

## INDICE

### Considerazioni preliminari al commento del Capo IV del Titolo II del terzo libro del codice civile (artt. 948 – 951) intitolato “*delle azioni a difesa della proprietà*”.

1. Considerazioni metodologiche.....
2. La proprietà o le proprietà.....
3. Definizione del diritto di proprietà.....
4. Pluralità dei rimedi concessi a tutela della proprietà.....

#### **Art. 948** (*Azione di rivendicazione*)

1. L'azione di rivendicazione.....
2. La legittimazione attiva.....
3. La legittimazione passiva.....
4. Segue: *perpetuatio legitimationis*.....
5. La prova della proprietà: i dati del problema.....
6. Segue: le circostanze storiche che hanno giustificato le due opposte teorie sulla prova.....
7. Segue: l'*onus probandi* grava solo sull'attore e la prova deve essere completa e assoluta.....
8. La responsabilità del possessore: indennizzo o risarcimento del danno, per inadempimento o per fatto illecito.....
9. Segue: la distruzione del bene rivendicato.....
10. Segue: la alienazione del bene rivendicato.....
11. Breve annotazione riepilogativa sulla rivendica.....

#### **Art. 949** (*Azione negatoria*)

1. L'azione negatoria: descrizione del rimedio.....
2. Problemi applicativi: la legittimazione passiva e la questione della prova.....

#### **Art. 950** (*Azione di regolamento di confini*) .....

#### **Art. 951** (*Azione per apposizioni di termini*)

1. Le azioni confinarie.....

## INDICI

- Indice degli autori*.....
- Indice delle fonti*.....
- Indice analitico*.....

Considerazioni preliminari al commento del Capo IV del Titolo II del terzo libro del codice civile (artt. 948 – 951) intitolato “*delle azioni a difesa della proprietà*”.

SOMMARIO: 1. Considerazioni metodologiche. – 2. La proprietà o le proprietà. – 3. Definizione del diritto di proprietà. – 4. Pluralità dei rimedi concessi a tutela della proprietà.

### **1. Considerazioni metodologiche.**

Nell'affrontare il tema delle azioni a difesa della proprietà nel vigente diritto italiano, è bene dichiarare e giustificare, tra le tante alternative possibili, la mia personale opinione circa la struttura, o se si preferisce la definizione (1), del diritto da portare in giudizio.

Per prima cosa, giacché il riferimento al diritto positivo lo impone, desidero esporre alcune riflessioni su quei problemi di metodo che vengono “normalmente considerati noiosissimi e superflui” (2).

Qualsiasi scritto sul diritto vigente e a qualunque genere esso appartenga (monografia, commentario, articolo, nota a sentenza, esegesi a prima lettura) deve riuscire a fare emergere “con il migliore nitore possibile” (3) la tecnica adoperata per supplire alle lacune inevitabilmente presenti nelle proposizioni linguistiche delle disposizioni di legge. Tale trasparenza è necessaria sia a livello di macro sistema normativo (diritto europeo, costituzione, codice) (4) sia a livello di micro sistema legislativo (codice, leggi speciali) (5). Negli ordinamenti vigenti le lacune sono molto più frequenti di quelle che lascia intuire il persistere dell'antico istituto dell'analogia e che possono essere colmate con quel collaudato rimedio. Al riguardo occorre prendere atto che la postulata unità dell'ordinamento contrasta sia con la caotica frammentarietà delle fonti che con quella del pensiero giuridico. Questo contrasto esige una continua ricomposizione. Questo contrasto richiede che siano rese intelleggibili le tecniche adoperate per raggiungere un accettabile grado di condivisione delle

soluzioni interpretative proposte: allo scopo, soprattutto, di consentire un comodo controllo delle argomentazioni utilizzate.

Provo a dare immediata concretezza a questa premessa metodologica.

In tema di rivendica, nel nostro sistema codicistico, si può segnalare uno stravagante silenzio sul problema della prova. Sulla questione ovviamente tornerò più avanti. Per il momento e per meglio delineare la questione di metodo che desidero prospettare, prendo in esame le due soluzioni ipotizzate al riguardo. Se la rivendica è il rimedio diretto al congiungimento della proprietà con il possesso, per un verso, si suggerisce che il giudice debba motivare le sue decisioni a favore di quello tra i due contendenti che ha prodotto in giudizio i titoli migliori. Sul versante opposto si prospetta che il giudice, trascurando le difese del convenuto che può comunque trincerarsi dietro il classico e rozzo insegnamento (6) del brocardo *possideo quia possideo*, accoglierà le richieste dell'attore solo se costui fornisce la prova assoluta del suo diritto di proprietà, ossia se costui, ricostruendo tutti gli anelli dei passaggi, riuscirà a collegare il proprio diritto all'acquisto del proprietario a titolo originario. Altrimenti il possessore va assolto dall'obbligo di restituzione.

La prima soluzione, oggi prevalente, ha dalla sua evidenti ragioni di equità e di praticità. Essa denominata come dottrina *du droit meilleur*, venne sperimentata prima della codificazione napoleonica da alcuni giuristi francesi sempre pronti ad opporsi all'ottuso rispetto del diritto romano e poi confermata dai cultori della *école de l'exégèse*, come la migliore interpretazione del silenzio del *code*.

La seconda soluzione, modellata "secondo il noto schema della *probatio diabolica* di epoca romana" (7), si richiama a quella tradizione storica che è invocata, con evidente rimpianto, come impareggiabile base logica di ogni soluzione.

Il problema della prova è il capitolo cruciale di tutte le trattazioni odierne sulla rivendica. Una scelta comunque si impone. La eventuale e contemporanea vigenza delle due soluzioni appare, infatti, logicamente impossibile, anche perché esse approdano a esiti completamente diversi. Nella fase di avvio del presente commento non è ancora tempo di prendere partito sul tipo di prova che deve fornire l'attore della rivendica. La disputa sulla prova, sintetizzata forse in modo eccessivo, mi serve per chiarire il discorso metodologico che desidero affrontare in queste premesse.

Le due soluzioni prospettate possono considerarsi come archetipi delle due diverse impostazioni da tempo seguite dalla moderna scienza giuridica; soprattutto in relazione ai relativi percorsi argomentativi i quali, per parte mia, sono stati riprodotti con opportune e veniali esagerazioni.

La dottrina del titolo migliore può considerarsi come la scelta paradigmatica di quei giuristi che preferiscono dirsi fautori di una conoscenza scientifica, sistematica o dogmatica del diritto. La

caratteristica saliente del loro modo di argomentare consiste principalmente nella ricerca di valori all'interno del sistema codicistico. Non si appassionano (8) dello spessore storico della questione esaminata che, nel caso di specie, appare assai movimentata, ma sottolineano che la loro proposta interpretativa in tema di prova si lascia preferire all'altra per evidenti ragioni di praticità, di equità e di semplicità. Solo nella loro prospettiva, infatti, i due contendenti nella rivendica si trovano su un piano di assoluta parità. Il giudice, soppesando i titoli prodotti dall'attore contro il possessore con quelli, reciprocamente, prodotti dal convenuto contro colui che si dichiara proprietario, deciderà a favore dell'antagonista che ha presentato il titolo migliore. Al contrario la tesi della prova assoluta gravante sul solo attore si risolve in un ingiustificato irrobustimento della posizione del convenuto e nessuno è ancora riuscito a dimostrare che il possessore o il detentore convenuti in rivendica meritino un simile trattamento di favore (9).

In breve, seguendo i percorsi argomentativi utilizzati dai sostenitori della dottrina del titolo migliore, traspare lo schema ricorrente del loro modo di ragionare. Costoro, nel dettato normativo, individuano preventivamente alcuni valori intrinseci, che, nel caso della distribuzione dell'*onus probandi* nella rivendica, identificano nella parità tra i litiganti. Poi, con evidente tautologia, quello stesso effetto essi lo indicano come fondamento e giustificazione della loro proposta interpretativa (10) la quale, in quanto coincidente con i valori che per loro sono desumibili dalle norme scritte, si lascia preferire alle altre proposte alternative.

La soluzione opposta, quella che assolve il possessore da qualsiasi *necessitas probandi* e che impone al solo attore della rivendica la obbligatorietà della prova assoluta del diritto di proprietà, appare invece come la trama del discorso esemplare che tanto piace ai fautori della conoscenza storica del diritto. Gli estimatori di tale metodologia, a prescindere dai riferimenti al dato normativo, si richiamano alla esperienza giuridica romana che dipingono, con i colori della nostalgia, come un sistema che rispetta i canoni della logica più rigorosa.

Nel dibattito sulla prova nella rivendica si può rinvenire, a mio avviso, la radice delle contraddizioni e dei molti fallimenti che si registrano allorché si insiste nella rigida contrapposizione tra quella che si usa definire conoscenza sistematica o scientifica o dogmatica del diritto e quella che si indica come scienza storica. Questa sorta di incomunicabilità, spesso nascosta da una reciproca e sottile ironia, produce guasti gravissimi. Al postutto basta osservare che la teoria del titolo migliore, contrariamente a quanto pensano i suoi stessi fautori, trova un preciso fondamento testuale nelle fonti del diritto romano; al contrario la soluzione della necessità della prova assoluta (*probatio diabolica*) non risulta espressamente menzionata nei testi della giurisprudenza romana.

Basta questa constatazione per vanificare molti dei luoghi comuni e degli argomenti che i sostenitori delle due opposte soluzioni si rinfacciano. Sarebbe ora di fare tesoro di un insegnamento (11): è assurda la pretesa di fare una scienza pura del diritto, ossia una scienza senza storia, così come è insensata la presunzione di fare una storia pura del diritto, ossia una storia senza scienza. È inammissibile, in breve, la contrapposizione tra conoscenza storica e conoscenza scientifica del diritto.

Si è soliti affermare che è esperienza storica quella in cui l'osservatore non si sente partecipe e a cui contrappone, per conoscerla, la propria attuale esperienza come qualcosa di diverso; si dà studio storico allorché si osserva una esperienza studiata come esterna, come un *quid* da ricostruire. Per converso si dà studio scientifico del diritto quando l'esperienza esaminata è trattata come propria e si tenta di costruirla e non di ricostruirla. I contrasti tra la cosiddetta scienza dogmatica del diritto e il cosiddetto studio storico sono dovuti principalmente al divaricarsi e al fatale specializzarsi delle tecniche dei giuristi che studiano il diritto del passato e dei giuristi che studiano il diritto del presente (12). La crisi di reciproca incomprensione deriva forse dall'abuso della tecnica filologica, da un lato, e dalla pretesa, sul versante opposto, della autosufficienza razionale del diritto vigente come valore assoluto.

La collaborazione tra le due metodologie non solo è necessaria, ma esse risultano molto più simili di quanto appaia a prima vista, a condizione, però, di accettare alcune cautele. L'osservatore attuale di una esperienza giuridica del passato deve tenere conto di un doppio registro: l'esperienza di chi visse come propria quella realtà e l'esperienza dell'osservatore attuale. Non si tratta di difficoltà insuperabili, ma occorre un uso molto prudente delle categorie generali della scienza giuridica contemporanea come, d'altra parte, ci hanno insegnato i grandi maestri della comparazione giuridica. La coordinata temporale, al pari di quella geografica, non deve alterare la sensibilità e l'equilibrio del giurista che sente estranea l'esperienza esaminata. Tali approfondimenti contengono rischi di cui è bene essere consapevoli: è pericoloso utilizzare nozioni astratte indipendentemente dalle esperienze che le hanno prodotte e giustificate; è pericolosa l'applicazione di concetti desunti dall'esperienza attuale ai fini della ricostruzione dell'esperienza storica (13). Il concretizzarsi di questi rischi è evidente quando, nell'analizzare una esperienza diversa dalla propria, il giurista assume un tono apologetico, ossia quando il fenomeno studiato viene considerato come il migliore dei possibili modi di essere.

Non ha senso propendere per una funzione ausiliaria della storia del diritto (14), così come appare assurdo decidere per una funzione ausiliaria della dogmatica (15). Le conclusioni degli studi storici chiariscono l'essenza dei problemi del diritto vigente (16).

Alla luce di queste considerazioni provo a delineare la mia personale opinione circa la definizione del diritto di proprietà, ossia del diritto da portare in giudizio; occorre però affrontare un'ulteriore questione preliminare.

## **2. La proprietà o le proprietà.**

Da oltre mezzo secolo appare prevalente e persuasiva la tesi della pluralità degli statuti proprietari. La missione di frantumare la nozione giuridica della proprietà è diventato un gradevole e fortunato aforisma; un evidente guadagno intellettuale nell'analisi del fenomeno proprietario. È opinione corrente e genuina ortodossia ripetere (17) che nel nostro ordinamento esisterebbero le proprietà (18). Da un sistema ottocentesco fondato su rapporti intersoggettivi (*la* proprietà) si sarebbe passati ad un regime (*le* proprietà) in cui i beni, o meglio, l'uso la organizzazione e il destino delle cose costituirebbero gli elementi rilevanti della disciplina giuridica del dominio.

Una verifica della bontà di simile impostazione si rinviene, dando credito ai suoi sostenitori, nella stessa architettura del terzo libro del codice. Sarebbero previste discipline con diversi livelli di specificità per la proprietà di beni che interessano la produzione nazionale (art. 838 c.c.), per le cose immobili o mobili che presentano interesse storico e artistico (art. 839 c.c.), per la proprietà rurale, per il sottosuolo minerario, per le acque, per le opere idrauliche, per la edificazione e per gli edifici. Una conferma della pluralità dei tipi proprietari cadenzati sulle cose oggetto del diritto sarebbe riscontrabile anche nella Costituzione: la proprietà agraria, delle zone montane, dell'abitazione, del coltivatore diretto, dei beni inseriti nell'organizzazione produttiva.

Di fronte a questa struttura normativa, poiché è sempre la legge a forgiare la proprietà come diritto soggettivo, la scelta del pluralismo definitorio non si ridurrebbe ad un semplice gioco di parole, ma sarebbe frutto di una operazione culturale validissima. Si tratterebbe di una soluzione germogliata dalla intuizione geniale che fosse finalmente giunta l'ora di guardare alle relazioni tra gli uomini e le cose non più dall'alto dei soggetti, bensì ponendosi al livello dei beni e osservando dal basso quel rapporto (19). La infinita varietà dei beni avrebbe imposto la edificazione di più nozioni circa le forme di appartenenza, ciascuna delle quali con una struttura e uno statuto autonomi e diversificati. Soltanto da un'indagine analitica, cadenzata sulla struttura del codice, si può scoprire il contenuto effettivo e variegato del diritto di proprietà che sarà ovviamente diverso per le differenti categorie di beni (20). In questa prospettiva, come è ovvio, il titolare viene sospinto in secondo piano. In breve "la rivolta dei fatti" imporrebbe la conclusione che non vi è una sola proprietà ma, piuttosto, tante proprietà (21).

L'insegnamento pugliattiano, pur assurgendo a punto di svolta apparentemente irreversibile dalla concezione unitaria alla visione pluralistica della struttura dominicale, non ha impedito la sopravvivenza di un discorso unitario sul diritto di proprietà. Come è evidente non si tratta solo di questioni puramente dogmatiche e come tali neutre, ossia prive di indicazioni e di valori metagiuridici (22). Si può affermare che la diversificazione dei tipi proprietari è diventato il simbolo verbale di uno schieramento ideologico contro chi desiderava il ritorno alla proprietà romanistica che, lungi dal rappresentare un concreto esempio storico, veniva vagheggiato come un concetto metastorico ed eterno (23). La medesima connotazione ideologica ha permeato altresì la questione della funzione sociale della proprietà, intendendola come clausola generale di espressione dei valori costituzionali con conseguente e ovvia relativizzazione del concetto di proprietà. Il conflitto e la ricomposizione dell'interesse del proprietario con l'interesse sociale divergono profondamente a seconda della natura del bene oggetto del diritto (24).

Non è mia intenzione discutere una scelta che sembra ormai scontata; non desidero revocare in dubbio un'opinione che fonda sulla varietà delle cose la pluralità dei tipi proprietari. Sono persuaso, però, che esistano molti argomenti che spingano per una definizione unica del dominio. Provo ad elencare quelli che mi sembrano più convincenti.

Per prima cosa vi è da osservare, e spero di dimostrarlo più avanti, che la pluralità delle forme di appartenenza cadenzate sulle diversità dei beni, o comunque su altre linee di demarcazione, fa parte di un contesto storico non coerente con l'attuale sistema proprietario. Comincio dall'inizio.

A Roma, grazie agli sviluppi delle tecniche processuali e ad una prima maturazione della riflessione giuridica che supera le antiche pratiche pontificali, verso la fine del III secolo a.C., emerge la nozione di *dominium*. Si tratta di un potere che si distingue, affrancandosi, dall'onnicomprendente complesso di situazioni giuridiche soggettive di carattere assoluto che alle origini facevano capo al *pater familias* e che si indicavano con la terminologia della *patria potestas*. Dal *pater* si passa al *dominus*. È sempre lo stesso soggetto; è sempre il medesimo titolare di un potere assoluto; però, per designare il nuovo potere, il protagonista viene indicato non con il termine di padre, ma con quello di signore della casa. La riflessione giuridica va alla conquista progressiva dell'astratto: si passa dalle primitive formule processuali del *meum esse* alle nuove concettualizzazioni verbali espresse dall'*habere*. Rispetto alla eterogenea sfera del *meum esse* dell'età patriarcale (*manus, potestas, mancipium*) si introducono nuove differenziazioni che accompagneranno l'esperienza giuridica fino all'età classica. Accanto al *dominium ex iure quiritium* (25) emerge l'altra forma di appartenenza che Gaio (26) chiama *in bonis habere*. Fino al 212 d.C., allorché la cittadinanza romana venne estesa a tutti gli abitanti dell'Impero, i moderni hanno individuato un'ulteriore forma di appartenenza: la proprietà *iure peregrino*. Fuori dalla nostra

penisola per i fondi provinciali, il cui dominio apparteneva formalmente al popolo romano o a Cesare (27), le varie forme di appartenenza dei privati, comparabili in linea di massima con il *dominium* e trasmissibili *mortis causa* e *inter vivos*, vennero genericamente designate con il termine *possessiones*. La situazione diventa ancora più eterogenea nel periodo post classico: si vanno sviluppando un complesso di vincoli che gravano tanto su quelli che secondo gli schemi classici potremmo considerare come i veri proprietari, quanto sui concessionari e subconcessionari “in un crescente intrico burocratico-organizzativo, operante sia per le terre imperiali che per i grandi latifondi privati” (28). Nell’ultima fase si assiste ad una significativa confusione di linguaggi che non è corretto descrivere solo in termini di decadenza o di volgarizzazione: si marca la nuova concettualizzazione degli schemi proprietari con l’uso di una terminologia derivata dai modelli possessori.

In estrema sintesi si può, forse, affermare che la formula gaiana del *duplex dominium* pecca per difetto: nella lunga storia del diritto romano le forme di appartenenza parallele e coeve con il *dominium ex iure quiritium* sono state più di una (29).

