252); M.D. DALLOZ, voce *Actions possessoires*, in *Jurisprudence générale: Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine, et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, III, Paris, 1846, 136 ss.

⁴² Particolarmente articolata e approfondita fu la difesa dell’orientamento maggioritario fatta da A. TARTUFARI, *Del possesso considerato nella sua nozione in quanto riguarda soggetti ed oggetti*, Torino, 1898, 428 ss.

⁴³ Argomento utilizzato in Italia, ad esempio, in E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*², II, Firenze, 1873, 403. *Contra*, in particolare, F. MAROI, *L’eccezione di demanialità*, cit.

basata sulle ragioni sostanziali della tutela contro lo spoglio, sottolineava il carattere violento ed illecito della condotta di chi violi la pace sociale⁴⁴.

Infine, una netta minoranza degli interpreti all'opposto affermava doversi riconoscere a colui che esercitasse un potere di fatto su un bene demaniale la piena tutela dovuta al possessore, inclusa dunque l'azione di manutenzione. Tra questi merita una particolare menzione l'opinione di Antonio Scialoja che, nel suo *Trattato delle azioni possessorie* di pochi anni precedente all'entrata in vigore del Codice⁴⁵, arrivava ad ammettere una piena tutela da molestie (manutenzione) anche nel caso di impedimento all'uso della via comunale da parte del *quivis e populo*, del cittadino nella sua veste di utente del bene pubblico. In particolare, l'estensione della tutela contro le molestie sembrava necessaria qualora ci si trovasse di fronte a un potere di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio di un diritto concesso dalla pubblica amministrazione: così, ad esempio, Pietro Baratonò nel suo trattato *Delle azioni possessorie* sostenne che «vi sono a vece cose che possono cadere nel possesso dei privati, malgrado la loro imprescrittibilità. Per esempio, vi sono cose che, sebbene spettanti alla proprietà pubblica, possono tenersi e godersi dai privati per disposizione di legge, o per concessione dell'autorità competente – esse sono imprescrittibili, ma sono suscettibili di possesso con effetto giuridico. E sarebbe ingiusto ed anzi assurdo il diniegare a questo possesso la difesa che gli compete contro le altrui usurpazioni»⁴⁶.

⁴⁴ Così G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Milano-Torino-Roma, 1921, 291 e R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*³, Napoli, 1921, 729. Una sintesi delle due ragioni alla base della eccezionale tutela accordata alla detenzione di cose fuori commercio in F. DE MARTINO, *Demaniale ed azioni possessorie*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, VI, 1941, 85 s. secondo il quale «non può accordarsi al detentore attuale l'eccezione di demaniale, perché l'eccezione, come ogni altro mezzo di tutela giuridica presuppone la difesa di un interesse riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico e tale non è certamente l'interesse di colui che si è impossessato con violenza di un bene demaniale» (86).

⁴⁵ Contenuto in *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*, I.2. *Procedura davanti i giudici di mandamento con un trattato sulle azioni possessorie*, Torino, 1857, 334 ss., spec. 485 (§ 880).

⁴⁶ P. BARATONO, *Delle azioni possessorie e delle azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto*², Ivrea, 1876, 128 ss., 130. Ma in senso analogo anche E. PACIFICI MAZZONI,

3. *La genesi dell'attuale formulazione*

Quando il regime fascista decise di procedere alla ri-codificazione del diritto civile⁴⁷, a capo della commissione per la riforma della disciplina del possesso viene posto Gino Segrè, romanista di origine ebraiche che si servì dell'aiuto dell'allievo Alberto Montel⁴⁸.

*Istituzioni di diritto civile italiano*², cit., 396 e N. STOLFI, *Diritto civile*, II.1, cit., 76. La questione si ricollega come ovvio anche a quella relativa alla natura 'reale' o 'personale' dei diritti sui beni demaniali garantiti attraverso concessione amministrativa: per i sostenitori della tesi 'realista' (per la tesi tradizionale ad es. E. GUICCIARDI, *Il demanio*, 1934, 358), la tutela possessoria si sarebbe giustificata appunto in base alle norme generali sul possesso poiché, nonostante il testo dell'art. 685 del Codice del 1865 mantenesse una formulazione ambigua, la dottrina maggioritaria riconosceva il possesso di diritti reali minori quale fattispecie pienamente tutelabile, compresi dunque i diritti nascenti da concessione amministrativa.

⁴⁷ Il rapporto del regime fascista con la codificazione del diritto civile fu come noto caratterizzato da tensioni opposte: alle spinte verso l'adozione di un nuovo Codice che consolidasse le conquiste della dottrina nazionale, si opposero le spinte anticodificatorie di Sergio Panuzio (espresse ad esempio in *Motivi e caratteri della codificazione fascista*, Milano, 1943 su cui P. COSTA, *La 'codificazione fascista': osservazioni in margine ad un testo di Panuzio*, in *Diritto privato*, 1996, 569) e, per quanto qui riguarda più da vicino, Fulvio Maroi (*Diritto civile e fascismo*, in *AG*, 113, 1935, 1 ss.). Su questo profilo, in generale, G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, 2018, 425 ss. e P. CAPPELLINI, *Il Fascismo invisibile. Un'ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e Regime*, in *QF*, 28, 1999, I, 178 s.

⁴⁸ Come riconosciuto dallo stesso Segrè al momento di presentare il primo progetto della disciplina del possesso: *Codice civile. Secondo libro Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, Roma, 1937, 199 nt. 1. È nota la complessa vicenda personale ed editoriale che legò i nomi di Gino Segrè e Alberto Montel al tema del possesso, il cosiddetto 'giallo del possesso' (su cui le sapide pagine di F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Milano, 2015, 63 ss.). In generale, sul rapporto sfaccettato tra la comunità degli studiosi del diritto romano e il regime fascista si è accumulata una bibliografia consistente e pregevole: nell'impossibilità di dar conto anche solo sommariamente dei diversi atteggiamenti assunti dalle più importanti personalità della romanistica del tempo, rimando per un quadro complessivo ai fondamentali lavori di A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 275 ss.; C. CASCIONE, *Romanisti e fascismo*, in *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo. Atti del seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006)*, a cura di M. Miglietta e G. Santucci,

Nella versione presentata al Ministro Solmi dalla *Commissione reale per la riforma del Codice civile* il 14 agosto 1937⁴⁹, il testo dell'articolo corrispondente al precedente 690 (art. 524) doveva mirare a fissare l'assetto applicativo consolidatosi sotto l'imperio del codice del 1865, sancendo, al primo comma, che «il possesso di cose sulle quali non si possono acquistare diritti è privo di effetti, salva la difesa contro lo spoglio» (che peraltro il comma secondo escludeva fosse proponibile contro la Pubblica Amministrazione). Nelle parole di Segrè, tale formulazione mirava principalmente a «impedire che si potesse sostenere, come vorrebbe una parte della nostra giurisprudenza, che nei riguardi di tale cose si possa esercitare l'azione di manutenzione»⁵⁰.

L'ultimo comma, invece, nel sancire che «è tuttavia riconosciuto effetto giuridico tra i privati al possesso dell'uso sulle cose di proprietà

Trento, 2009, 3 ss.; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, 101 ss.; S. VINCI, *L'abominevole babele del diritto. Nazismo e fascismo fra diritto germanico e diritto romano-italico*, in *Saggi e ricerche sul Novecento giuridico*, a cura di A. De Martino, Torino, 2014, 59 ss. Per quanto riguarda più nello specifico il contributo della romanistica al processo di codificazione del diritto civile, si può notare come, da un lato, la maggioranza dei componenti della Sottocommissione A per la riforma del Codice civile nominata sulla base della legge n. 2260 del 24 dicembre 1924 avessero una formazione romanistica (vedi N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, 17 ss.); dall'altro, bisogna registrare un uso 'ideologico' e retorico del diritto romano da parte del regime per giustificare e legittimare la nuova codificazione, come risulta evidente ad esempio nella Relazione con cui il Ministro Grandi presentava il nuovo Codice al Re, dove si dice tra l'altro che esso «riafferma la nostra millenaria ininterrotta tradizione romana e italiana, e riporta alle sue origini romane il diritto del nostro popolo» (v. *Codice civile. Testo e Relazione ministeriale*, Roma, 1943, 15, su cui si è soffermato di recente C. CASCIONE, *Su alcuni fondamenti romani dell'ideologia fascista del Codice civile*, in *Noi figli di Roma. Fascismo e mito della romanità*, a cura di E. Migliario e G. Santucci, Milano, 2022, 201 ss.): su questo secondo profilo si concentra con particolare vigore A. SOMMA, *'Roma madre delle leggi'. L'uso politico del diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXII.1, 2002, 153 ss.

