

Azione Publiciana nel diritto civile

Anton D. Rudokvas
Università Statale di San Pietroburgo*

Il comma 2 dell'art. 234 del Codice Civile della Federazione Russa dice: "Prima dell'acquisizione del diritto di proprietà ai beni in virtù dell'usucapione, la persona possedente i beni pro suo ha il diritto di difesa del suo possesso contro i terzi che non sono proprietari, nè hanno diritti di possederlo in virtù di un altro titolo previsto dalla legge oppure dal contratto".

Esistono diverse interpretazioni di questo comma del Codice. Alcuni civilisti insistono che con questo articolo viene fissato un analogo dell'azione Publiciana del diritto romano. Gli altri pensano che qui si tratta della difesa possessoria.

La discussione ha delle conseguenze pratiche di una certa importanza, perché la Publiciana nella dottrina romanistica viene sempre qualificata come uno strumento petitorio, difendente il *possessio ad usucapionem* come un diritto reale relativo. La stessa qualificazione determina il campo dell'applicazione della detta azione.

Ulpiano scrisse che "*Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit (D.6.2.7.6.)*", e che "*In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus*" (D.6.2.7.6.). Così la Publiciana come azione reale va applicata contro tutti i terzi (*erga omnes*) ad eccezione del proprietario.

Al contrario, la difesa possessoria nel senso proprio romanistico garantisce protezione giuridica ad ogni possesso indipendentemente dal suo carattere, anche se lo stesso fosse di mala fede e vizioso, come lo è, per esempio, il possesso clandestino o violento. Secondo Venuleo: *Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet (D.41. 2. 53)*.

Per questa ragione la qualificazione di ogni possesso di fatto, come diritto reale, diventa assolutamente impossibile, malgrado la sua protezione giuridica contro attentati dei terzi.

La personalità del possessore è considerata come oggetto della difesa possessoria nella dottrina dai tempi di Savigny, perché la concezione del possesso stesso come oggetto da difendere con gli interdetti possessori è inammissibile dal punto di vista della logica.

Nei limiti di questo schema il fatto di commettere violenza contro la volontà dell'uomo diventa la base essenziale per la difesa possessoria.

Per questo motivo gli interdetti possessori sono sempre personali. La richiesta di ricupero del possesso nasce dall'attentato alla personalità del

*Comunicare științifică susținută la al XI-lea Colocviu al romaniștilor din Europa Centro-Orientală și Asia, organizat la Craiova, de Facultatea de Drept a Universității din Craiova, în noiembrie 2007

possessore, cioè *ex delicto*. Il delinquente è obbligato a restituire il possesso. Questo suo obbligo ha carattere delittuoso, e non può essere legato alla cosa (*in rem scripto*).

Quindi lo strumento della difesa possessoria diventa inapplicabile, se il predone avesse già consegnato il possesso preso ad un' altra persona, che possiede la cosa col titolo putativo, siccome "*Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt (D. 43.1.3.)*" Contro un terzo si può intentare soltanto azioni reali come la rivendicazione oppure Publiciana.

Ma bisogna tener conto, che il diritto del possesso *ad usucapionem* sparisce insieme alla Publiciana nel momento dell'acquisizione dello stesso possesso da un terzo in buona fede. Per questa ragione, infatti, la Publiciana vale solo contro un *malae fidei possessor*, il quale già nel momento di acquisizione del possesso sapeva della viziosità del proprio titolo di possesso. Tale potrebbe essere, per esempio un compratore consapevole della cosa rubata.

Così la qualificazione dell'azione nata dal comma 2 dell'art. 234 del Codice Civile Russo come strumento di difesa possessoria oppure viceversa petitoria determina la sua natura giuridica come azione personale o quella reale. I fautori della presenza della difesa possessoria nel detto comma del Codice Civile Russo potrebbero – magari - dire, che nei codici moderni le azioni possessorie hanno già lo stesso carattere della Publiciana romana. Adesso non solo il predone stesso, ma anche qualsiasi terzo dopo aver acquistato da lui il possesso in mala fede va passivamente legittimato per le azioni possessorie.

Ma se prendiamo in considerazione le base dottrinale dell'attuale ampliamento del settore di applicazione di queste azioni, potremmo vedere, che esso viene inammissibile per la privatistica della Russia.

Infatti, le azioni possessorie furono trasformate in quelle reali nel diritto canonico medievale, il quale dichiarava ogni possessore di mala fede *fautor delicti* cioè complice del predone.