Nell’alto medioevo si concretizza, fino alle estreme conseguenze, quello che si era verificato nell’ultimo diritto romano, prima della redazione del *Corpus* giustiniano. Siamo di fronte ad una nuova civiltà che si è soliti definire possessoria. Non si avverte l’esigenza di descrivere la realtà con riferimento a modelli o tipi, ma le forme di titolarità si basano su situazioni effettive e concrete di appropriazione, ossia sull’apparenza, sull’esercizio e sul godimento (*gewere*, *saisine* o *vestitura*) delle cose (30). La proprietà medievale, ammesso che si possa utilizzare questa terminologia, è una entità composita che va studiata al plurale: dipende dalla estrema varietà delle cose e all’interno del medesimo bene si parcellizza in una pluralità di attribuzioni coeve a soggetti diversi. L’appartenenza diviene una entità frazionabile e quindi si ammette la legittimità di più titolarità contemporanee sullo stesso bene ciascuna ricadente su un determinato potere o soddisfacimento che la cosa può assicurare. *Dominia* e *iura in re* (enfiteusi, superficie, concessioni fondiarie a lungo termine, locazioni) non costituiscono contrapposizioni logiche; i diritti che altri hanno sulla cosa non sono concepiti come limiti dei più ampi diritti denominati *dominia*; tutti sono sorretti da una forza accomunante che chiarisce il complesso significato medievale della titolarità (31). A partire dal XII secolo si comincia a catalogare la complessa realtà delle appartenenze con concetti pseudoromanistici: utilizzando le categorie del dominio utile e diretto, si tenta di tornare sul piano della validità e dei tipi. Con il rinascimento, in altri termini, si cerca di dare un’impostazione sapienziale e, per superare la frammentazione possessoria basata sull’uso delle cose, si inventa la distinzione tra il dominio utile e quello diretto e quindi si sperimenta una nozione di un dominio tendenzialmente agli antipodi dell’idea che si era formata nella riflessione dei giuristi romani. Nel

medio evo emergono più forme di appartenenza strutturalmente e contemporaneamente assegnate a diversi e distinti titolari. Nell'ordinamento romano erano invece affiorate alternativamente più ipotesi di poteri esclusivi sulle cose modellate e cadenzate comunque sul *dominium ex iure quiritium*.

Intorno al XVI secolo inizia la storia moderna della proprietà che vedrà nella codificazione francese e, soprattutto, nella pandettistica tedesca il suo punto di arrivo. Quanto la titolarità medievale stava nella sua natura composita e complessa, tanto l'idea moderna della proprietà sta nella sua semplicità (32). Tale qualità impedisce che la titolarità sia condizionata dalla complessità delle cose. La proprietà si trasforma passando da entità modulata sulla infinita capacità di godimento offerta dalle cose a entità dimensionata sul titolare. Della nuova idea di proprietà si rinviene una valida e inoppugnabile certificazione nell'art. 832 c.c. e precisamente nella circostanza seguente: la disposizione contiene una eloquente dissociazione tra il titolo e il suo oggetto. In altri termini, il contenuto del diritto, espressamente programmato nella rubrica della norma, è incentrato sul proprietario, anziché sulla proprietà (33), così come invece sarebbe logico aspettarsi e come d'altronde disponeva l'art. 436 del primo codice unitario sulle orme dell'art. 544 del *code*. Vi è di più. L'art. 832 c.c., se da un lato con il suo riferimento esplicito alle cose (34) sembra volere richiamare “anche il postulato della corporeità dell'oggetto che le fondazioni romane e la virulenta tradizione romanistica sembravano durevolmente cementare” (35), fa emergere che la proprietà è un soggetto in azione. L'esercizio del suo diritto non è tanto la somma di un godere e di un disporre che appare come la sedimentazione della nozione medievale di una titolarità composita e strutturalmente parcellizzata, ma piuttosto una sintesi di poteri che non ha un contenuto identificabile a priori, se non la presenza legittimante, nell'azione, di un interesse del titolare al suo esercizio (artt. 833 e 840 c.c.). La nozione moderna della proprietà e i diritti reali limitati sono divenute realtà antitetiche: i *iura in re aliena* potranno interferire dall'esterno sui contenuti dei poteri del titolare, ma non ne alterano la sostanza. Mentre i diritti reali limitati hanno ciascuno un contenuto ben preciso indicato dal codice, la proprietà moderna ripudia ogni definizione contenutistica. Se la confrontiamo con le altre nozioni proprietarie che l'hanno preceduta nella storia, possiamo concludere che oggi la sua astrattezza è totale. Con la conseguenza logica inevitabile che la nozione moderna della proprietà non può che risultare unica: “astratto ne è il soggetto titolare e astratta è la sua linea portante con una capacità illimitata di tollerare i contenuti più vari; di qui la ridicolezza di chi avesse cominciato ad elencare poteri” (36) o, sul versante opposto, i limiti e gli obblighi dei proprietari.

Si può terminare questa sintetica storia della proprietà affermando che la nostra dottrina più attenta fa mostra di volere immergere nuovamente la proprietà in mezzo alle cose, riproponendo il

fascino delle proprietà al plurale. A me sembra, però, che la storia si è ormai orientata, parteggiando senza equivoci, verso la unicità della sua nozione moderna.

Oltre la storia, provo a proporre altri argomenti che spingono verso una definizione unica del dominio.

Scrivo all'inizio di questo paragrafo che oggi la missione del civilista sembrerebbe indirizzata verso la dissoluzione dell'unità concettuale dell'istituto proprietario. Siamo di fronte a quella che è stata definita la rivoluzione dei fatti. Con sfumature e intonazioni oratorie si raccomanda di guardare finalmente alle relazioni degli uomini con le cose non più dall'alto dei soggetti, ma democraticamente al livello basso dei beni. Con accenti sempre più seguiti si suggerisce di attingere alla "officina delle cose"; si segnala che le evoluzioni giuridiche della proprietà vanno osservate alla luce della "politica delle cose" (37). Se tutto ciò si dovesse realizzare, diverrebbe inevitabile il ragionamento su "le" proprietà. Le numerose discipline giuridiche sarebbero occupate in primo piano dalle cose e il titolare subirebbe inevitabili condizionamenti in funzione dei beni oggetto del suo diritto.

Appare però altrettanto innegabile che, dovendo studiare il diritto di proprietà nella prospettiva della sua tutela giudiziaria, bisogna richiamare in primo piano il titolare e il suo antagonista. Quando in una contesa giudiziaria, che è sempre una questione tra soggetti, si discute il problema proprietario, nella scelta della definizione del diritto sostanziale, è logico sfocare la rilevanza dei beni. È allora preferibile il ritorno ad uno schema unitario. Se, infatti, il pluralismo definitorio è conseguenza di quella rilevante operazione culturale che osserva le forme di appartenenza dal punto di vista delle cose, la nozione di proprietà, questa volta al singolare, si impone, direi per ovvi motivi di coerenza, quando si tratta di esaminare le relazioni intersoggettive che si delineano in una contesa giudiziaria. Dovendo analizzare i profili giudiziari della proprietà, è ovvio che le classificazioni da proporre e le linee guida da seguire vadano cadenzate sulle diverse qualifiche degli antagonisti processuali cui si troverà di fronte il proprietario. A questo punto, solo allo scopo di rendere più agevole la esposizione e senza che ciò significhi una presa di posizione contro la tesi pluralistica, converrà utilizzare della proprietà un concetto unico.

D'altra parte il desiderio di semplificare, scegliendo una nozione unitaria del diritto, deriva da una ulteriore considerazione.

Nella riflessione giuridica moderna ha assunto ormai rilievo fondamentale il concetto di diritto soggettivo da intendere come situazione di potere o di vantaggio attribuita dal diritto oggettivo ai soggetti in ordine a vari loro interessi. La categoria del diritto soggettivo appare ispirata dalle riflessioni giusnaturalistiche elaborate, a partire dagli inizi del XVII (38), intorno al diritto di proprietà inteso come il prototipo dei diritti reali in contrapposizione ai diritti di credito (39).

L'espressione "diritto reale", pur avendo contribuito a migliorare le categorie della scienza civilistica, nasconde molte e pericolose ambiguità. Anche se la terminologia che esprime la realtà è antica e tuttavia utile (40); anche se la nozione di realtà ha un'evidente origine e impronta romane, pur essendo pacifico che nelle fonti romane non si rinviene mai la locuzione né altre indicazioni idonee a enucleare una categoria di diritti reali contrapposta alle obbligazioni (41); anche se con tale terminologia si suole cogliere l'effettivo collegamento del titolare con il suo bene; anche se la realtà sottolinea l'esattezza dell'idea secondo cui il proprietario, a differenza del creditore, non ha bisogno della collaborazione di alcuno per la realizzazione del proprio interesse patrimoniale; anche se tutte le circostanze appena elencate appaiono logicamente fondate, la terminologia della realtà implica un equivoco di fondo che rischia di aggravarsi proprio in tema di studio della tutela processuale del diritto di proprietà.

Al riguardo, per evitare qualsiasi confusione e nonostante il fascino che, ancora e a ragione, circonda il sintagma "diritto reale", è opportuno ribadire un dato assolutamente banale: la proprietà, al pari di qualunque diritto soggettivo, è un rapporto giuridico patrimoniale. Se sulla questione ci esprimiamo con la stessa terminologia adoperata nel codice quando, nell'art. 1321, il legislatore definisce la loro fonte contrattuale, dobbiamo convenire che rapporto giuridico non può significare altro che relazione tra soggetti implicante un potere di un uomo su un altro uomo (42). Si tratta di un potere (diritto soggettivo) che, in quanto disciplinato e regolamentato dalla norma giuridica (diritto oggettivo), si distingue dalla pura violenza o dalla sopraffazione. Nell'ambito dei diritti soggettivi, la differenza tra quelli che chiamiamo diritti reali e quelli che definiamo obbligazioni consiste nella circostanza che i primi si fondano sulla esclusione (*ius excludendi*) degli altri consociati, mentre le seconde si basano sulla collaborazione con gli altri soggetti. Per i primi il potere si caratterizza, quindi, nella possibilità di escludere chiunque da una porzione del mondo esterno; mentre nelle obbligazioni il potere consiste nella possibilità di imporre un comportamento ad un determinato debitore. Nei rapporti del primo tipo, ossia in quelli fondati sulla esclusione, i soggetti che possono subire il potere del titolare risultano potenzialmente indeterminati, o meglio, non individuabili a priori; è questa la loro caratteristica più rilevante ed è appunto per esprimere questa complessa verità che si è da tempo sintetizzato ed utilizzato il concetto di diritto reale. Mai, però, un diritto soggettivo può definirsi concettualmente come una relazione tra un soggetto e una cosa. Al riguardo, se adoperiamo la nozione di rapporto giuridico patrimoniale, che d'altra parte è, lo ribadisco, la medesima terminologia con la quale si esprime il codice, eviteremo di cadere nell'equivoco, banale ma pericoloso, di un diritto soggettivo su una cosa.

Apparentemente tali considerazioni non hanno nulla da spartire con la nozione civilistica della proprietà, sembrano riflessioni interessanti la teoria politica o sociale. In realtà la loro dimenticanza

ha consentito la proliferazione delle proprietà quando, sulla scorta della “cosalità”, si è preferito inseguire le varietà dei possibili oggetti del diritto; come se la essenza della proprietà dovesse coincidere nel suo oggetto e non nel potere che tale diritto attribuisce al suo titolare su gli altri soggetti. Anche per questo ulteriore profilo, pertanto, è consigliabile fondare lo studio delle azioni a difesa della proprietà sottolineando l’importanza e la varietà dei protagonisti della vicenda giudiziaria e scegliendo, come base di partenza, una definizione unitaria della proprietà.

Per confortare questa scelta cade opportuna un’ulteriore avvertenza.

Anticipando un tema che sarà trattato più avanti, in materia di tutela giudiziaria della proprietà, come è stato dimostrato (43), il complesso delle norme distribuite tra i diversi codici presenta scarsa coerenza. All’interno dello stesso codice civile, le disposizioni riguardanti il nostro tema si trovano sparse nei vari libri senza un disegno intellegibile. Al riguardo provo ad elencare, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni casi esemplari. Gli stravaganti passaggi imposti tra il processo petitorio e quello interdittale possono descriversi come “una lotteria di regole operative strampalate” (44). In una simile ed astrusa *chicane* processuale si è da poco cominciato a fare chiarezza: infatti il divieto di opporre le ragioni proprietarie nel giudizio possessorio è in parte caduto sotto il vaglio del giudizio di incostituzionalità (45). Sempre nel conflitto tra il proprietario e il suo principale antagonista, appare ancora enigmatica la linea di demarcazione esistente tra la responsabilità del possessore e quella, concorrente o sostitutiva, da fatto illecito. Non ha ancora trovato un assetto plausibile il tema del concorso delle azioni petitorie con quelle contrattuali e con quelle derivanti da indebito. Il tutto appare come un magazzino di equivoci.

La rappresentazione di una tale confusione è sufficiente a rendere accettabile l’idea di considerare esistente nel nostro ordinamento una nozione unica di proprietà. È tempo, allora, di precisare la definizione unitaria del diritto che intendo porre a base delle successive riflessioni.

### **3. Definizione del diritto di proprietà.**

Avendo sempre riguardo al tema da affrontare che è quello delle azioni a difesa della proprietà, provo ora a indicare la mia opinione sulla definizione del diritto da portare in giudizio. Quasi a smentire quanto ho scritto fino ad ora, osservando il diritto sotto il profilo della sua tutela, è come se nel nostro ordinamento esistessero tre diverse dimensioni di proprietà: quella del codice, la proprietà della Costituzione e, da ultima, quella che va emergendo nel diritto comunitario nonostante la perentoria affermazione dell’art. 295 del Trattato dell’Unione che lascia alla esclusiva competenza degli Stati membri la disciplina proprietaria (46).

La proprietà nel codice, come meglio si vedrà nel paragrafo successivo, appare come un inventario che contiene, elencandoli, tutti i tipi di difese pensabili: tutele restitutorie, inibitorie e confinarie, azioni interdittali e di mero accertamento, rimedi risarcitori da fatto illecito e compensativi derivanti da indebito o da ingiustificato arricchimento, nonché, infine, le tipiche protezioni collegate alle vicende contrattuali che hanno reso l'attore proprietario.

Al confronto la tutela costituzionale della proprietà appare monocorde, riducendosi "il terribile diritto" alla protezione di un semplice rilevatore percentuale del suo valore economico. Ciò che conta nella interpretazione delle norme costituzionali non è la proprietà come insieme di poteri che competono al titolare, ma la proprietà che degrada a mero indicatore patrimoniale la cui entità si misura analizzando alcune variabili della realtà economica contingente e con l'unico limite, verso il basso, che l'indennizzo per il suo sacrificio non appaia simbolico o irrisorio. La illegittimità della sua privazione è comunque sanata da un semplice e parziale ristoro economico.

La nozione di proprietà che va comparando dalle difese approntate dal diritto comunitario, contrapponendosi alla tradizione costituzionale italiana, sembra riproporre la equazione ottocentesca della proprietà con la libertà e con gli altri diritti fondamentali della persona. Ormai da tempo la nostra Corte costituzionale ricorda che le norme comunitarie debbano essere attuate sulla base dell'interpretazione della Corte di Giustizia.

Iniziando dal codice, occorre sottolineare che tanto l'articolo che definisce la proprietà quanto quello che disciplina la rivendica presentano un tratto comune: il nesso inscindibile del diritto e della sua tutela con le cose. Restano quindi fuori dalla nozione di proprietà e della relativa tutela petitoria quelle forme di appartenenza, ancorché caratterizzate dalla esclusività, rivolte a entità non corporali e che impropriamente utilizzano la medesima terminologia come proprietà letteraria o industriale, o proprietà dell'azienda (47). L'espressione "diritto di proprietà", nonostante l'ampiezza del dibattito, può essere usata per indicare la modalità più esclusiva di appartenenza dei beni materiali. Si tratta del diritto patrimoniale più ampio che l'ordinamento possa concedere al privato. Il contenuto del diritto, in relazione alla facoltà di godimento, si può descrivere utilizzando le categorie della pienezza, della esclusività e della assolutezza. Tali qualità, evitando i rischi di una connotazione enfatica, non significano propriamente assenza di limiti, bensì attribuzione al titolare del potere di decidere in concreto i modi di utilizzazione delle cose. L'ordinamento rinuncia, di fronte all'interesse del proprietario, ad individuare a priori il contenuto e le modalità di esercizio del diritto. A questo riguardo, basta osservare, anche superficialmente, la diversa tecnica adoperata dal codice per definire gli altri diritti reali: per i titolari dei diritti parziari è fissato in positivo il modo di utilizzare la cosa altrui.

La tutela dell'interesse del proprietario non appare, nella struttura del diritto, una vaga dichiarazione di principio, ma un requisito essenziale al fine di creare uno spazio controllato di discrezionalità insindacabile in cui possa liberamente e legittimamente manifestarsi qualunque modalità di utilizzazione decisa dal titolare (48). A questo proposito la imprescrittibilità dimostra che l'ordinamento considera rispettabile persino la scelta del proprietario di non esercitare il suo diritto.

Oltre quella di godimento, fa parte del contenuto del diritto la facoltà di disposizione. Questa, a mio avviso, non può essere considerata come una semplice endiadi del potere di godimento (49), né può essere intesa come un semplice sinonimo del potere di alienazione (50). Essa, al contrario, ha una propria rilevanza e consiste, a mio avviso, nel potere di appropriarsi del valore economico del bene. In sede di tutela proprietaria la facoltà di disposizione merita, pertanto, di essere considerata autonomamente se è vero che il titolare, pur rimanendo proprietario e a volte anche nel godimento della cosa, può trasferire ad altri quel potere. I diritti di ipoteca e di pegno dimostrano la doverosa rilevanza concettuale del secondo potere che l'art. 832 c.c. riconosce al proprietario.

Occorre evidenziare che è proprio sulla facoltà di disposizione, intesa nel senso appena precisato, su cui si è andata edificando la tutela costituzionale della proprietà (51). La garanzia costituzionale del diritto ignora le variegate prerogative spettanti al proprietario e si concentra sul valore patrimoniale del bene.

La Costituzione repubblicana, prendendo le distanze dai toni ampollosi degli statuti ottocenteschi, non annovera la proprietà tra i diritti fondamentali e inviolabili (52). La Corte costituzionale si è occupata della materia proprietaria in riferimento alla espropriazione per pubblica utilità e alla relativa indennità, in relazione ai vincoli imposti per esigenze urbanistiche ed ambientali e in occasione delle leggi speciali che sancivano uno svilimento dei canoni locativi. Occupandosi di queste materie la giurisprudenza ha via via individuato gli opportuni criteri di bilanciamento, di proporzionalità e di ragionevolezza per la tutela degli interessi proprietari al momento dell'intervento pubblico o quando essi urtano con altri interessi privati che fanno capo a categorie che meritano speciali protezioni. Alla luce di tali interventi si può affermare che la garanzia costituzionale della proprietà si è coerentemente spostata dal suo variegato e complesso contenuto codicistico, inteso come pluralità di poteri definiti con maggiore o minore enfasi, a un dato meramente economico (53). Da ciò consegue che la garanzia costituzionale della proprietà esclude la tutela petitoria del privato nei confronti dell'intervento pubblico (54). Se la garanzia costituzionale dovesse estendersi all'intero contenuto codicistico della proprietà, ne dovrebbe derivare la illegittimità delle norme lesive della sfera dei poteri riservati al titolare e non già, come sempre è avvenuto, la legittimità dell'intervento pubblico comunque subordinata al pagamento di

una somma di denaro. D'altra parte la presenza nel testo costituzionale del principio della funzione sociale della proprietà ha parimenti escluso che nel nostro sistema possa configurarsi una tutela costituzionale volta a garantire al titolare l'integrità del valore patrimoniale e di mercato dei suoi beni privati (55). Al riguardo occorre osservare, come ha più volte sottolineato la giurisprudenza costituzionale, che livelli troppo elevati di spese nei bilanci pubblici per l'espropriazione di aree private potrebbero compromettere la tutela effettiva di altri diritti fondamentali della persona previsti dalla Costituzione quali il diritto alla salute, all'istruzione, alla casa, nonché recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

In conclusione, nel nostro ordinamento la garanzia costituzionale della proprietà non riguarda il suo poliedrico assetto civilistico, ma unicamente il suo aspetto economico; si trascurano le numerose prerogative tutorie spettanti al titolare e si accentra l'attenzione sul valore patrimoniale dei suoi beni (56).