⁴⁹ Si legga l'Introduzione alla relazione di Mariano d'Amelio, in *Commissione reale per la riforma dei codici - Sottocommissione per il codice civile. Codice civile. Secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, Roma, 1937. Cfr. anche N. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., 144.

⁵⁰ Il passaggio della relazione di Segrè relativo alla disposizione sull'inefficacia del possesso di cose fuori commercio si può leggere in *Codice civile. Secondo libro Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, cit., 217.

pubblica, salvo le limitazioni delle leggi e dei regolamenti» nelle intenzioni dell'estensore doveva servire solo a regolarizzare delle eccezionali ipotesi di sdemanializzazioni implicite⁵¹. Infine, l'oggetto della disposizione era individuato con le parole 'cose sulle quali non si possono acquistare diritti'⁵².

Nella sua redazione finale – così come contenuta nel Regio decreto n. 15 del 30 gennaio 1941, con cui si approvava il testo del Libro II *Della proprietà*⁵³, e poi trasfusa nella versione consolidata del codice approvata con Regio decreto 262 del 16 marzo 1942 – l'articolo risulta completamente stravolto, nella sua formulazione così come nella sua sostanza, rispetto al progetto della *Commissione Reale*.

Il primo comma nega gli effetti del possesso di 'cose sulle quali non si può acquistare la proprietà', formulazione che, rinnegando la scelta di Segrè, ritorna al testo del codice del 1865; il comma successivo introduce invece nel testo le nozioni di demanio e di regime demaniale, laddove la proposta della Commissione reale menzionava genericamente la 'proprietà pubblica'. Sono però le modifiche sostanziali a risultare le più interessanti: il terzo comma, infatti, disattendendo radicalmente le indicazioni della *Commissione reale*, così come la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione unitaria e la dottrina maggioritaria, introduce la possibilità di esperire, nei rapporti tra privati, non solo l'azione di spoglio ma anche quella di manutenzione quando «trattasi di esercizio di facoltà, le quali possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione».

⁵¹ «L'eccezione per il possesso di tali diritti si riferisce soprattutto ai diritti su cose demaniali posseduti da tempo immemorabile, acquisto che dal punto di vista teorico potrebbe anche spiegarsi come conseguenza di una cessazione implicita della demanialità», in *Codice civile. Secondo libro Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, cit., 217.

⁵² L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., 110 ss.

⁵³ Testo consultabile in M. BATTISTA, *Nuovo codice civile italiano annotato con le relazioni ufficiali fra loro coordinate e con riferimenti al codice civile del 1865 ed alle nuove norme d'attuazione e transitorie*, III. *Libro Della proprietà*, Roma, 1941, 309 (sub art. 333).

Delle ragioni di questi cambiamenti ci informa solo parzialmente la relazione finale al testo definitivo⁵⁴: mentre la cancellazione della norma sul ‘possesso dell’uso riguardo le cose di proprietà pubbliche’ è giustificata con le numerose osservazioni critiche ricevute contro una norma che, in effetti, sarebbe stata di difficile interpretazione, l’introduzione dell’azione di manutenzione non viene di fatto giustificata, se non con una formula piuttosto circonvoluta: «non mi è sembrato ... conforme alle esigenze dell’ordine giuridico negare a colui che del bene demaniale fa un uso che dalla pubblica amministrazione potrebbe essergli consentito, la possibilità di reagire alla turbativa che gli venga da un privato»⁵⁵.

Il ripensamento deve essere maturato durante il processo di revisione del libro *Dei beni* alla luce delle osservazioni critiche giunte da parte di Università ed enti intermedi, che il Guardasigilli Grandi nel novembre 1939 aveva affidato alla Commissione d’Amelio⁵⁶. Individuare con precisione le ragioni alla base di questo *revirement* non è agevole, ma la lettura della *Raccolta delle opinioni e proposte sul progetto del secondo libro del Codice civile* – dove sono compendiate le risposte del mondo accademico e forense al testo proposto dalla *Commissione reale* – può aiutare a individuare la fonte di tale modifica testuale. Nella parte dedicata all’art. 524 del *Progetto*, infatti, le critiche alla norma sul ‘possesso dell’uso’ (art. 524 comma 3 del *Progetto*) sono numerose e circostanziate, mentre l’esclusione della azione di manutenzione tra privati viene generalmente riguardata con favore⁵⁷. In questo quadro si staglia la diversa (e autorevolissima) lettura della disposizione data dal Consiglio di Stato⁵⁸.

⁵⁴ Consultabile in *Codice civile. Testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, 111 ss. per quanto riguarda la disciplina del possesso.

⁵⁵ *Codice civile. Testo*, cit., 112 (paragrafo 537).

⁵⁶ N. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., 220 ss.

⁵⁷ *Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo Cose e diritti reali*, III, Roma, 1938, 769 ss.

⁵⁸ Sul ruolo del Consiglio di Stato durante il periodo fascista vi è oramai una storiografia consolidata: mi limito a rinviare agli studi di D. LOCHAK, *Il ‘Conseil d’Etat’ di Vichy ed il Consiglio di Stato nel periodo fascista*, in *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, a cura di Y. Mény, Bologna, 1994, 51 ss. e G. MELIS, *Il Consiglio di Stato durante la dittatura fascista. Note sulla giurisprudenza*, in *Tra diritto e storia. Studi in onore di L. Berlinguer*, II, Soveria

secondo l'organo presieduto da Santi Romano⁵⁹ «poiché il comma ultimo dell'art. 524 riconosce effetto giuridico, tra i privati, al possesso dell'uso sulle cose di proprietà pubblica, senza restrizioni, sembra che il privato, avente il possesso di uso sulla cosa di proprietà pubblica, se venga spogliato da altro privato di tale possesso, abbia l'azione di reintegrazione contro lo spogliatore; così come l'azione di manutenzione contro il privato 'che lo turbi nel possesso stesso'⁶⁰. È allora probabile che, in ultima lettura, la Commissione parlamentare abbia preferito modificare l'intero articolo, per rimuovere l'oggettivamente ambiguo riferimento al 'possesso dell'uso' sostituendolo con i due commi relativi all'esperibilità delle azioni di spoglio e manutenzione.

Rispetto alla lettura del Consiglio di Stato, però, nella formulazione finale della disposizione la possibilità di esperire la azione di manutenzione viene limitata alle facoltà 'le quali possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione' (art. 1145 comma 3). L'inserimento di tale condizione sanziona quel filone interpretativo che, nella vigenza del codice del 1865, optava per

Mannelli, 2008, 143 ss., secondo cui in particolare il Consiglio di Stato avrebbe operato nel quadro dello stato totalitario una «mediazione tra la nuova politica legislativa del fascismo e i valori consolidati dell'ordinamento precedente». Sul ruolo di Santi Romano come Presidente del Consiglio di Stato si vedano A. PAJNO, *Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, in *L'ordinamento giuridico nel centenario*, a cura di A. Sandulli, Bologna, 2020, 23 ss.; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 39 ss.; L. AMMANATI, *Santi Romano al Consiglio di Stato. Il contesto istituzionale e dottrinario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXII.1, 1992, 107 ss.; F. COCOZZA, *Santi Romano presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, 1231 ss.;

⁵⁹ Santi Romano – presidente del Consiglio di Stato dal 1928 – e Mariano D'Amelio – che presiedeva la Commissione cui il Guardasigilli Solmi aveva affidato nel novembre 1939 la revisione del progetto preliminare del Libro secondo *Delle cose e dei diritti reali* sulla base di osservazioni e pareri pervenuti al Ministero ma che fu Presidente della Corte di Cassazione fin dal 1923 – furono autori del cosiddetto 'Concordato Romano-D'Amelio' sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, su cui R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *La Giustizia amministrativa*, cit., 169 ss.