Ma la stessa costruzione sembra inaccettabile nel diritto russo attuale, il quale differisce il predone e, per esempio, il compratore della cosa rubata come due figure diverse.

Nell'Ottocento fu proposto un altro schema dogmatico per appoggiare il carattere assoluto dato alle azioni possessorie. Alcuni autori (per es., La Volpe, Appleton) insistevano che gli interdetti possessori romani non hanno nulla di comune con le azioni possessorie dei codici moderni, perché anche queste ultime rappresentano una specie della Publiciana.

Il detto modello è nato grazie alla presenza nei codici moderni della prescrizione acquisitiva straordinaria di 30 anni, priva di tale requisito necessario del possesso *ad usucapionem* che è la buona fede.

Così ora anche il possessore di mala fede viene considerato *possessor ad usucapionem*, perciò si può ritenere che ogni possesso è un diritto reale, essendo protetto dall'azione reale.

Il diritto russo vigente non contiene la prescrizione straordinaria, ma questo discorso illustra chiaramente l'impossibilità di un'azione possessoria reale senza riconoscere il diritto reale come oggetto della sua protezione.

Alcuni partigiani della difesa possessoria nel diritto russo vigente hanno preferito di seguire per la via di Rudolf Jhering. Loro insistono che la stessa difesa serve *par excellence* a difendere il proprietario, perché quest'ultimo ha bisogno di una difesa operativa e provvisoria del suo possesso senza onere della prova del suo diritto.

Ma prima di tutto si può notare che non esiste nessun regolamento speciale di procedura per un esame urgente dell'azione prevista dal comma 2 dell'art. 234 del Codice Civile Russo.

Per questo motivo quest'ultima viene esaminata a pari della rivendicazione, cioè con le stesse lungaggini proprie alla procedura civile ordinaria.

Inoltre è ben noto, che le difficoltà probatorie della rivendicazione del diritto russo siano solo mitiche, perché la presunzione del diritto di proprietà del rivendicatore è stata riconosciuta già nella giurisprudenza sovietica, e sopravvive fin'oggi.

Essa è praticamente necessaria anche senza sua fissazione formale nella legge, perché permette di evitare la scomoda procedura della cosiddetta *probatio diabolica*, che potrebbe bloccare una difesa vera e propria di ogni diritto nelle condizioni del veloce giro commerciale.

E' vero che anche con questa presunzione un proprietario può essere interessato di intentare la causa non come tale, ma come *possessor ad usucapionem*.

Ha motivi di far questo soltanto se ha paura di non riuscire a provare il suo titolo nel caso, se il convenuto nella rivendicazione gli opponesse degli argomenti idonei per contestare il titolo dell'attore.

Infatti la peculiarità del diritto civile russo consiste nel fatto che, a differenza di tanti altri ordinamenti giuridici, la detta presunzione non solo è fissata nella legge, ma neanche riconosciuta nella dottrina come *presumptio iuris et de iure*. Perciò il convenuto può opporre al rivendicatore un riferimento ad *ius tertii*, anche essendo *malae fidei possessor*, e in tal caso l'attore perderà la causa.

Si può dire che in questo senso il diritto russo si appoggia al vecchio proverbio *beati possidentes*, perché nella situazione descritta il convenuto *qui possidet quia possidet* conserva la sua posizione di fatto. Inoltre, secondo il diritto russo il giudice può negare l'azione *ex officio* se troverà la rivendicazione fondata sul titolo nullo.

Dall'altro lato, la detta presunzione dà opportunità di difendere il loro possesso tramite la rivendicazione anche ai possessori illegittimi, se il convenuto, nonché il giudice, non hanno nella loro disposizione prove confutatorie per il

diritto dell'attore. Ancora i civilisti sovietici riconoscevano questa circostanza, ma davano ad essa poca importanza.

Frattanto la constatazione dello stesso fatto condusse molti giuristi francesi e quegli italiani dell'Ottocento (C. Ferrini, C. Appleton ed altri) alla conclusione, che la rivendicazione degli ordinamenti giuridici moderni, e la *rei vindicatio* del diritto romano classico fossero simili soltanto nella loro denominazione. Infatti, secondo loro l'azione Publiciana rappresenta un vero e proprio prototipo della rivendicazione moderna, siccome richiede solo di provare lo stato giuridico dell'attore, sufficiente per l'usucapione, cioè il suo possesso.