Vengo ora alla terza dimensione del diritto di proprietà, ossia alla sua configurazione europea. A realizzare tale nozione oggi contribuiscono due distinti ordinamenti che, pur tendendo ad unificarsi, appaiono connotati da un notevole grado di antinomia.

Nella materia del diritto di proprietà, in linea di principio, è esclusa qualsiasi competenza del diritto comunitario. Esiste, infatti, una disposizione perentoria che, introdotta fin dall'inizio della costruzione del nuovo ordinamento e pur cambiando numerazione, è rimasta immutata nell'attuale art. 295 del Trattato istitutivo della Comunità Europea: *“Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”* (57). Su un altro versante del medesimo ordinamento, l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea statuisce, con una disposizione che non esisteva all'inizio della costruzione dello spazio europeo, il rispetto dei *“diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.”*

La incongruenza tra le due disposizioni del medesimo ordinamento comunitario risiede nella seguente circostanza: l'art. 1 del primo Protocollo aggiuntivo (58) della suddetta Convenzione firmato a Parigi il 20 marzo 1952 annovera il diritto di proprietà tra i diritti di libertà, fissando, quindi, una stretta connessione tra la proprietà dei beni e la libertà della persona. Se il diritto di proprietà risulta annoverato tra i diritti fondamentali della persona, diviene inevitabile, come in effetti si è puntualmente verificato, che le Corti europee, ossia la Corte di Giustizia del Lussemburgo (59) e la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo (60), abbiano dettato regole

sempre più precise e dettagliate, anche superando il tenore letterale delle disposizioni normative di riferimento (61).

Si ha l'illusione che l'ordinamento comunitario abbia già inglobato o stia per inserire al suo interno la normativa derivante dalla Convenzione che si suole indicare con l'acronimo C.E.D.U. (62). Allo stato attuale i due ordinamenti rimangono nettamente distinti. Come ha da ultimo ribadito la Consulta con le due sentenze gemelle del 2007 (63), dal punto di vista del nostro sistema costituzionale, ossia ai sensi del primo comma del novellato art. 117 Cost., è corretto includere la normativa C.E.D.U. non tra i vincoli derivanti dall'*ordinamento comunitario*, bensì tra gli *obblighi internazionali*. Non si tratta di una semplice differenza terminologica. Con l'adesione ai Trattati comunitari l'Italia, cedendo una porzione della sua sovranità, fa ormai parte di un ordinamento più ampio le cui norme trovano diretta applicazione nell'ordinamento italiano, con il conseguente obbligo del giudice a disapplicare egli stesso la norma interna non compatibile con quella comunitaria.

La Convenzione C.E.D.U., invece, non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce quindi norme applicabili direttamente negli Stati membri (64). Sempre nel solco della giurisprudenza della Corte costituzionale, occorre rilevare che le norme C.E.D.U., pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie loro sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto. Ed ancora, è opportuno sottolineare che la normativa C.E.D.U. va annoverata tra le norme internazionali pattizie per le quali è da escludere l'operatività dell'art. 10 Cost., primo comma.

Almeno come linea di tendenza, pare che in un prossimo futuro debba imporsi lo spostamento (65) del diritto di proprietà dal novero dei rapporti economici a quello dei diritti fondamentali dell'uomo che sono essenzialmente di natura personale e non patrimoniale. Per la Corte di Strasburgo ci sarebbe un deficit di tutela dei diritti umani nella disciplina della proprietà privata in Italia. Emerge una dimensione o una configurazione europea del diritto di proprietà che sembra richiamare le ideologie liberali del diciannovesimo secolo e che sicuramente appare in contrasto non solo con la Costituzione repubblicana, ma anche con il codice (66).

Sembra di essere di fronte ad una restaurazione, ad "una sorta di orologio costituzionale messo indietro di quasi un secolo" (67). Appare tradito anche lo spirito che, all'inizio, stava a fondamento dei Trattati istitutivi delle varie comunità europee. In quella fase storica l'assenza della materia sociale e delle relative garanzie era bilanciata dalla esclusione, nella competenza comunitaria, del

regime della proprietà privata. Ogni Stato europeo era libero di costruirsi il proprio stato sociale e le proprie tutele dei lavoratori con eguale competenza in materia di legislazione vincolistica in tema di proprietà, volendo riservare alla propria sovranità la configurazione del rapporto tra tutela della proprietà e interesse generale. Se oggi la competenza dell'ordinamento dell'Unione europea ingloba la garanzia del diritto di proprietà in quanto diritto fondamentale dell'uomo, obliterando la dimensione sociale dei rapporti giuridici, è "difficile stupirsi se questa Europa non piace ai cittadini europei" (68).

Le preoccupazioni da più parti manifestate circa le nuove prospettive del diritto comunitario sulle questioni dei diritti fondamentali e sulle loro gerarchie mi sembrano eccessive (69): soprattutto se si ha riguardo alla tutela e alle garanzie offerte dal nostro ordinamento al diritto di proprietà in relazione agli altri diritti della persona. La normativa C.E.D.U., nonostante la ridondanza della nuova sistemazione attribuita al diritto di proprietà, si risolve comunque nel riconoscere al titolare l'assicurazione sulla integrità del valore del suo patrimonio. Allo stato attuale non sembra che le Corti europee riconoscano al proprietario quelle tutele particolari e ben più penetranti che sono normalmente accordate per la lesione delle libertà personali (70).

In conclusione, si può affermare che per il codice la proprietà è la somma di due distinte facoltà che risultano ampiamente garantite da un variegato e vasto catalogo di difese e tutele. Per la Costituzione e per quelle che si potrebbero definire le nuove tendenze del diritto europeo, la proprietà, quando diviene oggetto di un intervento pubblico, si restringe alla sola facoltà di disposizione, intesa come diritto di appropriarsi del valore di scambio del bene, e alla conseguente garanzia della salvaguardia del suo valore. In questa ultima configurazione non è mai garantita la restituzione o la reintegrazione o la tutela inibitoria, ma esclusivamente il valore di scambio della cosa sottratta al godimento del proprietario.

Desidero sottolineare una conseguenza ulteriore che deriva dalle conclusioni raggiunte: si tratta di una deduzione che a questo punto può sembrare oscura, ma i relativi contorni della questione si chiariranno meglio più avanti. Nelle controversie tra privati, venuta meno la possibilità recuperatoria, se all'attore non viene riconosciuto l'integrale risarcimento del danno, vuol dire che non si tratta di una tutela concessa al proprietario.

#### **4. Pluralità dei rimedi concessi a tutela della proprietà.**

Per il proprietario, l'ordinamento nomina una serie di azioni giudiziali al fine di garantirgli, nel modo più pieno ed assoluto, le facoltà di godimento e di disposizione. Nell'elenco è ricompreso un

articolato apparato di provvidenze restitutorie, risarcitorie, compensatorie e inibitorie per tutelare il proprietario da ogni prevedibile tipologia di lesione.

In relazione alle varie esigenze e alle diverse ipotesi di violazione del dominio sono previsti nel codice, nell'apposito capo dedicato alle azioni a difesa della proprietà, rimedi restitutori e risarcitori (art. 948), inibitori (art. 949) e confinari (artt. 950 e 951). Sempre nel terzo libro del codice, in aggiunta alle azioni nunciatorie, sono concesse al proprietario, congiuntamente alla eventuale situazione possessoria, anche le difese interdittali. Sparse nelle più svariate materie si trovano poi azioni di mero accertamento (art. 2653, n. 1), di risarcimento da illecito (art. 2043) e, per prassi ormai consolidata, quei rimedi compensativi derivanti dall'indebito (art. 2033) o dall'arricchimento ingiustificato (art. 2041). Non bisogna dimenticare ancora, vista la presenza nel nostro ordinamento del principio della efficacia reale del consenso legittimamente manifestato (art. 1376), la possibilità di aggiungere, alle azioni appena elencate, tutti quei rimedi comunque collegati alle vicende contrattuali che hanno reso l'attore titolare del diritto. A volere essere meticolosi si possono, infine, citare quelle ulteriori provvidenze che tendono a tutelare il potere di disposizione del proprietario che si è appena spogliato del suo diritto: l'ipoteca legale del venditore di un immobile e il pegno legale che, a mio avviso, è contenuto nell'art. 1519 c.c. possono, senza eccessiva forzatura, essere considerati alla stregua dell'ultima difesa concessa al titolare per la salvaguardia della sua facoltà di disposizione.

Si può affermare che il nostro codice civile, a differenza del suo modello francese consapevolmente silente sul tema, offre il più completo arsenale di tutele che si è andato forgiando nel corso dei secoli (71). Vi è di più: a fronte di ogni immaginabile violazione, è come se il codice avesse predisposto oltre ad una tutela proprietaria, anche un rimedio parallelo di natura diversa. La consegna del bene, ossia il risultato pratico che il proprietario tende a conseguire rivolgendosi al giudice può essere ottenuto, per fare alcuni dei tanti esempi possibili, o con la rivendica o con la richiesta di adempimento dell'obbligo principale di colui che ha venduto all'attore la cosa determinata. Chi ha consegnato in comodato un proprio bene, per ottenerne la restituzione, può invocare la sua proprietà sulla *res*, oppure può pretendere l'adempimento dell'obbligo alla restituzione della cosa che nasce dal contratto di comodato. Se il proprietario subisce molestie o turbative, potrà agire con l'azione negatoria o potrà pretendere il risarcimento del danno in quanto vittima di illecito aquiliano (72).

Si tratta, per la verità, di allestimenti stratificatisi nel corso dei secoli senza apparente coerenza e sedimentatisi con tale abbondanza da ingenerare la falsa sensazione che il legislatore abbia concluso, esaurendolo, l'elenco dei bisogni di protezione del diritto di proprietà. La semplice classificazione dei rimedi pone, d'altra parte, l'interprete dinanzi ad una serie di gravose difficoltà

quando si tratta di individuare l'azione più adatta alla bisogna (73). Anche se nel presente lavoro si prenderanno in esame soltanto le difese nominate, ossia la rivendica, l'azione negatoria e le due azioni confinarie, è facilmente intuibile l'esigenza di un continuo richiamo agli altri rimedi. Per citare il caso più emblematico, è d'uopo segnalare il risarcimento del danno che può pretendere l'attore che ha subito una lesione del suo diritto di proprietà. Il risarcimento, oltre a comparire nelle azioni appena nominate, aleggia nella normativa che regola i rapporti di dare ed avere del possessore tenuto alla restituzione della cosa (artt. 1148 ss.), è previsto nelle azioni nunciatricie, è presente nella responsabilità per fatto illecito (art. 2043) e nella azione di ripetizione dell'indebito (artt. 2037 e 2038) che generalmente si reputa cumulabile con la rivendica (74). È inevitabile, pertanto, che si porrà la questione se nelle varie ipotesi appena richiamate si tratta della medesima nozione di responsabilità o se il risarcimento cambia, nei presupposti e nelle conseguenze, in dipendenza delle difformi e variegate difese attivabili dal proprietario (75).

Le protezioni concesse al proprietario, così come esse risultano dalla esposizione appena fatta, possono raggrupparsi in rimedi *ex proprietate*, *ex contractu* o *ex delicto*. Per rendere agevole e lineare la rappresentazione della intricata materia delle doppie tutele proprietarie occorre prendere posizione sulla seguente alternativa: il nostro sistema è dominato dal principio della stretta tipicità dei rimedi, oppure al proprietario, per difendere il suo diritto, è concesso di cumulare in una unica azione più pretese, anche graduandole fra loro. La prima alternativa comporta, se venisse rigidamente applicata, alcune conseguenze aberranti che è comunque opportuno evidenziare.

Applicando il principio della tipicità e scegliendo di misurarci nel settore delle aride classificazioni, quell'insieme di rimedi può trasporsi nella distinzione tra azioni reali, personali e miste (76). Tale ripartizione potrebbe vantare a suo fondamento un argomento di notevole presa: essa sarebbe fondata, per così dire, su una esigenza di armonia dogmatica (77). Renderebbe facile, infatti, la opportunità di coniugare una classificazione delle varie azioni in perfetta corrispondenza degli analoghi raggruppamenti tassonomici esistenti per i diritti soggettivi. La *summa divisio* tra diritti reali e diritti di credito imporrebbe che solo le azioni reali siano previste a tutela dei diritti reali, mentre per i secondi sarebbero assegnate azioni personali. Da una simile impostazione deriverebbe la seguente e ulteriore illazione: quando il proprietario si presenta sulla scena processuale chiedendo una tutela compensativa o risarcitoria o invocando il titolo su cui si fonda il suo diritto, egli si spoglierebbe della sua titolarità ed entrerebbe nella contesa processuale con qualche altra maschera, la quale dalla effigie proprietaria dovrebbe prescindere per definizione. Il principio della inflessibile tipizzazione delle azioni non avrebbe una rilevanza soltanto teorica. Per individuarne il notevole spessore operativo si è soliti richiamare il problema della competenza territoriale nel caso di esercizio delle azioni reali immobiliari, ossia il criterio del *forum rei sitae*.

Alle azioni personali *ex contractu* o *ex delicto* si applica invece la competenza generale del foro del convenuto.

In conclusione la demarcazione delle azioni in reali, personali e miste, con il conseguente criterio della tipicità dei rimedi a tutela della proprietà, sembrerebbe la guida ideale per una esposizione sistematica della materia. L'intera trattazione sarebbe, allora, enormemente facilitata se ci lasciassimo condurre dal principio della nominatività delle azioni: il proprietario, al momento di attivare la propria pretesa processuale, avrebbe solo l'onere di indicare con precisione, tra le diverse opzioni possibili, il rimedio tipico che intende esperire. Dopo, il tutto dovrebbe procedere nei rigidi e sicuri alvei indicati dal codice per le singole azioni nominate.

Accettare l'esistenza del principio della rigorosa tipicità delle azioni fa sorgere, per la verità, molte perplessità (78). Per evocarle non occorrono molte parole. È sufficiente ricordare il famoso aneddoto, riferitoci da Gaio (79), di quel proprietario che, avendo subito il taglio del proprio vigneto, era destinato a perdere la lite se non avesse usato con precisione i *verba certa* del rigoroso formalismo esistente in tempi assai risalenti. Se Gaio cita un simile esempio per evidenziare il paradosso conseguente al cieco rispetto che avevano i *veteres* per le parole del rito processuale, a maggior ragione risulterebbe oggi insostenibile la pretesa di respingere la domanda del proprietario, sol perché ha erroneamente denominato l'azione intrapresa.

Non ha più senso prospettare un sistema strutturato sulla tipicità dei rimedi processuali (80). Come è stato esaurientemente dimostrato, anche dal punto di vista storico, la distinzione tra azioni reali e azioni personali risulta improponibile. Nel richiamare le pagine che hanno lucidamente dimostrato l'assunto (81), desidero aggiungere un ulteriore motivo che giustifica il rifiuto dell'impiego, nell'ambito delle tutele proprietarie, della coppia classificatoria "reale e personale".

Tale distinzione, richiamando la *summa divisio* tra diritti assoluti e obbligazioni, moltiplica quell'equivoco pericoloso poco sopra denunziato e che si cela dietro l'espressione "diritto reale". La proprietà, quale prototipo dei diritti reali, è descritta come quel potere che, esercitandosi direttamente sulla cosa, ossia senza bisogno della collaborazione di altri soggetti, ed essendo tutelabile contro chiunque, si difende in giudizio con azioni reali. Come contrapposto definitorio stanno e si citano i diritti di credito. Questi, trattandosi di vincoli che fin dalla nascita riguardano persone determinate, sono tutelati da azioni chiamate personali, in quanto assicurano il potere di pretendere che solo un obbligato faccia o non faccia alcunché. Nelle azioni reali, si usa ripetere, non ha importanza il convenuto che può essere chiunque, ma soltanto la posizione dell'attore; il quale, dopo avere provato la sua titolarità, potrà pretendere l'attuazione del suo potere assoluto e diretto sulla cosa, essendo assolutamente ininfluenza la difesa dell'avversario.

Questo modo di impostare la distinzione delle azioni in reali e in personali, cadenzandola su una equivoca classificazione dei diritti da portare in giudizio, conduce inevitabilmente a risultati ambigui (82). Come se la richiesta di risarcimento del danno dovesse necessariamente qualificare il mezzo di tutela prescelto dal proprietario alla stregua di una azione di natura personale. Come se lo stesso codice, nel disciplinare nell'art. 948 l'azione reale per antonomasia, non avesse riconosciuto al proprietario rivendicante, oltre alla restituzione della cosa, anche la possibilità di chiedere il ristoro dei danni subiti. Come se il proprietario, privato del godimento pieno ed esclusivo del suo bene, fosse costretto a presentarsi al giudice in quanto vittima di un atto illecito, dovendo necessariamente provare la colpa o il dolo dell'avversario.

La classificazione delle azioni ha il suo fondamento logico nell'idea che il rimedio processuale debba adeguarsi alla sostanza, reale o personale, del diritto soggettivo da proteggere. Se però la nozione di diritto reale è equivoca, diviene parimenti ambigua, lo si ripete, la distinzione tra azioni reali e personali. Occorre ribadire che il diritto di proprietà è sempre un rapporto giuridico patrimoniale, ossia una relazione tra soggetti e non può essere ridotto ad un potere che si esercita direttamente sulle cose. Sia dal lato attivo che dal lato passivo del rapporto, non esistono diritti soggettivi che non riguardano le persone: i diritti soggettivi sono sempre poteri che si esercitano nei confronti di altre persone. Le quali sono determinate, fin dal momento della nascita del vincolo, nel caso delle obbligazioni; sono potenzialmente tutti i consociati nel caso dei diritti reali. La proprietà non può essere definita (83) come un diritto che tende a soddisfare il titolare a prescindere dalla collaborazione di altri. Se non si abbandona una simile impostazione, si finisce per cadere in pericolosi fraintendimenti. Così come avvenne per i giuristi medievali che identificavano il *dominium* esclusivamente con il *ius vindicandi: dominus dicitur qui rei vindicationem habet*.