⁶⁰ *Osservazioni e proposte*, cit., 772 ss.

l'esperibilità dell'azione in manutenzione nei casi di potere sul bene demaniale corrispondente a una concessione amministrativa⁶¹. In questo modo, oltretutto, la disciplina del possesso di cose fuori commercio risulta speculare al regime dettato in via generale per le 'azioni a difesa del possesso'. Come l'azione di reintegrazione è concessa anche al semplice detentore (art. 1168 co. 2) mentre l'azione di manutenzione è riservata al possessore vero e proprio, ovvero a colui che eserciti un 'potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio di della proprietà o di altro diritto reale' (art. 1140), così è concessa l'azione di spoglio a qualsiasi detentore di un bene fuori commercio, mentre quella di manutenzione è riservata a chi intrattenga con lo stesso un rapporto corrispondente all'esercizio di un diritto di esclusiva basato su una concessione amministrativa⁶².

4. *Stratificazione testuale e problemi interpretativi*

La precedente ricostruzione delle vicende codificatorie che hanno condotto all'attuale formulazione della disposizione oggetto del nostro studio consente a mio avviso di riconoscere le diverse stratificazioni che rendono la norma, come anticipato, di difficile inserimento nella sistematica del codice civile e di difficile applicazione giurisprudenziale.

I problemi interpretativi e applicativi si articolano attorno a due nuclei fondamentali, rispetto ai quali è evidente come il carattere 'alluvionale' della formulazione di questo articolo abbia prodotto una disposizione per molti versi contraddittoria.

Il primo è quello relativo all'individuazione dei beni oggetto della tutela approntata. La rubrica – possesso di cose fuori commercio – appare una eco del tenore dell'articolo del *Code Napoleon*, che rappresentò come detto il primo modello per il legislatore del 1865⁶³. Il riferimento,

⁶¹ *Supra* nt. 46.

⁶² Si vedano però le osservazioni *infra* sull'interpretazione giurisprudenziale di tali norme.

⁶³ L'espressione appare però quantomeno eccentrica nella terminologia codicistica. Un'espressione analoga si ritrova al comma 1, numero 1 dell'art. 2810, in tema di oggetti capaci di ipoteca, dove ricorre in effetti l'espressione 'beni che sono in

nel primo comma dell'articolo, alla diversa categoria delle 'cose di cui non si può acquistare la proprietà' appare invece essenzialmente un tributo al testo dell'art. 590 del Codice civile del 1865, così come riformulato in seguito alla critica di Bonacci alla prima formulazione della disposizione; essa però, come accennato, appare quantomeno imprecisa alla luce della configurazione del possesso nell'impianto del nuovo codice – che non conosce distinzione tra possesso a titolo di proprietà e ad altro titolo⁶⁴. Infine, la questione è ulteriormente complicata dal riferimento, nel comma secondo, alla nozione di demanialità ('beni appartenenti al pubblico demanio' e 'beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico') soprattutto alla luce dei processi di sdemanializzazione che hanno interessato il nostro ordinamento in modo non sempre cristallino⁶⁵. Nella scorsa legislatura (XVIII) sono stati presentati a Camera e Senato due progetti di decreti legge recanti *Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente*⁶⁶ e volti a superare la distinzione tra beni demaniali e patrimoniali e ad introdurre la categoria dei beni comuni nell'impianto codicistico: in questo nuovo quadro concettuale, la riforma propone di modificare il testo di art. 1145 comma 2, eliminando il riferimento ai 'beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico' per inserire quello 'ai beni pubblici e ai beni comuni di titolarità pubblica'⁶⁷.

commercio', che sembra costituire la categoria speculare di quella evocata nella disposizione in esame.

⁶⁴ Per cui Gino Segré aveva correttamente (dal punto di vista della sistematica interna del Codice) proposto di riformulare l'articolo: cfr. *supra* nota 52.

⁶⁵ Ciò ha condotto a una discussione sull'ambito oggettivo di applicabilità della norma, ovvero sulle categorie di beni (*lato sensu*) pubblici. Su questo punto in particolare P.G. PONTICELLI, *Intorno ai rapporti*, cit., 34 ss.

⁶⁶ Rispettivamente ddl. A.C. 1744 presentato alla Camera il 4 aprile 2019 e S. 1999 presentato al Senato in data 2 novembre 2020.

⁶⁷ L'obiettivo della riforma è di estendere «il campo d'applicazione della disposizione, sostituendo al riferimento ai beni demaniali quello a tutti i beni pubblici ed ai beni comuni a titolarità pubblica» (così in *Classificazione e regime giuridico dei beni e definizione di 'ambiente'* A.C. 1744 *Schede di lettura n. 440*, 20 ss. online:

Il secondo nucleo problematico – su cui intendo soffermarmi in particolare – è invece quello relativo all’individuazione del tipo di potere sul bene pubblico a tutela del quale l’ordinamento concede tra i privati le azioni possessorie. Infatti, qualora si concludesse che solo il potere di fatto corrispondente a una facoltà di uso esclusivo ed individualistico del bene può essere tutelata ai sensi di questa norma, verrebbe con ciò stesso meno la possibilità di utilizzare questa disposizione quale architrave di un sistema di tutela dell’accesso collettivo ai beni comuni.

Sia la collocazione sistematica dell’articolo – tra le disposizioni generali del Titolo VIII *Del possesso* – che il tenore della rubrica (‘possesso di cose fuori commercio’) e del primo comma dell’articolo in questione lasciano intendere che la fattispecie disciplinata sia una *species* del *genus* possesso, ovvero una ipotesi particolare dell’istituto del possesso, caratterizzata in questo caso dall’insistenza su una peculiare categoria di beni⁶⁸. Se così fosse, la tutela eccezionalmente accordata dai commi 2 e 3 della disposizione in esame sarebbe comunque subordinata all’esercizio di un’attività consistente nell’appropriazione o utilizzo individuale del bene – a titolo di proprietà o di altro diritto reale⁶⁹. Sarebbe pertanto esclusa l’applicabilità dei commi due e tre di questa disposizione all’uso generico del bene *uti civis*, a meno di non riconoscere carattere ‘reale’ al diritto di utilizzare i beni pubblici⁷⁰.

<https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/gi0170.Pdf>). Contestualmente si sarebbe modificato il comma 3 del medesimo articolo, che avrebbe dovuto nell’intenzione dei proponenti condizionare la tutela contro le molestie all’esercizio di un’attività che potrebbe costituire oggetto di una ‘attribuzione amministrativa’.

⁶⁸ Ricostruisce in questo senso il combinato disposto delle due norme ad esempio Cass. Sez. II civile 7 febbraio 1955, n. 340 in *Giurisprudenza completa cassazione civile*, 1955, III, 158 ss. con nota critica di R. De Maio.

⁶⁹ Così ad esempio L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., 159 ss.

⁷⁰ Come avviene nel caso di beni di uso civico, che la l. 1766 del 16 giugno 1927 equipara ai beni demaniali e per i quali stabilisce la giurisdizione dei Commissari degli usi civici a conoscere delle azioni possessorie relative alla spettanza tra privati degli usi civici stessi (su cui, in generale, S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 507 ss.; di recente F. MARINELLI, *Gli usi civici?*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2022, spec. 193 ss. per quanto riguarda il carattere ‘reale’ degli usi civici e la loro possedibilità; C.

Questa lettura, che sembrerebbe implicare che l'unica forma tutelabile di utilizzo di beni pubblici sia quella che si sostanzia in un uso esclusivo e individualistico dello stesso, appare calzante con riferimento alla fattispecie contemplata dal terzo comma della disposizione in esame, laddove si estende l'azione di manutenzione a tutela dell'utilizzo corrispondente a una facoltà oggetto di concessione amministrativa. In questo caso, in effetti, sembra impossibile negare il carattere pienamente possessorio della situazione fattuale tutelata e così limitare l'applicazione della norma alle forme di uso eccezionale del bene⁷¹.

Diverso invece il caso dell'utilizzo tutelato con la sola azione di spoglio ai sensi del secondo comma dell'articolo in esame: in questo caso, come osservato da Giuseppe Branca⁷², il contenuto di questa

BONA, *Usi civici*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 2021, 316 ss. per il commento all'art. 30 della l. 1766 del 1927 sulla tutela possessoria degli usi civici). Sul tema del possesso degli usi civici A. MASI, *Usi civici e circolazione del possesso*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 1, 2007, 27 ss. e E. PROTETTI, *Azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria*³, Milano, 1998, 717 ss. Sull'interferenza tra art. 1145 e disciplina degli usi A. MONTEL, *Il possesso*², cit., 95 s.; e P. GALLO, A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, II, Torino, 2001 secondo cui «gli interessi diffusi non sono viceversa suscettibili di possesso, salvo naturalmente il caso in cui essi vengano a coincidere con la titolarità di un diritto reale. La giurisprudenza è costante nel ritenere ammissibile la configurabilità di un possesso a titolo di servitù pubblica, e la conseguente legittimazione *uti cives* ai rimedi di qualunque utente interessato al passaggio» (209). Una preziosa rassegna dei complessi rapporti tra la categoria dei beni di uso civico e quella dei beni comuni in F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2013, 406 ss.