E' poco importante se l'attore fosse proprietario vero o no, ma la rivendicazione è possibile se lui ha perso il possesso e il possessore attuale non può provare un titolo uguale (cioè *possessio ad usucapionem*) oppure quello prevalente (cioè il diritto di proprietà).

Da questa discussione teorica risultava che la proprietà in realtà non ha qualità di assolutezza, invece rappresenta un diritto relativo. Per questa ragione una persona può essere riconosciuta proprietario in una causa, ma poi perdere questo stato in un'altra lite.

Per esempio, se qualcuno ha comprato una cosa rubata e poi essa gli è stata rubata di nuovo, si può rivendicarla nonostante la mancanza del diritto di proprietà dell'attore.

Ciò nondimeno il rivendicatore vittorioso non può opporre il riferimento sull'accertamento del suo diritto di proprietà in questa lite come la pregiudiziale in una eventuale lite conseguente contro il padrone iniziale della stessa cosa. Lui è proprietario in relazione a tutti gli altri, ma ad eccezione di quest'ultimo.

Questo concetto corrisponde di principio alla teoria specifica della relativa nullità del negozio giuridico, costruita nel diritto francese, secondo cui un titolo nullo nei riguardi di quantità limitata di persone rimane valido nei riguardi di tutti gli altri.

L'esempio riferito dimostra la debolezza dell'argomentazione di P. Bonfante, di C. Brezzo e di qualche altro giurista, i quali insistevano che nei sistemi giuridici moderni il diritto di proprietà - a differenza del diritto romano - non ha bisogno della *probatio diabolica* per provarlo come diritto assoluto.

I loro argomenti si basavano sulle norme degli ordinamenti giuridici moderni, che difendono gli acquirenti di buona fede, riconoscendoli come proprietari.

Ma teniamo conto che non esistono sistemi giuridici nei quali una simile tutela di buona fede dell'acquirente sarebbe incondizionata e senza riserve. In particolare l'acquirente della cosa rimane sempre senza tutela se il possesso del possessore precedente fosse perso da esso involontariamente.

L'analogia con la Publiciana romana permette di accordare l'indicata relatività del diritto di proprietà, determinata dagli aspetti processuali della sua difesa, con l'assolutezza teorica dello stesso diritto.

In fin dei conti la scadenza dell'usucapione trasforma la posizione relativa del possessore in quella assoluta, la quale in realtà è sufficiente per opporla a qualsiasi terzo. Così la prescrizione acquisitiva diventa regina delle prove nella procedura civile.

I creatori dei codici civili del gruppo germanico sono riusciti ad evitare la confusione della rivendicazione e Publiciana, che presuppone la relatività inevitabile del diritto di proprietà.

Sia il Codice Civile Generale Austriaco (ABGB), sia il Codice Civile Tedesco (BGB) includono nei paragrafi speciali l'azione del possessore di buona fede che è in essenza un analogo della Publiciana. Si tratta dei §§ 372 - 374 del ABGB e dei §§ 1006 - 1007 del BGB.

E' vero che essa si fonda formalmente sulla presunzione del diritto di proprietà dell'attore, ma quest'ultima rappresenta *praesumptio iuris et de iure*. Un riferimento ad *ius tertii* non può essere opposto dal convenuto nella causa.

Così si può dire che il principio della Publiciana è stato realizzato nei codici moderni in due modi. In alcuni codici esso è nascosto nella rivendicazione stessa, fondata sulla presunzione del diritto di proprietà dell'attore.

Negli altri l'azione di tipo della Publiciana esiste separatamente dalla rivendicazione. In questo caso si riconosce una certa posizione giuridica intermedia tra la proprietà e il mero possesso come fatto.

Questo stato giuridico viene denominato come un diritto reale limitato dell'acquirente di buona fede, capace di trasformarsi in una proprietà vera e propria dopo la scadenza dell'usucapione.

La peculiarità del diritto russo vigente consiste tanto nel mescolamento dei due schemi, quanto nella mancanza della difesa possessoria che presupporrebbe la protezione del possessore di mala fede a pari degli altri. Questa costruzione che magari può sembrare tanto strana nello specchio del diritto comparato deve la sua nascita all'assimilazione dei diversi elementi dottrinali stranieri presi senza profonda riflessione sulle loro radici storiche.

La constatazione fatta conferma che per la formazione della dogmatica privatistica odierna l'analisi storica conserva il suo inevitabile valore.