Appare allora opportuno lasciarsi guidare dal criterio del cumulo dei rimedi. D'altra parte, come è ormai opinione generalmente acquisita (84), il proprietario può graduare pretese diverse in un'unica azione. Questa possibilità non va intesa come un semplice superamento del rigido criterio della tipicità, ma come concreta facoltà di scegliere tra le varie opzioni esistenti nel sistema; in modo ossia da escludere, entro certi limiti, le ottuse preclusioni ricordateci da Gaio. La tutela restitutoria, tipica del dominio, può allora essere combinata con domande risarcitorie, compensative e inibitorie e con rimedi fondati su titoli negoziali. Ciò non vuol dire che il proprietario, spogliandosi della sua posizione di forza valevole *erga omnes*, si presenta nel processo come titolare di un diritto soggettivo personale, ossia alla pari di un semplice creditore (85).

Una simile conclusione, anche se esatta, non risulta però soddisfacente. Scegliere la teoria del cumulo dei rimedi non aiuta, infatti, ad orientarsi in quell'arsenale di azioni eccezioni e difese elencate all'inizio del presente paragrafo. Il sistema delle tutele proprietarie, con tale impostazione,

assume contorni poco nitidi e la esposizione della materia rischia di diventare caotica o poco coerente.

Al riguardo, pur tenendo fermo il criterio del cumulo, si potrebbe tentare di recuperare alcuni aspetti, estremamente interessanti, dell'opposto principio della tipicità. A questo scopo occorre spostare l'angolo visuale con il quale si è osservato fino ad oggi il concetto di tipicità. Questa, invece che alle pretese dell'attore, va rapportata ai comportamenti di coloro che violano i poteri del proprietario, ossia alle condotte di coloro che sono suscettibili di essere convenuti in giudizio.

È soprattutto nel processo che si scorge l'essenza di tali comportamenti che, su altri versanti, risultano inquadrati in termini di definizioni concettuali come diritto soggettivo o obbligo o rapporto giuridico. Nel processo la realtà si manifesta senza intermediazione concettuale, come semplice fatto storico, come complesso di situazioni dialetticamente prospettate dai contendenti, in contrasti a volte drammatici, per raggiungere una soluzione che trasformi momenti di scontro in situazioni stabilizzate e, almeno tendenzialmente, pacifiche (86).

Se si utilizza questa diversa prospettiva, si scopre che nel corso dei secoli risultano ormai compendiate tutte le condotte che costituiscono una lesione o un attentato alla pienezza del diritto di proprietà. A questo proposito, parafrasando quanto scrisse Jean Domat nella prefazione del suo primo volume (87), si può osservare che per lo spazio di molti secoli si sono raccolti e discussi fatti che hanno prodotto le reazioni dei proprietari, che hanno causato litigi, che hanno concretizzato eccezioni e che hanno fatto emergere regole di cui si sono serviti i giuristi, variandole secondo le varietà che i fatti richiedevano, per condannare le lesioni e per onorare le conseguenti pretese dei proprietari. In breve si può affermare che si sono ormai tipizzati, essendo quasi impossibile immaginarne di nuovi, quei comportamenti che costituiscono lesioni alla proprietà e quelle difese che garantiscano il ristoro del dominio violato.

Sarebbe oggi ridicolo rievocare, tingendolo con i colori della nostalgia, l'affascinante sistema della tipicità che ci proviene dalla fase storica iniziale del diritto romano, ossia di quelle azioni che, secondo la testimonianza gaiana, *in usu veteres habuerunt*. Ma se il modello della tipicità che ci deriva da quella risalente tradizione lo riferiamo ai comportamenti che hanno causato la lite, essi, con il decorso dei secoli, appaiono ormai socialmente schematizzabili. La storia ha tipizzato non le azioni ma il catalogo delle lesioni cui può andare incontro il titolare. Diventa allora interessante porre come criterio guida della successiva esposizione gli insegnamenti che ci offre la storia concettuale formatasi attorno alle condotte di coloro che, avendo compromesso con varie modalità la pienezza del dominio, possono essere convenuti in giudizio per vedere riaffermati gli esclusivi poteri di godimento e di disposizione che competono al proprietario.

Sono opportune alcune ulteriori considerazioni. Pur avendo scartato la rigida contrapposizione classificatoria tra azioni reali e azioni personali, deve ammettersi che esiste una certa coerenza tra diritti e rimedi processuali. Quando è previsto un rimedio specifico, quali sono, in materia proprietaria, quelli restitutori o risarcitori o inibitori, risulta ovvio che l'ordinamento concede tale tutela adeguandosi alla concreta lesione delle utilità connesse al diritto da proteggere. I diritti da portare in giudizio non devono, quindi, essere osservati nella loro struttura formale, bensì in riferimento alla protezione delle utilità oggetto del diritto. Ne consegue, osservando il risvolto della questione, che è anche importante fissare la lesione apportata dal potenziale avversario e a tale stregua vagliare le tutele che offre l'ordinamento per quel prevedibile attentato.

Questo progettato piano di ricerca trova conferma nella stessa architettura del codice quando si ordina la materia delle difese proprietarie. Ad iniziare dalle lesioni più radicali e pericolose (rivendica), passando da quelle generiche (risarcimento) a quelle fondate su altro titolo (arricchimento), ogni tutela regolata nel codice per fronteggiare le violazioni del dominio, non è altro che uno dei tanti mezzi previsti per far rispettare la proprietà, così come questa risulta concretamente strutturata nel nostro ordinamento.

Con piena ragione, quindi, la trattazione della materia delle azioni a difesa della proprietà può, anzi deve, iniziare dalla rivendica. Con tale azione è stato realizzato uno strumento processuale perfettamente calibrato per contrastare la più grave delle violazioni che può subire il diritto di proprietà.

## AZIONE DI RIVENDICAZIONE

*Il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o detiene e può proseguire l'esercizio dell'azione anche se costui, dopo la domanda, ha cessato, per fatto proprio, di possedere o detenere la cosa. In tal caso il convenuto è obbligato a recuperarla per l'attore a proprie spese, o, in mancanza, a corrispondergliene il valore, oltre a risarcirgli il danno.*

*Il proprietario, se consegue direttamente dal nuovo possessore o detentore la restituzione della cosa, è tenuto a restituire al precedente possessore o detentore la somma ricevuta in luogo di essa.*

*L'azione di rivendicazione non si prescrive, salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione.*

SOMMARIO: 1. L'azione di rivendicazione. – 2. La legittimazione attiva. – 3. La legittimazione passiva. – 4. Segue: *perpetuatio legitimationis*. – 5. La prova della proprietà: i dati del problema. – 6. Segue: le circostanze storiche che hanno giustificato le due opposte teorie sulla prova. – 7. Segue: l'*onus probandi* grava solo sull'attore e la prova deve essere completa e assoluta. – 8. La responsabilità del possessore: indennizzo o risarcimento del danno, per inadempimento o per fatto illecito. – 9. Segue: la distruzione del bene rivendicato. – 10. Segue: la alienazione del bene rivendicato. – 11. Breve annotazione riepilogativa sulla rivendica.

### **1. L'azione di rivendicazione.**

La storia, richiamando le soluzioni proposte nel paragrafo precedente, ha standardizzato non i rimedi processuali, ma il catalogo delle violazioni cui può andare incontro il proprietario. Se si osservano sperimentalmente quei comportamenti che ledono il più importante dei diritti patrimoniali, si può affermare, con buon fondamento, che tutti sono riconducibili a modelli indagati ormai da parecchi secoli (1). Se il diritto di proprietà attribuisce il potere di godere del bene, “in modo pieno ed esclusivo” come proclama l'art. 832 c.c., è evidente che il nostro sistema deve, per prima cosa, offrire un rimedio processuale che consenta al proprietario di escludere colui che si è interposto nella utilizzazione della cosa oggetto del diritto. Occorre garantire, in altri termini, quella che, volendo ricorrere alla categoria concettuale del diritto reale, si ama definire come una relazione diretta del titolare con la *res* (2).

La fattibilità di questo principio si materializza nell'azione di rivendica.

Nel presentare l'azione, sovente, si affrontano tematiche le cui soluzioni presentano il pregio della ovvietà. Molti studi su questa nobile e antica azione iniziano ribadendo, per esempio, che oggetto della rivendica potranno essere solo quei beni suscettibili di essere posseduti da un soggetto diverso dal titolare. Deve trattarsi, si ama ripetere, di cose corporali tra le quali potranno annoverarsi financo i beni composti e le universalità, ma dovranno escludersi le aziende (3) e le cose generiche o imprecisate, come il denaro, o ciò che attiene alla cosiddetta proprietà industriale, quali marchi e brevetti.

A mio avviso occorre, invece, iniziare l'esame della rivendica evidenziando la seguente e decisiva situazione: l'azione si esercita contro il possessore. Con la rivendica il proprietario cerca protezione contro il possessore. Per una pluralità di motivi che approfondiremo nel corso del

presente commento, il più pericoloso e dannoso avversario del proprietario risulta essere il possessore. L'azione di rivendica, che vede appunto schierati su fronti opposti questi due protagonisti, mira al ricongiungimento del possesso nelle mani dell'attore che ha provato la sua titolarità. Solo se si parte da questa constatazione, si può tentare di avviare a soluzione due problemi ancora aperti e dibattuti: la prova che deve essere fornita dall'attore e la natura della responsabilità cui è tenuto il convenuto soccombente. Della prima questione me ne sono già occupato incidentalmente nelle premesse metodologiche: la tradizione storica e le opinioni che al riguardo si sono formate appaiono assai movimentate (4) e il tema merita, quindi, un ulteriore approfondimento. Sul secondo problema, chi (5) si è occupato dell'argomento ha rilevato che la responsabilità del possessore per i danni causati sulla cosa e il suo eventuale diritto al rimborso per spese di produzione, di riparazione, per miglioramenti e per addizioni, non seguono, rispettivamente, i binari della responsabilità per fatto illecito (art. 2043 c.c.) e dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.) che si è sostanziato nell'appropriazione dei frutti. Anche per questo secondo profilo l'azione di rivendica merita un approfondimento.

Il mio scopo sarà, quindi, quello di fornire un quadro di insieme dell'azione che permetta di formulare due soluzioni plausibili per le questioni ora accennate e per le quali, sono convinto, non sono state fornite risposte appaganti. La mia insistenza nel sottolineare che la rivendica vede schierati, su fronti opposti, esclusivamente il proprietario e il possessore mi consentirà, poi, di contestare un insegnamento ormai consolidato in tema di indebito. L'azione di ripetizione, infatti, è percepita, "presso i nostri studiosi più autorevoli" (6), come un agevole surrogato della rivendica per consentire all'attore di ottenere la restituzione di una cosa determinata.

In sintesi, nell'avviare il commento sulla rivendica non mi sembra opportuno elencare opzioni caratterizzate dall'ovvietà, oppure indagare preliminarmente sulla funzione e sull'oggetto dell'azione (7). Sono persuaso, lo ripeto, che la chiave di volta per impostare in modo appropriato lo studio dell'azione sia quello di chiarire la posizione dei due antagonisti processuali. Se l'attore è il proprietario, e questo appare un dato ovvio ed inequivocabilmente avvalorato da antica e mai smentita tradizione, occorre prendere le mosse dalla collocazione sostanziale del convenuto, ossia dal possessore.

Il possesso, secondo la lettera dell'art. 1140 c.c., è un potere di fatto sulla cosa che *si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà*. Non occorrono altre parole e non servono analisi più sofisticate per comprendere che il possessore del bene altrui violi e comprometta, nella maniera più eclatante, le facoltà che l'art. 832 c.c. attribuisce al proprietario *in modo pieno ed esclusivo*. La pienezza e la esclusività del godimento conferito al proprietario sono incompatibili con l'esistenza di un possesso altrui. Il nostro ordinamento deve necessariamente considerare il

possesso di cosa aliena come un fenomeno oggettivamente antiggiuridico (8). A conferma dell'assunto basta citare la seguente circostanza: financo il possessore di buona fede è segnalato e definito (art. 1147 c.c.) con un lessico implicante censura e disapprovazione. Il possessore di buona fede è colui che, seppure ignorandolo, lede comunque il diritto del proprietario. Per tutto ciò, dunque, il possesso di cosa altrui, in quanto violazione della facoltà di godimento riconosciuta in testa al proprietario, può convenientemente rappresentarsi come un fatto di per sé illecito. Ed in tal modo viene esattamente strutturato quando si scontra con la proprietà.

Tutto ciò spiega perché la rivendica, per la circostanza di dirigersi contro il possessore, costituisca innanzi tutto un rimedio essenzialmente recuperatorio: lo scopo dell'azione, visti i protagonisti della contesa, non può essere altro che la restituzione del bene. Di fronte alla grave lesione rappresentata dal possesso altrui, il proprietario non può che mirare al ricongiungimento del potere di fatto, prima esercitato dal convenuto, con il proprio diritto che gli attribuisce, per l'appunto in modo pieno ed esclusivo, quel medesimo godimento. L'obbligo di restituzione gravante sul possessore soccombente implica, se del caso, anche il dovere di recuperare per l'attore il bene rivendicato e, in mancanza, quello del risarcimento del danno.

Il possesso altrui demolisce in modo evidente le prerogative che l'ordinamento riconosce al proprietario. Se ci fermiamo, però, a queste prime ed ovvie considerazioni, si corre il rischio di non comprendere la gravità della minaccia rappresentata dal possesso alieno e la ulteriore funzione di tutela offerta al proprietario dalla rivendica.

Il possessore non è solo colui che lede il rapporto patrimoniale più esclusivo dell'ordinamento; è anche un soggetto bifronte (9). Il possessore, pur versando in una situazione antiggiuridica se rapportata alla proprietà della cosa, si trova in una posizione che l'ordinamento protegge. Il possesso, ossia la mera relazione materiale con la cosa, è considerato dall'ordinamento come semplice presupposto di effetti vantaggiosi e di salvaguardie a favore del soggetto che si trova in quella posizione; anche a prescindere dalla circostanza che egli sia investito da una titolarità riconosciuta in forza di una forma rituale di attribuzione e di appartenenza del bene. Il possesso, ossia il potere che si manifesta in una attività corrispondente all'esercizio del dominio, viene tutelato anche se tale potere risulti illegittimo ed abusivo. Al possesso, per una serie di rilevanti motivi che non sono di natura logica e che in questa sede non è il caso di indagare (10), viene assicurata comunque una tutela autonoma. Per il bene rappresentato dalla pace sociale, tradizionalmente espressa dal brocardo *ne cives ad arma ruant*, la relazione di fatto esercitata sulla cosa dal possessore risulta tutelata nei confronti di chiunque. A nessuno può essere consentito di farsi ragione da sé. Il conflitto tra un fatto attuale di agevole evidenza, ossia il possesso, e una attribuzione ideale accertabile solo risalendo ad un fatto del passato tutto da provare, ossia la

proprietà, non può che risolversi, almeno provvisoriamente, a favore del possessore (11). Nemmeno il proprietario può permettersi di spogliare il possessore dal suo attuale godimento del bene.

Provo a descrivere, con altre parole, questa intricata situazione che difficilmente trova il paio nell'ordinamento giuridico. Ci troviamo di fronte ad un potere, quello del possessore di cosa altrui, che risulta lesivo di un diritto di proprietà. Al contempo, quel medesimo potere *contra ius* viene tutelato nei confronti di tutti. Anche il proprietario del bene deve rispettare quel potere che si manifesta in una attività corrispondente al suo diritto e quindi, di per se stessa, lesiva della sua piena ed esclusiva facoltà di godimento. Al possessore è assicurata una protezione pronta, efficace e agevole. Soprattutto agevole, in quanto non è prevista, per la sua difesa, la necessità di fondarsi sopra un titolo. Si tratta di una tutela processuale particolarmente forte e incisiva, ma non illimitata. Quando, infatti, sulla scena processuale compare il proprietario con la rivendica, solo allora il possessore deve arretrare di fronte al titolare del diritto. Ma anche in questo caso, la protezione delle ragioni del possessore si manifesta ancora per un'ultima volta: il convenuto soccombente può pretendere di subordinare la definizione delle proprie ragioni per spese, miglioramenti e addizioni eseguite sul bene altrui all'obbligo della restituzione del bene all'attore vittorioso.

Occorre precisare un ulteriore profilo della protezione processuale del possessore. La relazione materiale tra la persona e il bene è il solo presupposto della sua tutela. Tale potere di fatto, in altri termini, non richiede alcun titolo né ha bisogno di appoggiarsi su un'astratta idoneità dello stesso (12). Risulta, quindi, assolutamente irrilevante ogni indagine sul titolo di acquisto che giustifichi eventualmente quel potere di fatto: si può persino concretizzare la esistenza di un possessore di buona fede privo di titolo (art. 1161 c.c.).

Alla luce di queste riflessioni desidero aprire una breve parentesi, richiamando alcune riflessioni iniziali già svolte in tema di prova della proprietà. Annotavo che da tempo si contendono il campo due opposte interpretazioni. Quella prevalente suggerisce al giudice della rivendica di decidere a favore di quel contendente che ha prodotto in giudizio il titolo migliore. Solo in questa prospettiva, aggiungono in seconda battuta i suoi sostenitori, i due antagonisti si troveranno su un piano di assoluta parità; e questo rappresenta, sempre per i suoi fautori, un punto di vantaggio rispetto alla tesi opposta che, invece, fa gravare soltanto sull'attore l'intero *onus probandi* (13). Il criterio del titolo migliore si dovrebbe imporre, sempre a dare retta ai suoi sostenitori, con la duplice forza della logica e della equità: ogni aggravamento della posizione probatoria dell'attore rivendicante implica, infatti, un irrobustimento della situazione del convenuto e allora bisognerebbe dimostrare che il possessore meriti tale favore (14).

Sono convinto che le sintetiche notazioni svolte sulla odierna nozione di possesso siano sufficienti a privare di fondamento logico gli argomenti di coloro che suggeriscono al giudice di premiare, tra i due contendenti nell'azione di rivendica, colui che ha prodotto il titolo migliore (15).

Infatti, se il possesso, come potere di fatto, prescinde dalla esistenza di un titolo sul quale appoggiarsi; se la tutela del possessore, come appare pacifico, non richiede alcun titolo ma la semplice relazione di fatto tra la persona e il bene; se persino il possessore di buona fede può essere privo di titolo; se tutto ciò è vero, allora, sul tema della prova, la dottrina *du droit meilleur* appare immediatamente insostenibile. Se tutto ciò che si è appena analizzato sul possesso corrisponde all'impostazione del codice, non riesco a comprendere come si possa pretendere che il convenuto debba mostrare, anche lui, un titolo giustificativo della propria situazione possessoria; altrimenti, si avverte (16), ove il convenuto non produca alcun titolo, "qualsiasi titolo sfoggiato dall'attore risulterà automaticamente migliore del suo". Né, tantomeno, può invocarsi nel tema della prova il desiderio di rispettare, come lasciano capziosamente trapelare i suoi sostenitori, il principio costituzionale di uguaglianza delle parti in causa. Tralascio, infine, qualsiasi approfondimento esegetico su una curiosa circostanza: nessuno dei suoi simpatizzanti ha mai fornito il minimo ragguaglio o la più elementare precisazione circa i parametri che deve esibire un titolo, perché possa considerarsi migliore rispetto ad un altro (17).