⁷¹ Così in giurisprudenza Cass. Sez. II civile 29 aprile 1992, n. 5180, secondo cui «il privato che eserciti di fatto una signoria sul bene demaniale suscettibile di essergli attribuito in concessione è possessore ad ogni effetto ed è, in quanto tale, legittimato ad esperire l'azione di manutenzione contro altro privato che rechi turbativa al suo possesso». In dottrina aderivano a questa ricostruzione già A. MONTEL, *Il possesso*², cit., 105 e G. BRANCA, *Sul possesso di beni demaniali*, in *Foro it.*, 1958, I, 575 ss.

⁷² Il quale reputa che tali limitazioni all'esperibilità dell'azione di spoglio con riferimenti a beni demaniali derivi da un'impropria sovrapposizione tra i requisiti del possesso – che nella dogmatica del codice del 1942 richiede l'esercizio di facoltà corrispondenti a proprietà o altro diritto reale – e quelli della detenzione, la cui tutela è invece accordata sulla base del mero contatto materiale con il bene, anche laddove questo si concretizzi in un uso dello stesso corrispondente alla titolarità di un diritto di godimento personale.

situazione di fatto non appare determinabile univocamente in base agli spunti codicistici, al punto da potersi astrattamente configurare una tutela reintegratoria anche per forme di utilizzo comune *uti civis* del bene pubblico⁷³.

La giurisprudenza prevalente limita l'applicazione del 1145 comma 2 alle ipotesi di uso speciale o eccezionale⁷⁴, e ritiene dunque inapplicabile la tutela contro lo spoglio a ipotesi di utilizzo generico del bene fuori commercio, consistente nel godimento *uti civis* del bene secondo la sua destinazione al pubblico uso⁷⁵, e lo limita alle ipotesi di uso particolare o eccezionale.

Laddove invece si ammetta che la posizione tutelata dal comma 2 dell'art. 1145 è la mera detenzione nei confronti del bene demaniale, diventa irrilevante stabilire a quale titolo essa è esercitata e dunque definire la natura del diritto del cittadino relativamente all'uso collettivo (G. BRANCA, *Sulla detenzione rispetto a beni demaniali*, in *Foro it.*, 1958, I, 1147 ss.)

⁷³ Tanto più che la Corte ha accettato una nozione molto allargata di 'spoglio', «non solo come privazione del possesso, ma anche come ostacolo, impedimento al suo libero ed incondizionato esercizio» (così, con riferimento all'art. 1145 comma 2, in Cass. Sez. II civile 25 novembre 2003, n. 17889).

⁷⁴ Nei primi anni dopo l'entrata in vigore del Codice del 1942 alcune corti di merito opposero una certa resistenza ad applicare la nuova disposizione relativa al possesso di cose fuori commercio e, nonostante la chiarezza del dettato normativo, finivano per escludere la tutela contro lo spoglio anche nei casi di uso speciale, limitando ulteriormente l'applicazione del 1145 comma 2 alle ipotesi di uso eccezionale fondato su un titolo concessorio: così ad esempio in Trib. Bergamo 16 luglio 1953 (in *Foro pad.*, 1955, I, 111 ss.), dove si legge che «l'azione di spoglio è concessa rispetto ai beni demaniali e assimilati che siano oggetto di possesso da parte di soggetto privato; presupposto essenziale è, pertanto, che il privato abbia il possesso del bene demaniale; ciò si verifica solo nei casi in cui la p.a. può concedere su detto bene usi eccezionali al singolo mediante un atto di concessione ... nonché nelle ipotesi di servitù pubbliche» (114), in questo modo annullando le differenze disciplina emergenti dai commi due e tre della disposizione in esame (come osserva peraltro, nell'annotare criticamente la sentenza, N. BERNARDINI, *Ammissibilità della tutela di possesso senza titolo dei beni demaniali dallo spoglio dei privati*, in *Foro pad.*, 1955, I, 115).

⁷⁵ La Corte di cassazione, nell'identificazione dei poteri di fatto sul bene demaniale suscettibili di tutela possessoria, si rifà perlopiù alla tradizionale tripartizione in uso ordinario generale, uso ordinario speciale e uso eccezionale (su cui, per tutti, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979, 115 ss.; una

Così, ad esempio, in una delle prime pronunce in tema, la seconda sezione della Cassazione civile ha affermato che «fuori dalle ipotesi di esercizio di facoltà derivanti da una concessione amministrativa, soltanto quando si sia verificata un'interversione della mera facoltà di uso (comune) del bene demaniale, in modo che risulti stabilita una relazione con la cosa atta ad impedire ad altri di usarne, può dirsi concretata la detenzione che è tutelabile, mediante l'azione di reintegrazione, da ogni spoglio violento o clandestino imputabile ad un altro privato», per cui si nega la tutela dallo spoglio qualora l'attività esercitata non abbia «carattere e contenuto diverso dal comune uso che viene esercitato dalla generalità dei cittadini sulle aree pubbliche; uso, cioè, diffuso e non individualizzato, estrinsecante un mero interesse collettivo e non privatistico»⁷⁶. La Corte ha poi a più riprese affermato che «il possesso dei beni appartenenti al demanio dello stato e di quelli appartenenti alle province ed ai comuni e soggetti al regime dei beni demaniali, è tutelata, in via eccezionale e per ragioni di ordine pubblico, nei rapporti tra privati, con l'azione di spoglio (art. 1145, 2° comma c.c.) quando sui beni stessi si esplicano atti di godimento analoghi a quelli che si eserciterebbero su cose di pertinenza esclusiva»⁷⁷ e che, pertanto, «anche al fine delle azioni possessorie previste dall'art. 1145 c.c. con riguardo ai beni demaniali il possesso deve consistere nell'esercizio di fatto corrispondente ad una situazione subiettiva individuale quale si rinviene nell'uso speciale od in quello eccezionale del bene demaniale, ma non nell'uso comune, costituito soltanto dalla fruizione dell'interesse collettivo del bene stesso o della servitù di uso pubblico, di cui sia la

diversa classificazione, che pure non mi sembra toccare i nodi sostanziali, in A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 5, Milano, 1959, 277 ss., spec. 286 ss.).

⁷⁶ Così nella già citata Cass. Sez. II civile 7 febbraio 1955, n. 340 in *Giurisprudenza completa cassazione civile*, 1955, III, 160 s.

⁷⁷ Così già in una sentenza di poco successiva, Cass. Sez. II civile 29 maggio 1957, n. 1981, e poi tra altre in Cass. Sez. II civile 5 luglio 1975, n. 2635; Cass. Sez. II civile 5 marzo 1986, n. 1388; Cassazione SS.UU. 20 gennaio 1993, n. 650; infine in Cass. Sez. II civile 15 giugno 2012, n. 9873.

titolarità che il possesso competono esclusivamente all'ente territoriale, al quale soltanto spettano le relative azioni»⁷⁸.

Tale giurisprudenza trova sponda in parte della dottrina, che esclude dal campo applicativo della norma in esame gli usi del bene pubblico corrispondenti al generico diritto dei consociati di godere della destinazione al pubblico uso dei beni fuori commercio, per riservarla agli usi speciali⁷⁹.

Altri commentatori hanno invece criticato le pronunce che limitavano la possibilità di ottenere la reintegrazione nel possesso ad ipotesi di uso speciale del bene⁸⁰ e hanno sostenuto l'opportunità di estendere ulteriormente la legittimazione ai rimedi contro lo spoglio a quelle situazioni di fatto non identificabili con l'esercizio di facoltà di utilizzo esclusivo del bene *ad alios excludendum*⁸¹. La Corte di Cassazione sembra aver recepito queste sollecitazioni e ha mostrato in alcune più recenti pronunce una maggiore apertura.

⁷⁸ Cass. Sez. II civile 27 agosto 1986, n. 5240.

⁷⁹ In senso conforme a questo indirizzo F.S. GENTILE, *Il possesso*, cit., 563 ss. e G. PESCATORE, *Nota a Trib. Cremona 24 gennaio*, in *Foro it.*, 1944-46, I, 339 ss.