Se le analisi appena svolte sono esatte, si dovrà cominciare ad orientare in un certo modo la soluzione del problema della prova cui è tenuto l'attore in rivendica. La questione dovrà ancora essere approfondita. Sin d'ora però, si può osservare che chi inizia un processo di rivendica si trova davanti ad un soggetto protetto, la cui tutela non si fonda sulla esistenza di un titolo giustificativo di quel potere che corrisponde all'esercizio della proprietà. Questa protezione, per una bizzarra ma inevitabile circostanza del sistema, gli viene offerta e riconosciuta dallo stesso rivendicante. Invero l'attore, per il semplice fatto di esercitare un rimedio recuperatorio e, quindi, non potendo far altro che dirigere la sua pretesa contro chi ha la possibilità concreta di restituire il bene, si trova costretto ad attribuire il privilegio del possesso alla controparte. Per vanificare la posizione del convenuto, colui che rivendica deve necessariamente scalfire quel muro di protezione che circonda il potere esercitato di fatto. Quella prova deve consistere nella puntuale dimostrazione che l'attore possa vantare a proprio favore il potere del diritto soggettivo, ossia la proprietà. Solo allora egli potrà pretendere ed ottenere che, attraverso la restituzione della cosa rivendicata, la situazione di fatto sia resa conforme alla situazione di diritto. In questa dialettica non si tratta di conteggiare, con il gioco delle presunzioni, la distribuzione dei carichi di prova tra i due contendenti della rivendica. Prima o senza quella prova dell'esistenza del diritto a favore dell'attore, la protezione accordata al

possessore deve rimanere ferma (18). Se così non fosse, il possesso non esisterebbe o, meglio, il proprietario e il possessore dovrebbero necessariamente coincidere nella stessa persona.

Chiusa la parentesi sulla questione della prova, torno alla descrizione dell'azione di rivendica. L'attore, come si è verificato, si trova di fronte ad un soggetto che, pur tenendo un comportamento gravemente lesivo del diritto di proprietà, risulta comunque tutelato. La protezione accordata al possessore indebolisce il sistema giuridico costruito intorno alla pienezza e alla esclusività del godimento del proprietario. Solo con la rivendica si può riequilibrare l'assolutezza della proprietà, riaffermando la priorità del diritto sulla cosa, rispetto alla pure opportuna protezione della semplice relazione di fatto. Sono sufficienti le considerazioni svolte per avvalorare la circostanza secondo cui il possesso altrui costituisce la più grave delle lesioni cui può andare incontro il proprietario. Ma il quadro dei rischi che si corrono, quando altri possiedono la cosa, è ancora incompleto.

Occorre aggiungere che il possesso, insieme o anche senza il decorso del tempo, entra in talune fattispecie acquisitive, le quali, se ultimate, sono destinate a vanificare definitivamente il diritto di proprietà che prima spettava ad altri. Se il proprietario non interviene, e la rivendica svolge oggi anche questo ruolo fondamentale (19), non solo patisce una lesione della propria facoltà di godimento, ma potrebbe subire anche la irrimediabile perdita della sua titolarità. Se il proprietario non ottiene la restituzione della sua cosa, dopo un certo periodo di tempo, il possessore, attraverso l'usucapione, diviene egli stesso proprietario. Se si tratta di un mobile, il possesso altrui fa correre al proprietario un rischio ancora più grave: altri, istantaneamente, ossia senza alcun decorso temporale, potranno divenire proprietari grazie a quella fattispecie che erroneamente (20) si suole indicare come la regola del "possesso vale titolo".

Alla luce delle riflessioni svolte si può concludere affermando che il possessore rappresenta il principale antagonista del proprietario. Infatti, volendone enfatizzare l'esposizione, si può scrivere che il possesso di cosa altrui, pur emergendo come una situazione protetta dall'ordinamento, realizza la più clamorosa profanazione della facoltà di godimento ampollosamente riconosciuta *in modo pieno ed esclusivo* al proprietario. A completamento occorre aggiungere che la presenza di un possessore diverso dal proprietario fa correre al titolare il rischio dell'azzeramento del suo diritto sulla cosa.

Il catalogo delle azioni a difesa della proprietà, con piena ragione quindi, può iniziare dalla rivendica. Ebbene, con tale azione, al proprietario viene concesso uno strumento processuale perfettamente calibrato allo scopo di azzerare tutti i rischi, le violazioni, e le inadempienze connesse con il possesso altrui. Sotto questo profilo è possibile ancora condividere quel broccardo di origine medievale secondo cui *dominus dicitur qui rei vindicationem habet*.

## 2. La legittimazione attiva.

La lettera del codice, confermando una storia millenaria, menziona solo il proprietario come attore nella rivendica.

La elementare chiarezza della disposizione ha acceso, quale contrappunto, le riflessioni dei commentatori che hanno sentito il dovere di arricchire con dotte dissertazioni la disarmante semplicità della tradizione. La più intrigante e famosa è, forse, quella misteriosa specificazione contenuta nelle Istituzioni di Giustiniano (21), nelle quali è scritto che, se in generale l'azione spetta al proprietario non possessore, nondimeno esiste un solo caso nel quale chi possiede sosterrà la lite con il ruolo di attore. Più opportunamente, si legge ancora nel brano, il caso sarà trattato con maggiori dettagli nei libri del Digesto. Da secoli gli studiosi cercano invano (22) nei *Digesta* quell'*unus casus*.

In tempi più recenti, si è posta la questione, risolta positivamente, se il nobile nome di *rei vindicatio* possa attribuirsi anche ai rimedi processuali concessi ai titolari dei diritti reali minori per conseguire i possessi corrispondenti, ai sensi dall'art. 1140 c.c., al godimento di loro spettanza (23). D'altra parte, la lettera dell'art. 2653 n. 1 c.c., ove si sentisse il bisogno della prova lapalissiana del superiore assunto, qualifica come rivendiche le domande dirette al rispetto dei diritti reali parziari. Si è precisato ancora che ogni singolo comproprietario può esercitare l'azione senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri comunisti (24). Si è evidenziato, poi, che la rivendica spetta anche a colui che ha acquistato sotto condizione risolutiva, termine finale o con riserva di dominio (25). Su un versante antitetico, vale a dire nel desiderio di svalutare il lusso dell'approccio classico che, per ripetere un linguaggio aulico, si esibiva in arsenali difensivi contenuti in quella panoplia di armamenti fondati sulla proprietà dell'attore, si rimarca che ormai il dominio non è più la prerogativa basilare del nostro ordinamento. Infatti, alla luce dei nuovi strumenti che regolano il commercio internazionale, si è osservato che "il centro dell'interesse si è spostato nettamente dall'investitura piena, al diritto a possedere e disporre del bene; spesso le esposizioni al rischio e alla responsabilità contano più delle signorie" (26).

Contribuisco ad ingarbugliare, anche io, la disarmante semplicità della tradizione sul tema della legittimazione attiva. Se oggi non può esistere alcun dubbio sulla circostanza che solo il proprietario può agire in rivendica, merita qualche riflessione quello che appare come un semplice

corollario della posizione dell'attore e che, con lessico di origine medievale, si suole esprimere con il principio secondo cui *dominus dicitur qui rei vindicationem habet*. È opportuna, infatti, molta prudenza nel maneggiare, nel nostro attuale sistema, la regola secondo cui è proprietario soltanto colui che ha la rivendica.

Al riguardo occorre riconoscere che, a volte, lo stesso codice utilizza tale lessico di natura processualistica per determinare un effetto sostanziale di acquisto: così dispone, per esempio, l'art. 1706 c.c. Il mandante diviene direttamente proprietario delle cose mobili comprate per suo conto dal mandatario che ha agito senza spendere il nome del vero interessato all'acquisto. Al mandante, la qualifica di proprietario non è esplicitamente attribuita dal codice; solo implicitamente può considerarsi titolare della cosa in quanto l'articolo citato gli riconosce, per l'appunto, la legittimazione attiva alla azione di rivendica del mobile acquistato dal mandatario. Anche se il codice adopera tale artificio processualistico in sostituzione della più chiara attribuzione del titolo di proprietario, è necessario essere consapevoli che risulta alquanto pericoloso quell'assioma, quando con esso si vuole impostare in generale il tema della legittimazione attiva alla rivendica. Nel sistema odierno della atipicità delle azioni, la permanenza di una azione tipica a difesa della proprietà, quale è rimasta indubbiamente la rivendica, trova una giustificazione a patto di accettare la seguente precisazione. È vero il principio secondo cui la rivendica può essere esercitata solo dal proprietario; ma non ha senso l'affermazione reciproca sottesa a quel principio e che pretende di individuare nel proprietario solo colui che agisce in rivendica. Provo a rendere più esplicita la considerazione appena fatta.

La rivendica svolge, come si è visto nel paragrafo precedente, diverse funzioni a favore del proprietario. L'azione offre idonee soluzioni ai disparati problemi sollevati dal possesso altrui; ma la sua mansione più rilevante, o meglio, il suo compito basilare, visti i protagonisti della contesa, non può essere altro che la restituzione del bene. Il carattere recuperatorio dell'azione, dando concreta attuazione alla espressione enfatica contenuta nell'art. 832 c.c., serve a garantire al titolare il godimento pieno ed esclusivo della cosa oggetto del suo diritto. Chi agisce in rivendica mira al ricongiungimento del potere di fatto, prima esercitato dal convenuto, con il proprio diritto di proprietà.

Il proprietario, però, per raggiungere il medesimo effetto, ha a propria disposizione un ampio catalogo di rimedi: azioni di adempimento di obbligazioni contrattuali di consegna, azioni personali di restituzione, azioni di caducazione del titolo di trasferimento, azioni di scadenza del termine contrattuale e ancora, e ne fa fede la prevalente dottrina (27), la ripetizione dell'indebito e l'azione generale di ingiustificato arricchimento. Le azioni appena nominate presentano una profonda differenza con la rivendica. Nelle azioni personali l'attore deve provare, per ottenere l'effetto

recuperatorio cui esse naturalmente tendono, eventi che, prescindendo dalla sua titolarità, costituiscano fatti generativi dell'obbligo a carico del convenuto di restituire il bene.

La rivendica si caratterizza, invece, non tanto nel *petitum* che è pur sempre recuperatorio al pari delle altre ipotesi appena elencate, quanto piuttosto nel presupposto della restituzione che è fondata esclusivamente sull'accertamento del diritto di proprietà. In sintesi la rivendica mira alla restituzione sul solo requisito del riconoscimento del diritto di proprietà in testa all'attore. Il paradigma della rivendica quindi si può utilmente riassumere nel modo seguente: accertata la proprietà dell'attore, il processo si deve concludere con la condanna del convenuto alla restituzione del bene (28). Su tale linea di demarcazione la rivendica può facilmente distinguersi dalle azioni personali di restituzione. Anche se, nel medesimo procedimento, le azioni personali possono essere proposte in via subordinata o alternativa con la rivendica; anche se, nel giudizio di appello, le azioni *ex contractu* possono trasformarsi in rivendica e viceversa, occorre evidenziare che dal punto di vista sostanziale la differenza rimane profonda. Nell'azione reale entra in gioco solo la titolarità del diritto e solo questo è tenuto a provare l'attore. Con la rivendica, in altri termini, l'attore consegue la disponibilità materiale del bene con la mera dimostrazione della propria titolarità (29). Nelle azioni personali l'attore, prescindendo dalle questioni della appartenenza del bene, deve documentare gli atti negoziali e la loro eventuale caducazione sui quali fonda la propria pretesa restitutoria (30). Tutte mirano, comunque, a raggiungere il medesimo effetto recuperatorio.

Una conferma della esattezza di questa impostazione si può ricavare dal primo comma dell'art. 1777 c.c. Colui che ha ricevuto in deposito una cosa ha l'obbligo di restituirla sulla base della semplice richiesta del depositante che ha provato l'esistenza del contratto; il depositario non può pretendere che il creditore della consegna dimostri anche di essere proprietario del mobile. Formulando in modo diverso il contenuto della norma citata ed usando una terminologia fondata sulla contrapposizione tra diritto reale e diritto personale, si può affermare che la legittimazione alla restituzione della cosa spetta al depositante, indipendentemente da ogni accertamento circa la esistenza di un suo diritto di proprietà sulle cose medesime. Il diritto alla restituzione deriva infatti dal contratto di deposito ed è un diritto personale del tutto svincolato dal diritto reale sulla cosa.

Accettando una facile accusa di pedanteria, trovo utile schematizzare le riflessioni fin qui svolte sulla questione della legittimazione attiva dei vari rimedi processuali che mirano alla consegna della cosa determinata. La rivendica condivide il risultato cui tende con una serie nutrita di azioni personali: il *petitum*, tanto nell'azione reale quanto nelle azioni personali *ex contractu*, consiste nella condanna del convenuto alla restituzione del bene. È diverso il presupposto della richiesta: quello che i processualisti chiamano *causa petendi* è, nella rivendica, il diritto di proprietà. Nelle altre azioni si concretizza, invece, in una circostanza negoziale. La legittimazione

attiva, per entrambe le categorie di rimedi, può tranquillamente attribuirsi al medesimo protagonista (31). Niente può impedire al proprietario di far valere, anziché la propria titolarità, un fatto negoziale che giustifichi la richiesta giudiziale di restituzione del bene.

Il broccardo di origine medievale secondo cui *dominus dicitur qui rei vindicationem habet*, pertanto, nel nostro ordinamento va accolto e adoperato con molta prudenza.

A questo punto, precisata la differenza strutturale tra l'azione reale e le altre azioni personali di carattere restitutorio, è possibile procedere alla ulteriore discriminazione tra la rivendica e quell'azione che viene chiamata di accertamento della proprietà. Su questo rimedio è interessante un qualche approfondimento.

Le azioni di mero accertamento, ormai generalmente e concordemente ammesse (32), si sostanziano in una domanda giudiziale rivolta ad ottenere una sentenza che dichiari la sola esistenza del diritto di proprietà dell'attore o la estensione del diritto dallo stesso vantato. Il loro *petitum*, ossia, non comprende la richiesta di condanna del convenuto alla consegna del bene. L'azione di accertamento della proprietà si distingue quindi dalla rivendica, nonché dalle azioni personali miranti alla riconsegna, perché essa risulta priva dell'effetto recuperatorio. Appare invece comune la *causa petendi* delle due azioni: anche la rivendica, come abbiamo visto, presuppone l'accertamento del diritto in capo all'attore. In altri termini, il punto di partenza delle domande di mero accertamento della titolarità dell'attore, appare uguale a quello della rivendica, ma si differenzia profondamente dalle domande *ex contractu* di carattere restitutorio. Questa somiglianza della domanda di accertamento con la rivendica è destinata, però, a sfumare se si procede ad un esame più approfondito.

Vi è da osservare, per prima cosa, che l'azione di accertamento del diritto di proprietà è nominata esplicitamente dal codice nell'art. 2653, n. 1. In sede di pubblicità immobiliare, il legislatore prevede la trascrizione delle domande dirette all'accertamento dei diritti reali accomunandone gli effetti con quelli previsti per la rivendica. Sarebbe facile, a questo punto, trarre l'illazione secondo cui la rivendica e l'azione di accertamento della proprietà siano del tutto identiche, se non fosse per l'effetto recuperatorio tipico ed esclusivo della prima. Entrambe le azioni, infatti, presentano una uguale *causa petendi* volta all'accertamento della titolarità in testa all'attore; entrambe producono, nei confronti dei terzi successivi acquirenti dai contendenti, la medesima soluzione della estensione del giudicato. D'altra parte non è difficile ipotizzare i casi in cui sia conveniente esercitare solo l'azione di accertamento e non quella di rivendica. Può, per esempio, agire con l'azione di accertamento e non con la rivendica il coniuge che, in regime di comunione legale, desidera ottenere il riconoscimento della propria contitolarità sugli acquisti compiuti separatamente dall'altro coniuge durante il matrimonio. È abbastanza agevole, in questo

caso, immaginare che l'attore non miri alla immissione nel possesso del bene. Si tratta di osservazioni piuttosto ovvie, ma esse danno lo spunto per un approfondimento in ordine al problema della prova che rimane, comunque, uno dei punti ancora controversi in tema di azioni a difesa della proprietà.

Non bisogna lasciarsi ingannare dalla lineare evidenza delle precedenti osservazioni: si corre il rischio di sottovalutare l'importanza dell'effetto recuperatorio che, tra le due azioni, è esclusivo della rivendica. L'accertamento della situazione di titolarità dell'attore sembra identica; solo che nella rivendica l'accertamento della proprietà è un mezzo che serve al fine di azzerare la protezione accordata dall'ordinamento al possesso del convenuto (33). Nelle azioni di accertamento, al contrario, si tratta di valutare i titoli dei contendenti e nessuno dei due si trova in una situazione di fatto preventivamente protetta.

Quando la giurisprudenza della Cassazione ripete che il rigore dell'onere probatorio nella rivendica va attenuato commisurandolo alle concrete difese prospettate dal convenuto, si insinua il dubbio, confermato ove possibile dalla attenta considerazione dei fatti di causa, che sotto il nome di rivendica si nasconda in realtà una semplice azione di accertamento della proprietà (34). Soltanto per quest'ultima azione, proprio alla luce delle ovvie considerazioni appena fatte, si può invocare, con la duplice forza della logica e della equità, la esigenza di una attenuazione della prova a carico dell'attore e si può accettare il criterio del titolo migliore tra quelli vantati dalle due parti in causa. Entrambi i contendenti, infatti, desiderano eliminare lo stato di incertezza che circonda l'appartenenza della cosa. Se il convenuto non produce alcun titolo giustificativo del proprio diritto, qualsiasi titolo prodotto dall'attore dovrà essere ritenuto sufficiente. Il giudice dell'accertamento, non essendo richiesta in questo tipo di giudizio alcuna condanna, si pronunzierà a favore di quello tra i due contendenti che ha prodotto il titolo più convincente.

Nella rivendica, invece e per come abbiamo verificato nel paragrafo precedente, il convenuto può essere perfino in buona fede, pur essendo sprovvisto di titolo giustificativo del proprio possesso; il quale rimane, comunque, una mera situazione di fatto. Nella rivendica stanno di fronte il titolare del diritto di proprietà e colui che di fatto esercita, ledendolo, quello stesso diritto. Se ciò è vero non ha senso, allora, invocare una comparazione dei titoli dei contendenti se, per definizione, il convenuto della rivendica ne può essere legittimamente e concretamente sprovvisto. Se il possessore non prova alcunché e l'attore non fornisce la dimostrazione indiscutibile della propria titolarità, il giudice della rivendica non potrà e non dovrà condannare il convenuto alla restituzione.

Appare molto probabile che la dottrina *du droit meilleur* si sia sviluppata ed imposta in Francia (35) come meglio rispondente a ragioni di equità e praticità proprio in relazione a domande che, seppure non esplicitamente previste a livello normativo, andavano qualificate, con terminologia

moderna, di accertamento e non di rivendica. Solo per le prime si può convenire che il criterio del titolo tra quelli in contesa riduce la disputa ad una lite individuale tra protagonisti posti allo stesso livello, ossia che dibattono sui rispettivi titoli. Solo per l'azione di accertamento è possibile scorgere uno scopo comune tra i litiganti, che è quello di eliminare lo stato di incertezza inerente alla titolarità. Così come avviene, con estremo vantaggio per i contendenti, nei giudizi confinari.

Nella rivendica, proprio per il suo effetto recuperatorio, proprio perché si scontrano posizioni fondate l'una sul diritto e l'altra sul semplice potere di fatto, proprio perché l'interesse dei due contendenti non può mai incanalarsi nello scopo convergente di eliminare uno stato di incertezza sulle rispettive appartenenze, quel criterio attenuato in tema di prova non merita di essere seguito. Nel dubbio prevarrà, anzi deve prevalere sempre e comunque, la esigenza di protezione della situazione possessoria in atto. Altrimenti il possesso, come situazione distinta dalla proprietà, non avrebbe ragione di esistere.

Si dovrà inevitabilmente cercare il fondamento logico e storico della severità della prova cui è chiamato l'attore della rivendica, ma una cosa deve fin d'ora apparire chiara: la presunta identità della *causa petendi* esistente tra la rivendica e l'azione di accertamento della proprietà diviene evanescente (36) solo se si approfondisce il motivo per cui nelle due azioni è richiesto l'accertamento del diritto a favore dell'attore.

È ormai tempo di concludere le considerazioni svolte sul tema della legittimazione attiva nell'azione di rivendica. All'inizio di questo paragrafo annotavo che il codice ha confermato una storia millenaria: l'azione di rivendica spetta esclusivamente al proprietario. Ho provato a complicare la semplicità della tradizione al solo scopo di evidenziare e risolvere alcuni dubbi che possono profilarsi al riguardo.

Con lo stesso grado di certezza con il quale, ancora oggi, si può ripetere che solo al proprietario è riconosciuta l'iniziativa della rivendica, si può affermare che il *dominus* dispone di altri rimedi per raggiungere le stesse finalità, sia per recuperare il possesso, sia per ottenere un accertamento chiarificatore del suo diritto. In particolare, oltre che con l'azione petitoria, il proprietario può agire, a seconda dei casi, tanto con le azioni personali restitutorie quanto con l'azione di accertamento. Al proprietario che sceglie la rivendica si assegnano caratteristiche profondamente diverse da quelle richieste per le altre difese. Anche sotto il limitato profilo della legittimazione attiva la rivendica assume una sua specificità che consente di distinguerla da azioni che proseguono solo in parte le sue complesse finalità. Anche se nella prassi le azioni appena elencate e che risultano concesse in competizione con la rivendica appaiono prive di una linea netta di demarcazione, la loro differenziazione è meno formale di quanto non appaia ad un esame superficiale. La rivendica, anche nella specifica questione della sua legittimazione attiva, conserva ancora una sua stringente tipicità.

### 3. La legittimazione passiva.

Il connotato essenziale della rivendica consiste, lo ripeto, nella sua funzione recuperatoria. Il convenuto sarà condannato alla restituzione in conseguenza, o meglio, sul semplice presupposto dell'accertamento del diritto di proprietà in testa all'attore. In astratto quindi, chiunque sia provvisto della possibilità di restituire la cosa rivendicata, può diventare il naturale antagonista del proprietario. Si suole ripetere (37) che i legittimati passivi convenibili nel giudizio petitorio potranno allora essere tranquillamente individuati in tutti coloro *qui tenent et habent restituendi facultatem* (38). Oggi, a prestare fede alla lettera dell'art. 948 c.c., il convenuto potrebbe essere indifferentemente identificato in chiunque possiede o detiene la cosa. L'alternativa trova la sua giustificazione, si aggiunge (39), nel disegno del legislatore di sollevare l'attore dalla necessità di indicare con precisione la posizione giuridica del convenuto.

Sul tema desidero segnalare, in limine, un particolare curioso e singolare.

Nel paragrafo precedente annotavo che, a fronte della tranquilla linearità e semplicità riscontrata per secoli sulla materia della legittimazione attiva, incontestabilmente attribuita al solo proprietario, i commentatori (*quorum etiam ego*) hanno sentito il dovere di arricchire con dotte e spesso inutili dissertazioni la disarmante chiarezza della tradizione. Al contrario, poiché sulla lista dei soggetti convenibili con la rivendica si questionava da tempo, le opinioni ormai consolidate non hanno mai formulato dubbi sulla irreprensibilità dell'art. 948 c.c. che individua, tanto nei possessori che nei detentori, gli antagonisti del proprietario che agisce con l'azione petitoria. Per paradosso, ove vi erano certezze sono sorti vani dibattiti; ove da secoli si fronteggiavano opinioni discordi, come sul tema dei soggetti convenibili, si ostentano certezze, trascurando i reali motivi delle divergenze emerse nel passato.

Richiamando alcune considerazioni sviluppate nelle premesse metodologiche del presente commento, reputo opportuno dare conto di alcune difficoltà che nel corso del tempo hanno incontrato i giuristi romani nell'accordarsi sulla lista dei soggetti convenibili nella rivendica. Ciò renderà più agevole la dimostrazione di alcune incongruenze contenute nella odierna disposizione dell'art. 948 c.c. Le opinioni più accreditate ripetono che l'alternativa consentita all'attore di scegliere, per chiamarlo nel giudizio di rivendica, tra possessore e detentore era "negata in diritto romano classico e accolta in epoca giustiniana" (40). Il mantenimento di una simile facoltà di scelta, si suole ripetere, trova la sua ragione di essere nel disegno di facilitare il compito dell'attore

esonerandolo dalla necessità di precisare la natura della disponibilità materiale del convenuto nei confronti della cosa rivendicata.

Non è per niente condivisibile quella diffusa affermazione dei giuristi positivi secondo la quale in diritto romano classico non era consentito all'attore della rivendica di agire sia contro il possessore che contro il detentore. Credo che sia interessante dimostrare l'infondatezza di un simile convincimento, ripercorrendo la documentazione da tempo fornita dagli specialisti (41). L'exkursus va fatto non per spirito polemico, ma, principalmente, per agevolare una meticolosa critica della disposizione contenuta nell'art. 948 c.c. Infatti il dibattito che emerge dal Digesto circa l'accertamento dei presupposti che deve presentare il convenuto per essere condannato alla restituzione del bene rivendicato, consentirà di mettere a fuoco alcune incongruenze riscontrabili nell'articolo del codice ora in esame. A mio parere la possibilità concessa all'attore di chiamare in giudizio per sentirlo condannare alla restituzione, oltre il possessore, anche il detentore era ammissibile e coerente nel diritto romano classico, mentre risulta improponibile nel nostro attuale sistema.

Nel ricostruire quella disputa sviluppatasi tra il primo e il terzo secolo della nostra era (42), occorre avvertire che le soluzioni allora proposte non appaiono per niente come un insieme di regole logiche la cui rievocazione odierna merita di tingersi con i colori della nostalgia (43). Al contrario, proprio come suggeriva Holmes, i riferimenti contenuti nel Digesto fanno risaltare le attitudini e lo spirito eminentemente pratico dei giuristi romani perfettamente calibrati a risolvere casi particolari e relativi alla interpretazione dei termini dell'*agere per formulam petitoriam*. Al riguardo bisogna essere consapevoli come certe tesi e classificazioni enunciate dai giureconsulti romani in termini che possono apparire come precetti generali, non fossero formulate dagli stessi giuristi in tale dimensione, e, pertanto, non sono da intendere in tutta la loro potenziale portata, quali principi e regole universali di diritto (44). In breve occorre essere coscienti che noi moderni, spesso, non siamo informati dei contesti specifici che avevano determinato le affermazioni dei giuristi classici e che estrapolate da quegli ambiti, nelle opere giustiniane, assumono gli ingannevoli connotati di enunciati di carattere generale.

Il Digesto (45), eccerpendo un brano che Ulpiano scrisse nel suo libro XVI del Commentario all'Editto, ci informa che Pegaso, giurista di spicco della *secta* dei proculiani, insieme ad altri giureconsulti, riteneva che l'azione di rivendica comprendesse, ossia potesse dirigersi, soltanto contro quei possessori tutelati dagli interdetti *uti possidetis* e *utrubi*. Si tratta, in buona sostanza, di quel medesimo possesso generalmente utile ai fini dell'acquisto per usucapione (46). Di conseguenza, sempre secondo l'esplicita opinione di Pegaso, non si possono convenire con la rivendica, né il depositario, né il comodatario, né il conduttore, né infine altri soggetti che non

hanno più il paio nel nostro ordinamento attuale. Tutto ciò per la elementare ragione che le persone appena elencate non posseggono: *quia hi omnes non possident, vindicari non posse*.

La impostazione di Pegaso appare agevolmente intellegibile anche per il giurista positivo. Mi riferisco, in particolare, a quello strano riferimento agli interdetti a tutela del possesso in tema di legittimazione passiva nel giudizio petitorio. Al riguardo occorre mettere in risalto, come ci suggeriscono gli specialisti (47), che gli *interdicta*, specie l'*uti possidetis*, svolgevano anche un compito preparatorio per stabilire i contrapposti ruoli nel successivo giudizio di rivendica. Si può pensare, in altri termini e pure con qualche difficoltà dogmatica, che gli interdetti *retinendae possessionis* (48) potevano essere rappresentati e spiegati come strumenti preparatori del processo di rivendica. A chi veniva attribuito il possesso in sede di tutela interdittale, costui assumeva, nel successivo giudizio di rivendica, il comodo ruolo di convenuto (*commodum possessionis*), spostando sull'attore (*petitor*) l'onere di provare l'appartenenza della cosa rivendicata. Chi, in preparazione di un giudizio petitorio, agiva con l'interdetto lo faceva non tanto con lo scopo di recuperare il possesso (*reciperandae possessionis causa*), ma anche con lo scopo di conservarlo (*retinendae possessionis causa*), per acquistare la più comoda posizione di possessore convenuto (49).

Un secolo dopo Pegaso, Gaio nelle sue Istituzioni (50), implicitamente (51), dissente dall'impostazione di quei giuristi (*quidam ut Pegasus*) che pensavano che con la rivendica si potessero convenire solo i possessori. Infatti gli stessi soggetti contenuti nell'elenco di Pegaso come parti non perseguibili con l'azione petitoria (*quia hi omnes non possident, vindicari non posse*), ossia i coloni, gli inquilini, coloro presso i quali si deposita, coloro che hanno ricevuto in comodato, coloro ai quali abbiamo prestato gratuitamente l'abitazione, tutti costoro, secondo Gaio, possono definirsi possessori. Anche a costoro, che posseggono a nome di altri e non solo quelli che possiedono per se stessi, può riconoscersi la tutela interdittale. La situazione possessoria viene attribuita non solo a chi possiede per sé, ma anche ad una circostanza diversa, quella di colui che possiede *nomine alieno*, cioè quale strumento (*ministerium*) di un altro protagonista che è giuridicamente considerato possessore (52). In tale prospettiva, quindi, il possesso di una medesima cosa poteva contemporaneamente essere riconosciuto e attribuito a due soggetti diversi. A volte nelle fonti, per maggiore precisione, la *civilis possessio* si contrappone alla *naturalis possessio* del locatario, del depositario e del comodatario (53).

È appena il caso di annotare che un simile impianto terminologico è lontano dallo schema definitorio del nostro codice attuale.

Tornando al dibattito esistente tra i giuristi romani, Ulpiano, o comunque, per chi ritiene rimaneggiato il passo, l'autore della chiusa di D. 6.1.9., a differenza di Pegaso e dei *quidam*,

ammette che la rivendica possa esercitarsi contro chiunque tiene (*tenet*) la cosa contesa e ne ha la facoltà di restituzione. La rivendica, in altri termini, poteva dirigersi anche contro coloro che con linguaggio moderno, ispirato al nostro codice, chiameremo detentori. La congiunzione avversativa (*tamen*) con la quale nel brano del Digesto si introduce la opinione pegasiana circa l'impossibilità di convenire in rivendica colui che non è possessore (*vindicari non posse*), fa pensare, con buon fondamento, che Ulpiano comunque ne dissentisse.

La dottrina di Ulpiano conduce, quindi, ad una nuova determinazione dell'elenco dei soggetti passivamente legittimati alla rivendica: la semplice *facultas restituendi* al posto della *possessio ad interdicta*. Se non ci fosse stata l'apertura della opinione ulpiana, non sarebbe stata possibile la soluzione equitativa riferitaci dal Digesto (54) in un passo sospettato di ampio rimaneggiamento nel quale Trifonino, richiamando ragioni di giustizia, consente al proprietario derubato di agire direttamente nei confronti del depositario ignaro che le cose gli siano state consegnate dal ladro. A suggello della soluzione proposta, Trifonino cita la medesima opinione manifestata da Marcello. Se il depositario non è un possessore tutelato dagli interdetti, a volere seguire l'opinione di Pegaso, non sarebbe stato convenibile con la rivendica. “Se Marcello fu di diverso avviso, ciò denota quanto meno questo, che ai suoi tempi (II sec. d.C.) la teoria pegasiana presso alcuni giuristi non trovava più seguito” (55). Il riferimento alla opinione di Marcello prova che la citazione difficilmente può essere stata inventata dai compilatori giustiniane. Prima ancora che l'autorità di Ulpiano sancisse definitivamente la nuova impostazione, i giuristi classici avevano incluso (quelli che noi oggi chiamiamo) i detentori nella lista di coloro che potevano subire la rivendica.

Si può concludere questa divagazione storica, affermando che nella rivendica formulare il giudice avrebbe potuto condannare il convenuto in quanto costui aveva la *possessio* del bene. Tale circostanza fu intesa dai più antichi tra i giuristi classici esclusivamente come *possessio ad interdicta*. Mentre per i giuristi classici più recenti (Gaio, Marcello, Ulpiano e Trifonino) i presupposti della legittimazione passiva si realizzavano, non solo nella *civilis possessio* o *civiliter possidere* o *possidere iure civili*, ma anche in quelle situazioni contrapposte che nelle fonti venivano individuate con la terminologia di *naturalis possessio* o di *naturaliter possidere* e che si riferiscono a soggetti che possiedono *nomine alieno*, quali servi, *fili*, comodatari, depositari, locatari, usufruttuari, creditori pignorati, precaristi (56). Alle figure che si trovano nelle situazioni appena catalogate, a volte per maggiore precisione, i giuristi si riferiscono usando i verbi *tenere* o *retinere* o anche *habere* in contrapposizione a *possidere* (57). Sono proprio i verbi *tenere* e *habere* quelli adoperati, non per caso, da Ulpiano per ampliare, in contrasto con la opinione di Pegaso, il catalogo dei soggetti che si possono convenire in rivendica: *qui tenent et habent restituendi facultatem*.

Allora, se sono attendibili i risultati che emergono dalla ricostruzione storica proposta dagli specialisti, non si può condividere l'opinione, oggi piuttosto diffusa tra i giuristi positivi, secondo cui, in diritto romano classico, non sarebbe stato ammissibile chiamare nel giudizio di rivendica, oltre il possessore, anche il detentore. All'inizio dell'età classica è indubbiamente documentata la posizione di alcuni giureconsulti, tra i quali Pegaso, che assegnavano la legittimazione passiva soltanto ai possessori tutelati dagli interdetti *uti possidetis* e *utrubi*. Dalla lista dei soggetti convenibili dovevano escludersi, quindi, i depositari, i comodatari e i locatari: *quia hi omnes non possident, vindicari non posse*. A partire dal secondo secolo è documentata una presa di posizione diversa, per non dire opposta: l'azione petitoria viene concessa anche nei confronti degli esclusi dalla lista pegasiana, perché a costoro era comunque riconosciuta la disponibilità materiale o *naturalis possessio* della cosa rivendicata. Se vogliamo tradurre con un linguaggio moderno la opinione di Ulpiano possiamo scrivere che secondo il grande giurista severiano "il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o detiene".

È proprio questo il modo categorico di esprimersi dell'art. 948 c.c. Se la disposizione appare in linea con il diritto romano classico, essa, a mio avviso, risulta incongruente con il sistema del codice civile. Per la conformazione definitoria del nostro codice, il possesso e la detenzione in diritto classico si mostrano come due nozioni confuse (58); nel diritto postclassico, poi, il possesso si imbroglia ulteriormente comprendendo non solo situazioni di fatto ma anche ipotesi dominicali o profili di appartenenza (59).

Appare chiaro che, seguitando con questo modo di argomentare e di giudicare le opinioni espresse dai giureconsulti romani, si corrono i rischi denunziati nelle premesse metodologiche fatte all'inizio di questo commento. Avvertivo che è pericoloso utilizzare nozioni astratte prescindendo dalle esperienze che le hanno prodotte e giustificate. Osservavo che è rischiosa l'applicazione di concetti desunti da definizioni normative in vigore ai fini della ricostruzione di un'esperienza storica del lontano passato. Sono convinto, nella specie che ora ci occupa, che sia azzardato applicare i moderni concetti di titolarità, di possesso e di detenzione a periodi ed esperienze storiche che seguono altre coordinate. Annotavo che la reciproca incomprensione tra il cosiddetto studio storico del diritto e la cosiddetta scienza dogmatica deriva, probabilmente, dall'abuso della tecnica filologica degli storici e dalla pretesa, sul versante opposto, della autosufficienza razionale del diritto vigente come valore assoluto. Non ha senso prospettare una funzione accessoria della storia del diritto, così come appare assurdo decidere per una funzione ausiliaria della dogmatica.

Eppure sono altrettanto certo che la mescolanza prudente delle due metodologie, ossia impiegare le categorie generali della scienza giuridica contemporanea per esaminare il passato, se usata con consapevolezza e ponderatezza produca grandi utilità. Le conclusioni degli studi storici

chiariscono l'essenza dei problemi del diritto vigente. Questo proprio mi accingo a verificare: il travaglio del diritto romano classico sul tema della legittimazione passiva alla rivendica disvela la presenza di un errore nell'art. 948 c.c. L'errore deriva dalla seguente circostanza decisiva, che analizzerò tra breve: le attuali definizioni normative di possesso e di detenzione non corrispondono più agli omonimi concetti formulati dai giureconsulti romani.

La norma ora in commento, per il fatto di consentire l'esercizio dell'azione anche nei confronti del detentore, rende improponibili ed evanescenti alcune delle mie precedenti considerazioni.

Nel presentare la rivendica, infatti, ho sostenuto l'idea che si tratta della più importante delle difese proprietarie, perché l'azione si esercita esclusivamente nei confronti del possessore. Costui, pur essendo un soggetto protetto dall'ordinamento, rappresenta l'unico e sicuro antagonista del proprietario. Basta leggere l'art. 1140 c.c. per cogliere la dimensione della lesione e la entità del torto che subisce il proprietario in conseguenza del possesso altrui. Il possessore esercita sulla cosa un potere che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà: se ciò si compie, ovviamente, si determina l'azzeramento di quel godimento che l'art. 832 c.c. attribuisce enfaticamente al titolare "in modo pieno ed esclusivo". Ed inoltre, se il titolare non agisce con la rivendica per ottenere dal giudice la restituzione del bene, ossia il ripristino di fatto dei propri poteri sulla cosa, dopo un certo periodo di tempo e a volte anche istantaneamente, correrà il rischio di vedere trasformare un possessore e un usurpatore, che non ha ancora convenuto in giudizio, nel nuovo proprietario del bene che gli apparteneva.