⁸⁰ Mi riferisco alle già citate note di De Maio (*supra* nt. 72) e Branca (nt. 76).

⁸¹ In questo senso, ad esempio, G. PESCATORE, R. ALBANO, F. GRECO, *Della proprietà*, in *Commentario al codice civile redatto a cura di magistrati e docenti*, III.3, Torino, 1958, 299, secondo cui «la tutela eccezionale si riferisce alla sola detenzione e non al possesso in quanto non può aversi possesso di cose demaniali. Essa viene limitata ai casi nei quali si tratta di facoltà che possono costituire oggetto di concessione da parte della Pubblica amministrazione mentre l'uso ordinario generale dei beni demaniali non concreta possesso tutelabile con azione possessoria. Si è però anche osservato che l'uso ordinario generale conferisce un vero e proprio diritto sulla cosa altrui all'utente nei confronti del contenuto». Analogamente già secondo A. BUTERA, *Il Codice civile italiano commentato*, cit., «si riteneva ... dapprima che, rispetto ai menzionati beni, nei rapporti interni dei privati tra di loro, non fossero proponibili le azioni possessorie, e talora neanche le azioni petitorie. Ora il sistema legislativo è mutato, perché è ammessa l'azione di reintegrazione in possesso. Se poi vi è una concessione amministrativa, la tutela possessoria è completa, perché è ammessa anche l'azione di manutenzione. Così, chi è impedito di passeggiare in una piazza pubblica, ha il diritto di promuovere l'*actio spolii* e la stessa azione di manutenzione: la concessione di passeggiare in una piazza pubblica è implicita per ogni cittadino» (417 s.)

Un primo segnale di ripensamento è stato fornito con Cass. Sez. II civile 24 gennaio 2000, n. 737, sentenza in cui la Corte sostenne di dover superare la tradizionale tripartizione (uso generale, speciale, eccezionale), con cui aveva in precedenza selezionato i legittimati all'azione di spoglio prevista da 1145 co. 2, poiché sarebbe sufficiente accertare che il potere di fatto sulla cosa corrisponda all'esercizio di un diritto reale «senza richiedere affatto che tale esercizio corrisponda ad una situazione subiettiva individuale quale si rinviene nell'uso speciale (più intenso, ma sempre dipendente dalla funzione principale collegata all'uso comune) od in quello eccezionale (tale da costituire una limitazione, in tutto od in parte, dell'uso comune) del bene demaniale».

Solo un anno più tardi, la sentenza n. 15289 resa dalla Cassazione civile a sezioni unite il 4 dicembre del 2001 ha operato un esplicito *revirement* rispetto al principio tradizionale, poiché in questo caso la possibilità di tutelare posizioni di fatto corrispondenti a un uso generico del bene non viene nemmeno subordinata al ravvisarsi dell'esercizio di una servitù: in questa pronuncia, infatti, la suprema Corte afferma che «non può essere condivisa ... l'obiezione secondo cui, ai fini delle azioni possessorie previste dall'art. 1145, il possesso deve consistere nell'esercizio di fatto corrispondente ad una situazione subiettiva individuale quale si rinviene nell'uso speciale od in quello eccezionale del bene demaniale, ma non nell'uso comune costituito soltanto dalla fruizione del bene stesso 'uti civis', cioè al pari di qualsiasi altro membro della collettività».

Con la di poco successiva Cass. Sez. II civile 25 novembre 2003, n. 17889, però, la Corte sembra essere parzialmente tornata sui suoi passi: in questa sentenza, da un lato, riprendendo l'impostazione di Cass. Sez. II civile 24 gennaio 2000, n. 737, si esclude «che la tutelabilità, con l'azione di spoglio, nei rapporti tra privati, del possesso rispetto ai beni demaniali ed a quelli ad essi equiparati, sia subordinato alla titolarità da parte del privato di un uso speciale o eccezionale: essendo, invece, la tutela collegata esclusivamente all'esplicazione di un potere che si manifesta in attività corrispondenti all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale»; dall'altro, la fattispecie materiale rispetto a cui è pronunciata questa massima (l'impedimento ad utilizzare una strada

vicinale) suggerisce che la Corte intenda con una certa larghezza il concetto di ‘esercizio di un diritto reale’, fino a ricomprendervi facoltà di uso generico dei beni demaniali.

5. *La prospettiva romanistica*

In questa complessa vicenda, in cui si intersecano profili generali relativi alla sistematica del possesso ed esigenze eminentemente pratiche e circostanziali, il contributo della civilistica di formazione romanistica è stato contrastante. Rinomati studiosi come Fulvio Maroi e Gino Segrè si opposero – in tempi e modi differenti – al riconoscimento della tutela possessoria a colui che eserciti un potere di fatto su un bene demaniale. Dopo la approvazione del Codice del 1942, invece, è stato invece un maestro della disciplina come Giuseppe Branca, che nel 1941 aveva pubblicato una fondamentale monografia romanistica in tema di cose fuori commercio⁸², a guidare la dottrina verso un’interpretazione più elastica della disposizione.

Stupisce però che sia stato il civilista Assuero Tartufari l’autore a proporre con più convinzione – nell’infuriare del dibattito sulla disposizione del codice del 1865 – il paragone tra l’istituto del possesso dei beni demaniali e la disciplina degli *interdicta* a tutela delle *res in usu publico*⁸³, che rappresentano invece in effetti dei rimedi strutturalmente e funzionalmente assimilabili alle azioni possessorie a tutela del potere materiale su un bene pubblico⁸⁴. La circostanza è ancora più sorprendente laddove si consideri che, durante il dipanarsi di questa vicenda, sono apparsi alcuni fondamentali lavori romanistici aventi ad oggetto tali peculiari rimedi pretori⁸⁵. Credo che il raffronto tra questi e

⁸² G. BRANCA, *Res extra commercium humani iuris*, Trieste, 1941.

⁸³ A. TARTUFARI, *Del possesso*, cit., 331 ss. e 440 ss.

⁸⁴ Tartufari riprende esplicitamente, sul punto, le acute osservazioni del Donello (tratte da *Commentarius in codicem Iustiniani lib. VIII tit. I De interdictis*, §§ 5 ss., cfr. Donellus, *Opera omnia*, IX, Lucca, 1766, 871 ss.).

⁸⁵ Mi riferisco, per quanto riguarda il dibattito della seconda metà del XIX secolo, al fondamentale lavoro di Bruns tradotto e annotato da V. Scialoja (K.G. BRUNS, *Die römische Popularklagen*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1, 1864, 341 ss., ora in *Kleiner*

l'attuale disciplina – così come emergente dal dettato codicistico e dagli orientamenti giurisprudenziali – possa contribuire, eventualmente, alla messa a fuoco di criteri ermeneutici utili ad una più consapevole applicazione della norma.

L'operazione è metodologicamente rischiosa e potrebbe legittimamente suscitare il dubbio di un ennesimo tentativo attualizzante o 'neo-pandettista', volto a dimostrare la continuità tra diritto antico e diritto vigente e, in ultima analisi, il valore 'sovra-storico' del diritto romano⁸⁶; ignorando, oltretutto, l'età dello *ius commune* e del giusnaturalismo, per giustapporre direttamente esperienza romana e quella codicistica⁸⁷. In questo caso, a mio avviso, la scelta di contrapporre

Schriften, Weimar, 1882, 313 ss., con traduzione in italiano, prefazione e note di V. SCIALOJA, *Le azioni popolari romane*, in *AG*, 27, 1882, 166 ss.), in cui gli interdetti a tutela delle *res in usu publico* erano assunti come paradigma storico e concettuale della categoria dei rimedi a legittimazione popolare (impostazione condivisa in Italia da C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale*. I, *Parte storica*, Torino, 1894 (rist. Roma, 1972). A metà del secolo successivo, poi, la romanistica ha avuto modo di tornare con grandi interpreti sul tema della tutela interdittale dei beni pubblici, in una serie di importanti lavori monografici che hanno contribuito a definire alcuni caratteri del regime dei beni pubblici nell'esperienza romana: oltre al già citato lavoro monografico di G. BRANCA, 'Res', cit., mi riferisco soprattutto ai lavori di G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941, ora in *RDR*, 1, 2001, e G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1947.