Il detentore non genera, nei confronti del proprietario, nessuno dei rischi appena evidenziati. Il detentore, a cui non è riconosciuta la medesima ampiezza di protezione predisposta per il possessore, esercita sulla cosa altrui un potere come semplice "mezzo" o strumento o *ministerium* di un'altra persona che è il vero possessore. D'altra parte l'attività svolta dal detentore sulla cosa non corrisponde, per definizione, all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Non esistono diritti reali che collimano con i poteri e con i doveri che pertengono ai comodatari, ai depositari, agli inquilini. Mancando tale corrispondenza, il detentore, con il decorso del tempo, non si può mai trasformare nel titolare di un diritto reale. Il detentore, poi, a giustificazione del proprio potere deve sempre esibire un titolo contrattuale (60). Questo è uno dei punti di maggiore differenziazione della detenzione rispetto al possesso. Il possesso, anche quello di buona fede e anche quello necessario per l'usucapione, non richiede un titolo giustificativo del suo venire ad esistenza. Il possesso può iniziare, anche se non esiste un contratto che lo legittimi.

Tornando all'esercizio della rivendica, occorre ribadire che nel nostro ordinamento sono ormai definitivamente banditi, avvalorando così un'annosa riflessione di Gaio circa l'insofferenza *ex nimia subtilitate veterum*, il criterio e la regola primordiale della rigida tipicità dei rimedi

processuali (*ut vel qui minimum errasset litem perderet*). Bisognerà allora riconoscere che l'azione petitoria è sempre proponibile per recuperare il bene presso chiunque ne abbia la disponibilità materiale. Con lo stesso grado di certezza si può convenire che il detentore sia comunque in grado di restituire la cosa rivendicata. Occorre, però, prendere atto che se fra i legittimati passivi si include, come dispone l'art. 948 c.c., anche il semplice detentore, si finisce con lo svilire il paradigma formale della più importante delle azioni a difesa della proprietà.

Lo schema della rivendica si concretizza essenzialmente nella seguente circostanza: nella contesa giudiziaria si affrontano il titolare del diritto patrimoniale più ampio previsto dall'ordinamento e il soggetto più tutelato la cui protezione, per paradosso, dipende soltanto da una situazione di fatto indipendentemente dalla presenza di un titolo giustificativo. Ad un diritto soggettivo (proprietà) si contrappone un mero potere di fatto (possesso) che si autogiustifica per la semplice circostanza di esistere. Occorre, inoltre, prendere atto di una ulteriore singolarità: la situazione di vantaggio al possessore viene esplicitamente riconosciuta dal proprietario rivendicante. La rivendica, diretta a recuperare il bene dal detentore, sarebbe riconducibile ad una semplice azione personale di restituzione della cosa; in un simile frangente l'azione petitoria sarebbe retrocessa ad una disputa tra i rispettivi titoli vantati dai contendenti e non si comprenderebbe il motivo per cui l'attore dovrebbe fornire con rigore la prova di essere proprietario.

L'argomento appena trattato è uno dei punti che più allontana il nostro codice da quello del 1865 che, a ben vedere, appariva ancora coerente e in linea con quanto si verificava nell'ordinamento romano. Se puntiamo la nostra attenzione sulla *possessio ad usucapionem*, tralasciando sia l'*usus* arcaico che la prescrizione acquisitiva del diritto giustiniano, si devono segnalare alcuni dettagli assai significativi. Nello stesso periodo nel quale i giuristi romani discutevano, per il processo formulare dell'età classica, sulla lista dei soggetti convenibili con la rivendica, la divergenza tra la teoria di Pegaso e quella prospettata da Ulpiano si incentrava sulla *possessio ad interdicta*, nel senso che per il giurista della scuola proculiana solo la dimensione di quella tutela giustificava l'assoggettamento alla rivendica e non la generica *facultas restituendi* come poi avrebbe sostenuto Ulpiano.

Pur essendo consapevoli che i classici non ebbero una concezione unitaria del possesso, si può affermare che la *possessio ad interdicta* corrispondeva, grosso modo, al possesso utile per la *usucapio*. Tale tipo di possesso doveva iniziare con *bona fides* (61). La buona fede richiesta nel possessore rivolto ad usucapire fu percepita dai giuristi come un'esigenza di lealtà (62). Contemporaneamente al requisito della buona fede si impose anche una *iusta causa* come limite oggettivo della buona fede che è invece un dato di natura soggettiva e psicologica. La ragione

d'essere (*causa*) giuridica conforme all'ordinamento (*iusta*) per il realizzarsi della usucapione era l'atto giuridico, che con terminologia moderna potremmo chiamare negozio giuridico o atto processuale o atto del magistrato non processuale, che giustifica la buona fede al momento dell'acquisto del possesso cui si collega l'effetto acquisitivo della *usucapio*. Le più frequenti *iustae causae usucapionis* sono indicate nelle fonti con espressioni del tipo *pro emptore, pro herede, pro soluto, pro donato, pro dote, pro legato*. “La particella *pro* può tradursi, in tali locuzioni, con frasi del tipo *in qualità di, in quanto, o similmente*” (63).

Finché rimase in vigore il primo codice unitario, una impostazione simile si ritrova anche per il nostro ordinamento. L'art. 701 del codice del 1865 collegava strettamente la buona fede dell'acquisto, o meglio, dell'inizio del possesso con la esistenza di un titolo idoneo a trasferire la proprietà. Il codice vigente ha profondamente rinnovato tutta la materia possessoria (64). Con una sorta di estremismo logico perfettamente condivisibile, i redattori del codice hanno ordinato che, se il possesso è una mera situazione di fatto, di regola in essa, a differenza di quanto si verifica nei rapporti giuridici, non può svolgere alcun ruolo decisivo la eventuale presenza di un titolo giustificativo del suo inizio. Può accadere, anzi normalmente si verifica, che alla base della immissione in possesso esista un titolo negoziale, ma questo, per somma coerenza, non può svolgere alcun ruolo, nemmeno quello che nel passato serviva per identificare il possessore di buona fede. Anche un contratto nullo, ossia inesistente, può giustificare l'inizio di un possesso avviato all'usucapione (art. 1422 c.c.) (65).

Se queste innovazioni del nostro codice in materia possessoria sono attendibili e degne di essere applicate, appare allora incoerente accumunare, come soggetti convenibili nella rivendica, possessori e detentori. I detentori per essere tali hanno sempre bisogno di appoggiarsi ad un contratto; i possessori, anche quelli in buona fede, non hanno bisogno di giustificare la loro immissione nel potere di fatto con un titolo. Non si tratta di una differenza secondaria o marginale.

La rivendica attivata contro un detentore pone al giudice un tema decisivo, e quindi una *necessitas probandi* a carico dei contendenti, che è incentrato su una contrapposizione di titoli: quello offerto dal proprietario contro il contratto che spiega la detenzione del convenuto. Se uno dei contendenti non fornisce la prova del proprio titolo, l'altro conseguirà la vittoria nella contesa. Nella rivendica esercitata contro un possessore, non si può approvare, alla luce del codice vigente, una sentenza che condanni alla restituzione il convenuto, solo perché quest'ultimo non ha giustificato il proprio potere sopra un titolo (66). Altrimenti sarebbero inutilmente scritte, tra le altre, le nuove disposizioni contenute negli artt. 1147 e 1161 c.c.

A insistere su quello che io ritengo un errore dell'art. 948 c.c., mi spinge ancora una duplice convinzione. In primo luogo credo che i molti equivoci relativi alla proposta generalizzata di

attenuare l'estremo rigore della prova richiesta all'attore della rivendica siano stati ingenerati proprio dalla discutibile previsione del detentore tra i legittimati passivi. In secondo luogo la contraddizione evidenziata nel testo normativo che stabilisce che con la rivendica si può convenire anche il detentore, non riguarda tanto le mie precedenti riflessioni, il che sarebbe ben poca cosa, quanto piuttosto altri articoli del codice.

Come ulteriore prova della inesattezza presente nell'art. 948 c.c., è sufficiente, per il momento, citare il contenuto dell'art. 1777 c.c. dettato per il caso in cui il depositario sia convenuto dal terzo in rivendica. Se fosse sicuro e certo che il proprietario possa agire con l'azione petitoria contro il semplice detentore, non avrebbe senso predisporre, per il depositario, un meccanismo di estromissione dal processo. Se costui con un ordine del giudice può liberarsi dalla rivendica, vuol dire che il detentore non ha la taglia per essere il logico e naturale convenuto nell'azione; vuol dire che il vero motivo del contendere non sussiste tra l'attore in rivendica e colui che, in quanto detentore, può chiedere e ottenere l'allontanamento dal processo. Mi sembra opportuno sul punto un approfondimento, anche se questo conterrà, pur da angolature diverse, qualche ripetizione di considerazioni già scritte.

Chi (67) si è occupato della inclusione del detentore nel catalogo dei legittimati passivi alla rivendica, ha messo in evidenza, forse dimentico della risalente origine della regola, il vantaggio connesso con la conservazione dell'antico insegnamento di Ulpiano. Lo scopo della disposizione sarebbe principalmente quello di facilitare il proprietario rivendicante. A costui, con quel tipo di previsione, si vuole evitare il gravoso impegno di specificare con esattezza nella citazione la posizione giuridica del convenuto in ordine al bene da restituire. È sufficiente che il convenuto sia comunque in una qualche relazione materiale con la cosa oggetto della contesa e non importa se il suo potere sia da qualificare come possesso o detenzione. È solo necessario, si aggiunge proseguendo a illustrare la bontà di quel millenario inserimento ritenendolo invece una conquista dell'art. 439 del nostro primo codice unitario, che il convenuto abbia la possibilità concreta di realizzare lo scopo primario della rivendica che consiste appunto nella restituzione del bene.

A indebolire la coerenza di un simile canovaccio utilitaristico che tende comunque, avvantaggiando l'attore, a difendere la disposizione in esame, si è intromessa una prassi giurisprudenziale (68). A correggere la lettera dell'art. 948 c.c. sono intervenuti opportunamente i giudici che hanno introdotto un nuovo canone "estralegale". Vuoi applicando per analogia altre disposizioni speciali del codice, come il sopra richiamato art. 1777 per il depositario o l'art. 1586 per l'inquilino, e attribuendo ad esse il valore di attuazioni concrete di un principio generale sotteso al sistema; vuoi con una interpretazione restrittiva della lettera dell'articolo in commento, i giudici hanno introdotto, con ottimo fondamento logico, una ulteriore norma di governo del processo di

rivendica che non si trova scritto da nessuna parte. La nuova regola onoraria sancisce, per il caso in cui il detentore effettui la *laudatio auctoris* (69), la estromissione del convenuto dal processo di rivendica.

A prescindere dal frasario delle massime giurisprudenziali che hanno arricchito con ulteriori condizionamenti (70) la esclusione dal processo, graduandoli sull'atteggiamento del convenuto che contesti o meno il proprio dovere di restituire, il detentore ha comunque diritto a non essere parte nel giudizio di rivendica. Di fronte a tale inequivocabile risultato si può concordare che ogni ulteriore discussione sul tema può apparire priva di senso o essere rilevante solo per chi ancora oggi crede alla tipicità della rivendica. Una cosa appare comunque certa: contrariamente a quanto emerge dalla lettera dell'art. 948 c.c., la rivendica può instaurarsi soltanto tra il proprietario e il possessore. Se l'azione viene proposta contro un detentore, nessuno dei contendenti ha interesse alla lite (71). L'affermazione merita, comunque, una riflessione aggiuntiva.

Inizio l'approfondimento dal punto di vista della legittimazione passiva, ossia dal detentore la cui posizione è stata minuziosamente analizzata dalla giurisprudenza che ha orientato la moderna lettura onoraria dell'art. 948 c.c. Se costui, senza nulla eccepire, accetta il contraddittorio della rivendica, corre il rischio di corrispondere il doppio di quanto si poteva ragionevolmente prevedere al momento della conclusione del contratto che ha segnato l'inizio del proprio godimento. In aggiunta alla sicura condanna nel petitorio alla restituzione del bene, dovrà poi risarcire o l'attore o il possessore da cui ha avuto la detenzione. Il detentore, in quanto e finché rimane tale, non ha alternative e non può contestare il proprio dovere di restituire: dovrà riconsegnare il bene al possessore, suo dante causa, oppure riportarlo nelle mani del proprietario. Lo ripeto, se non chiede ed ottiene la estromissione dal processo di rivendica, il detentore potrà subire, nei confronti di due soggetti diversi, la stessa condanna alla restituzione del medesimo bene. Se non eseguirà la condanna nei confronti degli attori vittoriosi, sarà obbligato a corrispondere il valore, oltre a risarcire ad entrambi il danno. Il principio della economia dei giudizi impone, suggerisce ancora quella giurisprudenza, che a seguito della esatta indicazione del vero possessore (*laudatio auctoris*) sia emanato dal giudice il provvedimento di estromissione del precedente convenuto.

Passo ora alla riflessione che attesta, a mio avviso, la mancanza di interesse del proprietario ad agire in petitorio contro un detentore. Per il medesimo principio di economia processuale, la estromissione del detentore dalla rivendica eviterà all'attore di doversi procurare un nuovo titolo esecutivo nei confronti del possessore, di cui il detentore convenuto rimane un mero strumento. Al riguardo bisogna, infatti, attribuire il giusto peso ad un importante rilievo: il possessore non convenuto nella rivendica, dal punto di vista processuale, mai può considerarsi, ai sensi dell'art.

2909 c.c., come successore o avente causa del detentore convenuto. La sentenza ottenuta contro un detentore non può fare stato contro il suo dante causa.

Se poi il proprietario decide di proseguire la rivendica dopo la richiesta del convenuto di essere estromesso, ossia anche quando si è reso conto di avere citato un semplice detentore, deve essere consapevole di correre un rischio insopportabile ed eccessivo: il vero possessore, non chiamato in giudizio, potrà nel frattempo maturare il periodo dell'usucapione. La citazione nei confronti del detentore non interrompe certamente il decorso del tempo nei confronti di chi sta perfezionando una fattispecie di acquisto a titolo originario.

La inevitabile conclusione, dal punto di vista concettuale, è che la rivendica non può avere protagonisti diversi dal proprietario e dal possessore. È frutto di un equivoco inopportuno la previsione legislativa del detentore come antagonista del proprietario rivendicante. Si tratta comunque di una imprecisione da tempo corretta dal nuovo diritto onorario, della cui rilevanza, forse, gli interpreti non ne hanno apprezzato la misura (72).

Le riflessioni svolte sul pensiero dei giuristi romani circa la lista dei soggetti convenibili con la rivendica formulare, mi hanno convinto che le loro tesi non sono più proponibili alla luce delle nuove coordinate definitorie predisposte, per la prima volta, dal codice vigente sia per la materia possessoria che per quella proprietaria. Lo stesso art. 948 c.c., nell'estendere la legittimazione passiva anche al detentore, entra in conflitto con altre disposizioni del codice.

Prima di terminare il presente paragrafo dedicato alla legittimazione passiva, desidero aggiungere un ultimo argomento. Il detentore, se sono esatte le conclusioni raggiunte, non potrà essere l'interlocutore del proprietario che agisce in rivendica. Questa regola patisce un'unica eccezione: quando il detentore ha ricevuto la cosa dallo stesso attore. Si tratta per la verità di una eccezione solo apparente. Infatti se il detentore rifiuta la restituzione al proprio dante causa, per ciò stesso, si è trasformato in possessore, secondo la disposizione contenuta nell'art. 1141 c.c. In tale circostanza la rivendica finisce con il ritornare al suo paradigma consueto. Ho riproposto il caso, dalla soluzione piuttosto ovvia, del convenuto *nomine actoris* (73), per denunciare l'assurdità del requisito a volte imposto dalla giurisprudenza che subordina la esperibilità della rivendica all'evento della perdita involontaria del possesso da parte del proprietario; non ha senso, quindi, negare la operatività della rivendica quando il convenuto ha ottenuto la disponibilità del bene dallo stesso attore (74).

#### **4. Segue: *perpetuatio legitimationis*.**

Per completare l'argomento degli antagonisti convenibili dal proprietario nel giudizio petitorio, bisogna ancora riferire che la rivendica è un'azione, come si dice generalmente, a legittimazione passiva ambulante.

Con tale terminologia si vuole esprimere l'idea secondo cui la identificazione del convenuto dipende dalla attualità della sua posizione possessoria. Ne consegue che, dato il carattere tipicamente recuperatorio dell'azione, qualsiasi modificazione della situazione possessoria determinerà la variazione del soggetto contro cui il proprietario dovrà dirigere la propria domanda.

La questione è emersa soprattutto per respingere le pretese di quei proprietari che, visto scadere il termine quinquennale per la responsabilità da fatto illecito di colui che ha distrutto, trasformato o alienato la cosa altrui, "tentano di forzare la porta dell'art. 948, c. 1, nella parte in cui consente la prosecuzione dell'azione contro colui che ha cessato di possedere" (75). È ovvio che in questo caso si opera oltre i confini dell'azione di rivendica. Quando la relazione del convenuto con il bene rivendicato è cessata, il giudizio avviato assume tutti i connotati dell'esercizio di un'azione personale che ha per oggetto il risarcimento del danno, o, se si tratta di cose fungibili, la restituzione del *tantundem*; anche se l'attore pone a fondamento della domanda la titolarità sulla cosa. Al riguardo si aggiunge che la possibilità di restituire la *res* è una condizione dell'azione petitoria e la prova dovrà essere fornita dall'attore (76).

Il presupposto dell'attualità della situazione possessoria del convenuto, requisito dal quale dipende la stessa possibilità logica di recupero del bene rivendicato, è veritiero, però, entro certi limiti temporali. L'art. 948 c.c. blocca la situazione possessoria, con la relativa legittimazione passiva, al momento della proposizione della domanda, utilizzando l'espedito processuale della cosiddetta *perpetuatio legitimationis*. Notificata la citazione, il processo potrà tranquillamente proseguire contro il convenuto originario, anche se costui ha dimesso, dopo quella data, il potere di fatto sulla cosa rivendicata. In una simile evenienza la operatività dell'azione non cessa anche se è venuta meno, ovviamente, la possibilità di raggiungere il traguardo principale della rivendica che è, per l'attore, la restituzione della cosa. Alla controparte che ha cessato per fatto proprio di possedere, il proprietario rivendicante può chiedere, proseguendo nell'esercizio della medesima azione, di recuperare la cosa. Se ciò non avviene il convenuto deve rifondere il valore del bene, oltre a corrispondere il risarcimento del danno. Il titolare, conseguito il ristoro monetario dal precedente antagonista *qui desiit possidere*, potrà agire contro il successivo possessore per riavere materialmente la cosa oggetto del suo diritto. Ottenutala, il proprietario deve restituire al primo convenuto, avendo già conseguito con la precedente sentenza di rivendica il surrogato della *aestimatio rei*, la somma ricevuta a tale titolo. Questa sistemazione è preordinata al fine di evitare un arricchimento ingiustificato del titolare del bene che, in un momento successivo, ha conseguito

in natura il recupero del suo bene. In tal senso dispone esplicitamente il secondo comma dell'art. 948 c.c.

Tralasciando per il momento ogni questione relativa alla natura e al risarcimento del danno spettante all'attore e connesso con l'esercizio della rivendica, è interessante approfondire l'ipotesi della nuova azione che il proprietario, chiusa con successo la prima vicenda petitoria con il convenuto *qui desit possidere*, decide di istaurare contro il nuovo possessore.