⁸⁶ La questione relativa al rapporto tra diritti attuali e diritto romano è sempre stata centrale nella romanistica in senso contemporaneo (che affonda le radici, non a caso, nell'opera di F. von Savigny, tra cui spicca il *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849), ma ha trovato negli ultimi trent'anni nuova linfa, a livello internazionale, dalla fortuna dell'opera di R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1990 e, in Italia, dall'introduzione della materia dei *Fondamenti romanistici del diritto europeo*. Nel complesso dibattito che ne è seguito, sono stati da più parti censurati i tentativi di ricostruire il rapporto tra diritto romano e odierno in termini di continuità, se non addirittura di identità: si consideri ad esempio la posizione di A. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su 'i fondamenti del diritto europeo': una occasione da non sprecare*, in *Iura*, 51, 2000, 1 ss.; una sintesi dei problemi in G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018, 24 ss.

⁸⁷ Per limitarmi al dibattito seguito all'introduzione dei *Fondamenti*, occorre notare come l'esigenza di integrare lo studio diacronico del diritto romano con la lunga e articolata

direttamente modello del codice (ricostruito però, a sua volta, nella storicità dei suoi rapporti con altri modelli codicistici) e modello romano in una chiave di comparazione diacronica si giustifica, tra l'altro, dall'importante ruolo che alcuni romanisti – nonché alcuni argomenti tratti dalla storia giuridica – hanno svolto nella genesi della norma⁸⁸. Oltretutto, l'intento di questo raffronto non è quello di 'spiegare' o 'giustificare' la disciplina odierna, ma al contrario quello di giustapporre al sistema attuale un diritto 'totalmente altro', di metterli in dialogo in modo possano illuminarsi a vicenda. In particolare, il raffronto tra la moderna disciplina del 'possesso di cose fuori commercio' e quella degli interdetti *de locis publicis* può mostrare all'interprete moderno un modello in cui il fenomeno della tutela possessoria di relazioni di fatto con i beni pubblici era affrontato al di fuori di una precisa esigenza di coordinamento dogmatico e sistematico con la teoria del possesso.

fase del 'diritto comune' intermedio e moderno, oltre che da autorevoli storici del diritto italiano e medievale, sia stata rilevata anche dall'interno della romanistica (mi riferisco ad esempio alla posizione di L. SOLIDORO, *I Fondamenti 'romanistici' del diritto europeo. Contenuti, finalità e limiti della disciplina*, in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti e S. Di Maria, Trieste, 2019, 189 ss.)

⁸⁸ Sono confortato in questo sforzo dalla riflessione di Tommaso Dalla Massara, il quale ha di recente difeso la legittimità di una ricerca di comparazione diacronica tra modello romano e modello codicistico (in particolare in T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt am Main, 2018, 111 ss. e in ID., *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, in *Fondamenti*, cit., 91 ss.): secondo questo autore «ogni ricerca comparatistica identifica in concreto le proprie tappe in relazione al percorso che il suo autore sappia tracciare, nonché in relazione alla coerenza che quel percorso sia in grado di evidenziare», per cui «gli elementi della comparazione sono identificati ed evidenziati in relazione alla logica della specifica indagine» (101 s.). Una tale impostazione – basata sul raffronto e la contrapposizione tra modelli – rifugge naturalmente a qualsiasi ricerca di continuità o identità e, nonostante sia essenzialmente rivolta «da giuristi a giuristi» (109), e mira a migliorare le nostre conoscenze dell'antico e del moderno e non a trovare nel passato le soluzioni a problemi del presente (111).

Gli interdetti in parola sono antichissimi strumenti giurisdizionali di natura privatistica⁸⁹, forse i più risalenti tra quelli di tipo interdittale⁹⁰, le cui formule edittali⁹¹ erano però ancora commentate in età severiana da un giurista come Ulpiano, nel libro 68 del suo commentario *ad edictum*⁹², di cui numerosi frammenti furono oltretutto riversati dai compilatori nel lib. 43 *De interdicitis* della compilazione, restituendo l'immagine di una disciplina 'viva' anche in un contesto sociale, economico e culturale profondamente diverso da quello – essenzialmente rurale e caratterizzato dall'esilità delle strutture amministrative – delle sue origini⁹³.

Nel loro complesso, gli *interdicta de locis publicis* servivano a tutelare una vasta gamma di possibili utilizzi da parte dei *cives* delle *res in usu publico*, tra cui spiccavano tipologicamente *flumina* e *viae* pubblici.

⁸⁹ Rimedi giurisdizionali con caratteristiche affatto peculiari rispetto alla procedura ordinaria, anche se non sembra accettabile nella sua radicalità la tesi circa la natura amministrativa di questi strumenti (sostenuta in particolare da G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955), anche alla luce delle osservazioni di A. BISCARDI, *La tutela interdittale e il relativo processo*, Siena, 1956, spec. 232: una sintesi del dibattito in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Interdetti*, in *Enc. dir.*, 21, Milano, 1971, 901 ss. spec. 913 ss.

⁹⁰ Questa tesi – che si basa tra l'altro sull'ipotesi di Jhering secondo cui questi interdetti rivelerebbero una originaria forma di comunione indivisa dei *cives* sui beni di uso pubblico (R. JHERING, *Geist des römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*³, I, Leipzig, 1873, cit., 211, ora in *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. fr., I, Paris, 1883, 213 – è in particolare sviluppata, nella dottrina italiana, da C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., 326

⁹¹ Cfr. O. LENEL, *'Das edictum perpetuum': Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 458 ss.

⁹² I frammenti del commentario ulpiano, che rappresentano la principale fonte di cognizione sul tema degli interdetti *de locis publicis*, possono essere letti nel loro contesto palinogenetico in O. LENEL, *'Palinogenesia iuris civilis'*, II, Leipzig, 1889, ora rist. Graz, 1960, 802 ss.

⁹³ Il mutamento, durante questo lunghissimo svolgimento storico, dell'atteggiamento dei giuristi romani verso questo complesso di rimedi è stato interpretato diversamente: così mentre G. MELILLO, *'Interdicta' e 'operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia'*, in *Labeo*, 12, 1966, 178 ss., vi legge le tracce di una progressiva 'pubblicizzazione' della tutela accordata grazie all'attività della giurisprudenza, mentre A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., 518 all'opposto riconosce una progressiva privatizzazione della disciplina.

Schematizzando un quadro frastagliato e costruito casisticamente⁹⁴, possiamo innanzitutto notare che l'interdetto *de loco publico fruendo* era impetrabile da chi utilizzasse un bene pubblico sulla base di una concessione della pubblica autorità e tutelava dunque un godimento strettamente individuale, fondato su un titolo idoneo ad escludere gli altri consociati dal godimento dello stesso⁹⁵.

Il diverso rimedio *ne quid in loco publico fiat* (a cui può sostanzialmente avvicinarsi il *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*) tutelava invece l'interesse al mantenimento dello *status quo* dei luoghi pubblici contro modifiche strutturali che potessero sottrarre i *commoda* che il privato potesse legittimamente godere dal suo rapporto peculiare col bene, non in forza di un particolare titolo giuridico legittimante ma in virtù del semplice *ius civitatis*⁹⁶.

Ancora, due coppie di interdetti erano poste a tutela delle condizioni materiali di utilizzabilità del bene, erano volti cioè a sanzionare quelle modifiche alla conformazione fisica di *viae* e *flumina* (ovvero le condotte di *facere ed immittere in publico*) in modo da comprometterne la destinazione all'uso pubblico (*ne quid in via publica fiat, quo deterius ea fiat* e *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*)⁹⁷.

⁹⁴ Mi permetto di rinviare fin da ora a A. SCHIAVON, *Interdetti*, cit., *passim* per una puntuale ricognizione dei problemi posti da ciascun interdetto, di cui in nota fornirò solo i ragguagli bibliografici minimi.

⁹⁵ I frammenti relativi a questo interdetto sono raccolti nel titolo 43.9 *De loco publico fruendo*. Su questo rimedio si veda P. SANTINI, *'Quo minus e lege locationis frui liceat'. Contributo allo studio dell'interdictum de loco publico fruendo*, Napoli, 2012.

⁹⁶ Il testo dell'interdetto è riportato in D.43.8.2 pr. cui segue (fino al paragrafo 19) il relativo commentario ulpiano. Su questo peculiare rimedio si sofferma tra gli altri N. DE MARCO, *I 'loci publici' dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus', gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004.

⁹⁷ Il contenuto dell'ordine interdittale è contenuto rispettivamente in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.20 e 35 (titolo 43.8 *De viis. Ne quid in via publica fiat, quo deterius ea fiat*) e in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.pr. (tit. 43.12 *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*). Su queste due coppie di rimedi tra gli altri J.M. ALBURQUERQUE, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público*, Madrid, 2002, 107 ss. e 199 ss.

Infine, altri interdetti, costruiti attorno alla formula *vim fieri veto* e dunque probabilmente i più recenti tra quelli relativi ai luoghi pubblici⁹⁸, reagivano contro qualsiasi forma di violenza personale esercitata contro chi utilizzasse strade e fiumi in conformità alla loro destinazione (tit. 43.14 *ut in flumine publico navigare liceat* e Ulp. 68 *ad ed. D.43.8.2.45 quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat*), comprese le ipotesi di violenza contro chi li stesse rimettendo in pristino (tit. 43.11 *De via publica et itinere publico reficiendo* e 43.15 *De ripa munienda*).

Come si vede, questi interdetti tutelavano una varietà di poteri di fatto sulla *res in usu publico*, da quelli strettamente individualistici a quello consistente nel generico di utilizzare il bene in conformità alla sua destinazione. Riprendendo la classificazione tradizionale delle tipologie di usi dei beni pubblici, utilizzata anche dalla Cassazione italiana per selezionare i legittimati attivi alle azioni possessorie avventi ad oggetto le cose fuori commercio, potremmo schematicamente osservare come i rimedi in parola tutelassero situazioni molto diverse tra loro: alcuni erano posti a tutela dell'uso generale delle *res* da parte dei cittadini – inteso sia come facoltà personale (così gli interdetti costruiti sulla formula *vim fieri veto*) che come mantenimento della conformazione fisica delle stesse (gli interdetti *de viis* e *de fluminibus*); altri l'uso speciale – ovvero i *commoda* tratti individualmente da un rapporto di fatto privilegiato col bene (*ne quid in loco publico fiat*); infine, era tutelato anche l'uso eccezionale consistente nel godimento fondato su un titolo individuale (*de loco publico fruendo*). Se si provano a sovrapporre le fattispecie prese in considerazione da Ulpiano quale presupposti di applicabilità degli interdetti *de locis publicis* con quelle sulle quali negli ultimi anni la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi, al fine di stabilire l'ammissibilità della tutela offerta dall'art. 1145 cod. civ., si possono notare delle corrispondenze che confermano il parallelo tra queste figure giuridiche.

⁹⁸ Come si deve dedurre dalle fondamentali ricerche di L. LABRUNA, *'Vim fieri veto'. Alle radici di un'ideologia*, Camerino, 1971 (cfr. anche la ristampa del volume, con le recensioni allo stesso in *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1986) sull'origine degli interdetti contenenti questa clausola nella peculiare temperie di violenze e illegittimità di età tardo-repubblicano.

Le sentenze sopra ricordate, infatti, coprono una fenomenologia di rapporti di fatto con il bene pubblico del tutto equivalente a quella presa in considerazione dal sistema interdittale romano di protezione dei beni pubblici: nell'importante sentenza Cass. Sez. II civ. 5 marzo 1986, n. 1388 la Corte era chiamata ad affrontare il caso della costruzione di un ponticello e conseguente scarico di materiali di risulta in una strada demaniale in danno di un vicino che godeva del transito sulla medesima strada⁹⁹; in Cass. Sez. II civ. 25 novembre 2003, n. 17889 il Supremo collegio si confronta con la diversa ipotesi di atti di impedimento 'personale' all'utilizzo di una strada pubblica¹⁰⁰; infine, in Cass. Sez. II civ. 4 dicembre 2001, n. 15289, il caso preso è in considerazione è quello dello sbarramento di una strada vicinale con materiali e manufatti a ciò idonei¹⁰¹.

Anche sotto il profilo della disciplina, l'esperienza romana ci restituisce un quadro frastagliato, in cui il regime di ciascun rimedio è parametrato sulle caratteristiche del potere di fatto sul bene pubblico tutelato, rendendo di fatto la tutela graduata sulla tipologia di uso del bene pubblico di cui si chiedesse tutela. Rilevano in particolare tre profili,

⁹⁹ Il caso oggetto della decisione presenta infatti due casi tipici di condotte di *facere* (costruzione di un manufatto, in questo caso di un ponte che, come vedremo, costituisce un buon esempio di *facere in via publica*) e di *immittere* (ovvero di introduzione nella sede stradale di materiale removibile), in quanto tali sanzionabili sia nel caso da queste derivasse un *incommodum* individuale (*ne quid in loco publico fiat*) ma anche qualora ne derivasse l'impedimento all'uso comune per la generalità dei consociati (interdetti *de viis*). La Corte di Cassazione, nella decisione citata, limita naturalmente l'applicabilità della tutela possessoria alle ipotesi di compressione di un potere speciale e individualizzabile sul bene demaniale.

¹⁰⁰ Atti di impedimento 'personale' all'uso della via analoghi a quelli sanzionati dall'interdetto *quo minus illi via publica itinere publico ire agere liceat, vim fieri veto*, con cui il pretore vietava ogni impedimento violento (*vim fieri veto*) all'esplicazione del generale diritto di utilizzare la strada in conformità alla sua destinazione pubblica.

¹⁰¹ L'applicabilità degli interdetti *de locis publicis* (e in particolare dei rimedi a tutela delle *viae publicae*) alle vie cosiddette vicinali, ovvero quelle vie che univano le strade pubbliche vere e proprie (oppure conducevano dalle strade pubbliche fino ai poderi più lontani) era discussa anche da Pomponio (si veda Pomp. 33 *ad Sab. D.* 43.7.3 pr.-) e da Ulpiano (Ulp. 68 *ad ed. D.* 43.8.2.22), oltre che contestata dai convenuti in possessorio nelle cause finite al vaglio della Suprema corte.

che rendevano la tutela interdittale dei luoghi pubblici una disciplina elastica ed adattabile. Innanzitutto, gli *interdicta de locis publicis* sanzionavano sia le condotte che incidono sulla conformazione fisica della *res* (interdetti che reagiscono a *facere immittere*, che svelano il carattere ‘reale’ dell’interesse protetto) che quelle incidenti sulla libertà della persona di utilizzarle (con clausola terminativa *vim fieri veto*, i quali invece tutelano la sfera soggettiva da ogni illecita e violenta intrusione atta a impedire il godimento del bene). Secondariamente, per quanto riguarda il profilo cronologico della tutela, alcune forme di utilizzo del bene erano assistite solo da una tutela proibitoria – volta cioè a impedire la continuazione di un’attività non ancora conclusa – mentre altre conoscevano una tutela interdittale piena, assistita dunque anche dal *pendent* restitutorio: con un’impostazione del tutto opposta a quella del nostro codice, però, erano i rimedi volti a tutelare forme ‘generali’ e comuni di uso del bene a conoscere una tutela piena, mentre per gli interessi più strettamente individualistici era prevista una tutela ‘affievolita’, esclusivamente proibitoria¹⁰². Soprattutto, però, è il profilo della legittimazione attiva a rappresentare un modello radicalmente alternativo al sistema adottato dal nostro codice e dalla giurisprudenza maggioritaria¹⁰³: gli strumenti a tutela dell’utilizzo generico del bene in conformità alla sua destinazione, infatti, potevano essere esperiti da chiunque (*quisque e populo*), a prescindere dalla dimostrazione di un interesse peculiare alla causa: si tratta dunque di rimedi ‘popolari’¹⁰⁴,

¹⁰² La ricostruzione di questo profilo della disciplina dell’interdetto *ne quid in loco publico fiat* riposa sulla lettura di dati testuali non univoci e la dottrina ha conseguentemente assunto atteggiamenti diversificati: mentre la tesi secondo cui sarebbe esistito un vero e proprio equivalente restitutorio del nostro (così G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., 99 ss., ma analogamente A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., 24 ss. e G. MELLILLO, *Interdicta*, cit., 187) si scontra con il tenore letterale delle fonti, appare maggiormente plausibile la diversa opinione di chi immagina poteri ottenere tale reintegra in sede di *iudicium secularium* (così in particolare G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 154 s.). Ho provato a mostrare l’inaccettabilità anche di questa posizione in A. SCHIAVON, *Interdetti*, cit., 205 ss.

¹⁰³ Insistono su questo profilo A. DI PORTO, ‘*Res in usu publico*’ e ‘*beni comuni*’. *Il nodo della tutela*, Torino, 2013 e A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni*, cit.

¹⁰⁴ La categoria delle azioni popolari, così come la riconducibilità ad essa degli interdetti a legittimazione diffusa a tutela delle *res in usu publico*, è stata a lungo dibattuta in

ovvero caratterizzati da una forma di legittimazione attiva non individuale.

A fronte di questo complesso sistema di rimedi ‘tipici’ ma idonei a tutelare una vasta gamma di poteri di fatto su beni di interesse pubblico e soggetti a una disciplina differenziata in ragione della natura del potere tutelato, la giurisprudenza attuale si trova a dare applicazione a una norma ‘atipica’ e, proprio per questo, fatica a trovare canoni ermeneutici sicuri. Per apprezzare più in concreto il diverso modo di operare delle Corti e della scienza giuridica romana di fronte al problema dei rimedi a tutela dell’uso di beni pubblici, credo possa risultare particolarmente significativo partire da un caso su cui si è pronunciata la Suprema Corte di Cassazione nel 1999¹⁰⁵. La fattispecie riguardava la costruzione, da parte di un privato, di una passerella sovrastante una via pubblica. La ricorrente aveva richiesto la tutela possessoria ai sensi dell’art. 1145 per ottenere la rimozione del manufatto, nella duplice veste di *quisque e populo* – dunque di attore ‘uti civis’, popolare, volto a salvaguardare l’uso comune del bene – e di rappresentante dei proprietari dell’immobile che, a causa di tale passerella, avrebbe visto ridotta luce, veduta e aerazione. Il giudice di merito, con una scelta apparentemente non censurata dalla Suprema Corte, rigettò la domanda proposta presentata *uti civis* e accolse invece la richiesta in veste di rappresentante «avendo riconosciuto ai rappresentati una posizione giuridica individuale ad un uso particolare della pubblica via, tutelabile in sede possessoria con l’azione di reintegrazione»: secondo la corte, «i proprietari ‘frontisti’ di una pubblica via hanno, oltre l’uso comune del bene demaniale, spettante a qualsiasi cittadino, anche l’uso speciale nella misura in cui da esso traggono particolari utilità», che consistono «in quelle facoltà che, per effetto della relazione di vicinato esistente tra i loro beni e la strada, i ‘frontisti’ possono esercitare e che sono diverse e maggiori di quelle fruibili in virtù del loro diritto di proprietà fondiaria (accesso, aperture di luci e vedute,

dottrina: si possono ripercorre le tappe essenziali di questo dibattito in A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., 505 ss. e A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni*, cit., 720 ss. e A. SCHIAVON, *Interdetti*, cit., 64 ss.

¹⁰⁵ Cass. Sez. II civile 6 ottobre 1999, n. 11112.

ecc.)». Il caso, che venne quindi deciso alla luce dell'impostazione tradizionale della Corte, trova riscontro nelle fonti romane in tema di protezione interdittale dei luoghi pubblici. Innanzitutto, il caso della sottrazione di luci e vedute è espressamente contemplato tra le ipotesi di concessione dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* in Ulp. 68 ad ed. D. 43.8.2.12 e 14¹⁰⁶. L'ipotesi di *opus privatum in publico factum*, dunque, legittimava l'esperibilità del rimedio esclusivamente proibitorio appena ricordato, qualora da essa derivasse la «privazione di una certa dose di utilità, consistente nella aerazione ed illuminazione del vano» da parte de «i ricorrenti, quali proprietari frontisti di una pubblica strada comunale» (così la Cassazione). La medesima fattispecie, peraltro, poteva dare luogo (almeno nella prospettiva di Ulpiano) all'applicazione del diverso interdetto *ne quid in via publica fiat*, qualora il manufatto non comprimesse i *commoda* individualmente tratti dal bene ma compromettesse la destinazione pubblica dello stesse, come si inferisce dalla lettura del brano del commentario ulpiano a quel rimedio in cui si sanziona la costruzione di un ponte nella via pubblica, qualora da esso derivi un impedimento alla possibilità di usarla come via di comunicazione¹⁰⁷. Anzi, come già ricordato, solo in questo secondo caso si sarebbe potuta ottenere una piena reintegrazione nella situazione precedente, attraverso la concessione della versione restitutoria del rimedio¹⁰⁸.

In conclusione, l'impressione che si trae dalle vicende 'antiche' e 'moderne' della tutela possessoria dei beni pubblici è che il sistema romano di tutela delle *res in usu publico* – caratterizzato da una serie di

¹⁰⁶ Ulp. 68 ad ed. D. 43.8.2.12-14: 12. *Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior, interdicto opus est. ...* 14. *Plane si aedificium hoc effecerit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit.*

¹⁰⁷ Ulp. 68 ad ed. D. 43.8.2.33: *Scio tractatum, an permittendum sit specus et pontem per viam publicam facere: et plerique probant interdicto eum teneri: non enim oportere eum deteriorem viam facere.* La nozione di deterioramento era stata esplicitata da Ulpiano nel passo immediatamente precedente, secondo cui *deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus eius ad commeamdum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum, ut, cum plane fuerit, clivosa fiat vel ex mollis aspera aut angustior ex latiore aut palustris ex sicca* (Ulp. 68 ad ed. D. 43.8.2.32).

¹⁰⁸ La formula è riportata in Ulp. 68 ad ed. D. 43.8.2.35: *Praetor ait: 'Quod in via publica itinere publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas'.*

rimedi tipici, ma da un approccio alle ‘situazioni possessorie’ che per lungo tempo non si sostanziò in una unitaria ‘teoria del possesso’¹⁰⁹ – risulti più idoneo a ricostruire la complessità delle relazioni di fatto tra privati e beni pubblici, e a fornirne una disciplina che tenga conto delle caratteristiche di ciascuna di esse, rispetto a una disposizione ‘atipica’ come l’art. 1145 comma 2, in cui la determinazione del legittimato attivo non dipende da dati testuali e normativi, ma dall’esigenza, percepita *in primis* da interpreti e commentatori, di un coordinamento dogmatico e sistematico di essa con le categorie generali del ‘possesso’. Ciò conferma, a mio avviso, la sensazione che la difficoltà nell’introdurre nel nostro ordinamento una tutela ‘diffusa’ dei beni comuni riposi non tanto su impedimenti o vincoli normativi, ma sul perdurare tra operatori e commentatori dei condizionamenti teorici di stampo ‘individualistico’, e che dunque non sia sufficiente – né forse, paradossalmente, necessaria – una loro esplicita previsione sul piano legislativo.

ABSTRACT

L’articolo mira a valutare l’ipotesi che l’art. 1145 del Codice civile (‘possesso di cose fuori commercio’) possa essere interpretato come fondamento normativo per l’introduzione nel nostro ordinamento di una tutela diffusa dei beni comuni. A questo fine se ne ricostruisce, in primo luogo, la storia ‘recente’, ovvero la sua genesi nei processi di codificazione tra XIX e XX secolo, e quella ‘remota’, che rimanda a mio avviso al sistema romano di protezione interdittale delle *res in usu publico*. In secondo luogo, si procede ad analizzare alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione in tema di legittimazione attiva ai rimedi previsti dall’art. 1145, dalle quali emerge la difficoltà per la corte di interpretare la norma al di fuori della prospettiva individualistica disegnata dalla disciplina generale del possesso.

¹⁰⁹ Per tutti, le osservazioni di A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 34, 1985, 452 ss.

The article aims to evaluate the hypothesis that art. 1145 of the Italian Civil Code ('possession of things not subject to trade') can be interpreted as a legal basis for the introduction into the Italian legal system of the protection of common goods. Firstly, it is reconstructed its 'recent' history, i.e. its genesis in the codification processes between the 19th and 20th centuries, as well as its 'remote' history, which dates back to the Roman system of interdictal protection of *res in usu publico*. Secondly, it analyzes some recent rulings of the Corte di Cassazione about the conditions for active legal standing for the remedies provided for by art. 1145, from which emerges the difficulty to interpret the norm outside the individualistic perspective designed by the general discipline of possession.

PAROLE CHIAVE

Possesso; cose fuori commercio; *res in usu publico*; beni comuni; azioni possessorie.

Possession; things not subject to trade; *res in usu publico*; commons; possessory actions.

ALVISE SCHIAVON

Email: alvise.schiavon@unibo.it