Al proprietario, che ha ottenuto il ripiego del risarcimento monetario, sono offerte concrete possibilità di conseguire comunque la restituzione della cosa dal nuovo possessore, senza bisogno di iniziare un nuovo processo petitorio. Mi riferisco, in primo luogo, alla rivendica immobiliare. Ai sensi dell'art. 2653 n. 1 c.c., la trascrizione della domanda di rivendica contro il precedente possessore estende gli effetti della sentenza anche in pregiudizio di coloro che hanno, dopo quella data, acquistato diritti da costui. La norma sulla trascrizione interferisce, pertanto, sulla disciplina sostanziale della azione reale.

L'analisi dell'effettivo e concreto funzionamento di un tale congegno previsto e immaginato a vantaggio del proprietario, allo scopo di facilitargli il recupero del bene, consente di trarre una prima e generale riflessione critica sul complesso sistema delle tutele proprietarie. Le considerazioni che seguiranno non hanno un grande rilievo concettuale; esse, però, permetteranno di registrare la esistenza nel nostro ordinamento di alcune disfunzioni che sono la logica conseguenza di alcune incoerenze marginali già in precedenza e in parte enucleate a proposito delle novità introdotte in materia possessoria. Le innovazioni realizzate non appaiono, a volte, ben coordinate con disposizioni secondarie che permangono pur provenendo da concezioni ormai superate (77). Mi appresto, per l'appunto, ad esaminare il manifestarsi di una tale circostanza.

La norma che prevede la trascrizione della domanda di rivendica è viziata, a mio avviso, da una ellissi, o meglio, da una concisione espressiva che può ingenerare, a volere essere pignoli, qualche equivoco che è opportuno rendere palese. Al riguardo può scappare di scrivere, come è avvenuto, che la citazione si debba trascrivere "allo scopo di rendere opponibile la futura sentenza di condanna alla restituzione del bene nei confronti di *chiunque ne sia entrato in possesso a qualsiasi titolo* in un momento successivo" (78).

Tale conclusione non appare condivisibile. Infatti la disposizione dettata in tema di pubblicità immobiliare mi sembra che, se osservata superficialmente, ossia non tenendo conto della nuova sistemazione definitiva del possesso, dilati troppo l'estensione del giudicato in pregiudizio dei terzi. Provo, con le considerazioni che seguono, a fare emergere l'equivoco che si racchiude nella norma sulla trascrizione delle domande di rivendica.

Il primo paragrafo dell'art. 2653 c.c., combinandosi con il richiamo contenuto nell'ultimo comma dell'art. 111 del codice di rito dettato in tema di successione del diritto nel corso del processo, depotenzia nei confronti del rivendicante gli atti dispositivi compiuti dal possessore dopo la data della pubblicità della citazione. In generale, come si ama ripetere, la trascrizione risolve il conflitto tra il terzo subacquirente e il proprietario sulla base delle date delle trascrizioni dei rispettivi titoli. Nel caso specifico, tra la domanda di rivendica e il trasferimento compiuto dal convenuto prevale, tra i due, l'atto che risulta trascritto per primo. Non essendo possibile configurare, e nemmeno ipotizzare teoricamente, la mancanza di trascrizioni, si potrebbe dire ancora meglio che la sequenza cronologica di più atti tra loro incompatibili è fissata esclusivamente dalla trascrizione: è avvenuto prima l'atto trascritto prima. Eseguita la trascrizione della domanda contro il possessore, la sentenza che condanna quel convenuto alla restituzione del bene rivendicato, come conferma anche l'art. 111 c.p.c., "spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare" quantunque l'acquisto di quest'ultimo risalga a data anteriore.

Con una simile soluzione non si scorge che le norme ora citate pongono sullo stesso piano concettuale ed operativo due realtà difficilmente conciliabili: quella dell'acquisto del diritto per effetto di un titolo e quella della immissione nella situazione di potere di un nuovo possessore. La disposizione sembra ignorare che un nuovo possessore possa comunque subentrare, senza che il precedente possessore abbia posto in essere alcun atto negoziale di alienazione (79). Da qui nasce l'equivoco sopra denunziato; quella eccessiva dilatazione interpretativa circa l'estensione del giudicato nei confronti di qualsiasi possessore successivo al primo convenuto contro cui l'attore ha in tempo trascritto l'atto introduttivo del giudizio.

Per evitare questa ambiguità occorre ribadire alcuni momenti basilari della rivendica. Il convenuto può essere soltanto un possessore; e il possesso, è opportuno riaffermarlo pur scusandomi per la banalità della precisazione, data la sua natura di potere di fatto, inizia quando si realizza una concreta relazione tra una persona e una cosa tangibile e termina quando questa relazione viene meno. Si tratta, allorché si osserva la materia possessoria, di vicende che poco si confanno ai rigorosi formalismi della pubblicità immobiliare, così come sono prescritti dagli artt. 2654 e seguenti del codice. Accade poi che i commentatori, autorizzati dal silenzio del codice sulle vicende possessorie (80), si mettano a descrivere la circolazione del possesso utilizzando espressioni, quali acquisto trasferimento e perdita, che sono tipiche dei diritti soggettivi patrimoniali e che non corrispondono alla elementare fattualità del possesso. Per evidenziare la imprecisione di quella usuale terminologia in materia possessoria, basta considerare che, a differenza della circolazione dei diritti, la immissione nel possesso si realizza perfettamente anche se il *tradens* non

sia un possessore in senso tecnico (81). La qual cosa è di regola esclusa nel trasferimento del diritto, allorquando l'alienante non è il titolare.

Quel modo approssimativo di esprimere le vicende possessorie utilizzando i termini e i concetti relativi alla circolazione dei rapporti giuridici patrimoniali non è di per sé pericoloso, ma diviene ambiguo quando, come nel caso dell'art. 2653 n. 1 c.c., il trasferimento del possesso risulta connesso ad un titolo contrattuale. Va, poi, precisato che le vicende possessorie non sono strettamente legate all'acquisto e alla perdita del diritto al possesso (82).

Al riguardo conviene essere precisi per evitare ogni pericoloso fraintendimento; anche a costo di ricevere una facile accusa di pedanteria (83). Il possesso è un potere di fatto e per il suo passaggio o investitura a favore di un nuovo soggetto vengono in questione solo due fattispecie alternative (84). Si può verificare una immissione unilaterale nel potere, ossia un impossessamento realizzato dal nuovo soggetto senza alcuna collaborazione altrui, così come avviene per le cose smarrite o non possedute da alcuno o per interversione o per il caso di spoglio. Oppure, in secondo luogo, si può realizzare una immissione nella situazione possessoria con la collaborazione del precedente possessore o detentore per mezzo di quell'atto materiale, non negoziale (85), che tecnicamente assume il nome di consegna. Soltanto per quest'ultimo caso può esistere una qualche relazione con un contratto trascrivibile: in tale evenienza la consegna rappresenta la esecuzione di un'obbligazione contrattuale. Per la verità, anche in questo caso il passaggio del potere di fatto in capo al nuovo possessore è conseguenza di un'attività materiale e non negoziale. La ellissi poco sopra denunciata in ordine alla disposizione contenuta nell'art. 2653 n. 1 c.c. attiene proprio a tale circostanza: ciò che risulta trascrivibile è solo il titolo fonte della obbligazione di consegnare e giammai la esecuzione di tale obbligo. Sono sicuramente esclusi, quindi, dal meccanismo di "prevalenza" previsto dalla norma quegli atti di immissione nel possesso che non siano collegabili ad uno dei contratti elencati nell'art. 2643 c.c.

Se poi, solo per un breve confronto, guardiamo al fenomeno possessorio da un punto di vista più generale, comprendendo ossia anche i mobili, si può attestare che con il codice vigente la relazione del potere di fatto con l'eventuale esistenza di un titolo ha assunto un significato totalmente nuovo e diverso rispetto al passato recente e remoto. Quando nella materia possessoria il titolo è chiamato a svolgere un qualche ruolo, il legislatore ha avuto cura di ripetere sempre che esso non è richiesto quale strumento giustificativo della semplice immissione nel possesso, ma va valutato alla stregua di un titolo astrattamente "idoneo al trasferimento della proprietà". È sufficiente leggere nel codice, per convincersene, l'art. 1153 (usucapione istantanea di mobile), l'art. 1159 (usucapione decennale di immobile), il capoverso dell'art. 1160 (usucapione abbreviata

delle universalità di mobili), l'art. 1161 (usucapione abbreviata di mobili), l'art. 1162 (usucapione abbreviata di mobili registrati) (86).

Tornando agli immobili e alla luce delle riflessioni fatte, si può allora sostenere che il congegno della trascrizione delle domande giudiziali, per i casi previsti nel n. 1 dell'art. 2653 c.c., assume una intrinseca e completa coerenza solo per le azioni dirette all'accertamento dei diritti reali. Queste azioni, come ho in precedenza avuto modo di rilevare, si distaccano concettualmente dalla rivendica perché in esse manca l'intento recuperatorio; meglio, perché esse non si dirigono verso un possessore. Solo quando sorge questione tra titolari di diritti, si può ben prospettare un meccanismo esauriente di prevalenza dei rispettivi titoli di acquisto, basandosi sulla cronologia delle date di trascrizione. Solo in queste evenienze la norma è perfettamente coerente con la sua fraseologia; allargata ad altre ipotesi, quella unica formulazione appare inficiata da sincretismo. Se viene applicata anche alla rivendica, quella locuzione normativa entra in corto circuito. Quando, come avviene nella rivendica, l'antagonista del proprietario si difende invocando a suo favore solo un potere di fatto, anziché la titolarità di un diritto incompatibile con la pretesa dell'attore, quel congegno di estensione del giudicato basato sulla trascrizione dei rispettivi titoli diviene inadeguato. La struttura stessa del possesso implica che non sempre il nuovo possessore può essere considerato alla stregua di un avente causa dal precedente convenuto. Con la ulteriore conseguenza, quindi, che non ogni successivo convenuto che si sia impossessato del bene dopo la trascrizione della domanda di rivendica verrà pregiudicato, ma solo colui che si è immesso sulla base di un titolo contrattuale trascritto contro il convenuto dopo la trascrizione della citazione. Titolo, aggiungo, che deve essere fonte della obbligazione di consegna al successivo possessore.

Tutto ciò dimostra, a mio avviso, che il nostro sistema non garantisce al proprietario, che ha già ottenuto il riconoscimento giudiziario del suo diritto, un rimedio efficace e spedito per rientrare nel possesso della cosa rivendicata nei confronti di chiunque. Non lo assicura il principio della *perpetuatio legitimationis* fissato nel secondo comma dell'art. 948 c.c.; non lo assicura nemmeno il meccanismo della pubblicità immobiliare che si dimostra insufficiente a pregiudicare qualunque successivo convenuto che si sia immesso nel possesso dopo la trascrizione dell'atto di citazione.

Passando all'altra categoria di beni, occorre rilevare la mancanza di qualunque previsione normativa che consenta al rivendicante vittorioso che ha ottenuto la condanna alla restituzione del mobile di estendere gli effetti della sentenza in pregiudizio dei successivi possessori. Nella materia mobiliare il quadro risulta notevolmente aggravato per le conseguenze connesse con la scriteriata ampiezza, nel nostro ordinamento, del principio del "possesso vale titolo" (87). In questo caso il proprietario che ha già ottenuto una sentenza favorevole di rivendica, non corre solo il pericolo di

dovere iniziare un nuovo processo petitorio, ma il rischio concreto di perdere definitivamente la titolarità del bene mobile.

Per porre rimedio alle questioni appena evidenziate, si possono prospettare, come è stato brillantemente suggerito (88), due soluzioni concorrenti. La prima prevede la possibilità, per il proprietario, di chiedere ai sensi dell'art. 670 c.p.c., *ante causam* o in corso di rivendica, il sequestro giudiziario. Data la ampiezza temporale dei processi civili, è opportuno che il giudice ordini la custodia e la gestione del bene mobile o immobile da sottoporre a rivendica. Il sequestro, con l'espedito della responsabilità del custode, sarà allora finalizzato ad assicurare nel tempo l'utilità pratica del futuro e atteso provvedimento decisorio e, soprattutto, a garantire la fruttuosità della conseguente esecuzione coattiva, consistete nella consegna all'attore vittorioso del bene rivendicato (89).

In secondo luogo si dovrebbero rafforzare, o forse solo applicare, le regole processuali che impongono alle parti della contesa giudiziaria il dovere di lealtà, intimando al convenuto di chiarire la propria situazione di fatto nella sua prima risposta. Invece di invocare le regole della responsabilità civile, "sarebbe più logico se le condotte processuali maliziose trovassero il loro rimedio in regole processuali, che invero non difettano anche se sono disapplicate". Al riguardo le fonti romane ci offrono una gamma di rimedi, oggi scomparsi (90), sia contro il convenuto che per dolo aveva cessato di possedere prima dell'inizio della rivendica formulare, sia nei confronti del convenuto *qui liti se optulit*, ossia di colui che, pur sapendo di non possedere, accettava tuttavia di *rem defendere* in modo da danneggiare l'attore nei confronti del terzo vero possessore che nel frattempo avrebbe usucapito (91).

In conclusione colui che ha ottenuto una sentenza che gli attribuisce la titolarità di un diritto valevole, per definizione, *erga omnes*, può trovarsi costretto, per recuperare il bene, ad iniziare successive ed accidentate azioni petitorie, i cui esiti non sono per niente scontati. D'altra parte, la durata epocale dei nostri processi non tempera certo i rischi che è destinato a correre il proprietario già vittorioso.

## **5. La prova della proprietà: i dati del problema.**

Posto che la rivendica, per opinione ribadita da oltre un millennio, spetta al proprietario, costui, al fine di ottenere una sentenza favorevole, deve dimostrare l'esistenza del diritto a suo favore. Tento di indicare i termini della questione in maniera elementare. Avverto, però, che così facendo si

raggiungono conclusioni insoddisfacenti; tali, ossia, da rendere poco comprensibile l'effettivo dibattito che si svolge sul tema.

Se costruiamo il tema della prova fondandolo sulla ovvia (92) disposizione contenuta nell'art. 2697 c.c., siamo in grado di affermare, sicuri che nessuno potrà smentirci, che l'attore deve provare i fatti che costituiscono il fondamento della propria titolarità sul bene rivendicato. A questo punto si può avviare la catena delle deduzioni lapalissiane allegando una circostanza essenziale e pacifica: è certo che il fatto costitutivo di un diritto reale non svolge alcun ruolo come elemento qualificante e identificativo del diritto portato in giudizio. Infatti, qualunque sia il suo modo di acquisto, la proprietà presenta sempre la medesima fisionomia. Stilando in altri termini lo stesso concetto, si può scrivere che chi è diventato proprietario per usucapione avrà un diritto di godere e di disporre che è strutturalmente identico a quello acquisito per contratto o per successione. Pertanto, se l'attore documenta di avere conseguito la titolarità in forza di una compravendita vergata con atto notarile regolarmente trascritto e se l'insieme di questi elementi, ai sensi sempre della scontata disposizione contenuta nel capoverso dell'art. 2697 c.c., non riceve smentita attraverso eventuali contestazioni da parte del convenuto, si deve ammettere come provato il diritto di proprietà rivendicato (93). Raggiunta in questo modo la prova e acclarato, come spiegano i processualisti, che “il *thema disputandum* e, corrispondentemente, il *thema probandi* della controversia sono rigorosamente sagomati in base all'attività di contestazione delle parti” (94), il giudice dovrà emettere una sentenza di condanna del possessore alla restituzione del bene.

Posso continuare ancora, inanellando altri ragionamenti e aggiungendo ulteriori asserzioni assolutamente ortodosse e sperimentate; e tuttavia occorre prendere atto di essere davanti ad una situazione paradossale (95).

Infatti, nonostante la semplicità degli elementi in gioco e la chiarezza delle nozioni con le quali si può gestire il tema della prova nella rivendica, quello della *necessitas probandi* si presenta ancora come il capitolo cruciale e più dibattuto. Si tratta di una constatazione che può leggersi in qualunque opera dedicata all'esercizio delle azioni petitorie. Sembra che la scienza giuridica, su questo specifico e fondamentale argomento, sia incapace di raggiungere la certezza di un'opinione ampiamente condivisa. È lecito domandarsi il perché si discutano ancora questioni che da tempo avrebbero dovuto trovare una soluzione appagante, ma soprattutto che riguardano aspetti non secondari dell'ordinamento privatistico, bensì il più ampio dei diritti patrimoniali (96).

Nelle premesse metodologiche di questo commentario ho già delineato le due teorie che si contendono il campo. Le due ipotesi disvelano, come ho scritto in precedenza, le tecniche argomentative care alle due correnti metodologiche distinguibili nella odierna scienza civilistica. La discussione si può incentrare nella scelta di una delle due tesi seguenti.

La prima teoria, che con inadeguato fondamento si ama definire tradizionale (97), raccomanda che la prova della proprietà vada posta a carico del solo attore e, principalmente, che debba essere completa e assoluta. Completezza e assolutezza della prova esprimono la esigenza che, a seguito del suo espletamento, il giudice deve pervenire alla certezza che non possa esistere un altro proprietario dello stesso bene rivendicato. Non raggiunge, è ovvio, un tale grado di sicurezza la documentazione di una compravendita che vede l'attore in rivendica nella veste di acquirente. La prova, in altri termini, deve essere tale da rendere l'attore, oltre ogni ragionevole dubbio, il campione universale cui va attribuito in premio il godimento di quel bene determinato e la controparte, al contrario, come il modello di coloro che ne vanno esclusi perché usurpatori. Altrimenti il possessore convenuto va lasciato nel godimento del bene.

Molti però, compresa la giurisprudenza (98), suggeriscono sul tema della prova soluzioni accomodanti, oppure, favorendo così l'allineamento del diritto italiano ai moderni diritti continentali, consigliano di seguire un orientamento relativizzante (99) al fine di smitizzare l'illusoria difficoltà dell'onere della prova. Questa seconda teoria tende a far apparire come un semplice espediente retorico, come un mero residuo storico, la conclamata diavoleria della dimostrazione assoluta della proprietà, che può essere pretesa solo in linea puramente teorica. Quando si affronta il problema della prova, si parte prospettando un alto grado di difficoltà. Si raccomanda ai giudici di valutare la posizione dell'attore con il massimo del rigore possibile. Si lascia, poi, balenare l'idea che soltanto una mente diabolica avrebbe potuto escogitare un accertamento e un'analisi così difficoltosi. Ragioni pratiche ed equitative conducono, infine, ad accettare una conclusione che attenui l'onere probatorio, riducendolo ad una contesa individuale su chi, tra i due contendenti, possa vantare un titolo migliore.

Sul tema della prova è come se esistesse un doppio registro di declamazioni (100). Per un canto si ribadisce la regola del pieno rigore in ordine alla valutazione della titolarità. Si continua a insegnare che la prova deve essere assoluta, così come è assoluto il diritto di proprietà. Per altro verso, con una conclusione di senso opposto e praticando l'arte della doppia verità, si suggerisce, mirando a temperare il rigore della esercitazione oratoria valevole in pura teoria, che la intera questione si esaurisce nel criterio della preferenza del titolo migliore tra i contendenti. La dottrina *du droit meilleur ou plus probable*, che si pensa sia stata prospettata prima della codificazione dai giuristi francesi (101) sempre pronti ad opporsi all'ottuso rispetto del diritto romano, è stata accolta non senza iniziali tentennamenti in Italia, anche per le sue superiori ragioni di equità, di celerità e di praticità. Sulla spinta di tali decisive suggestioni che mirano comunque a confutare la tradizionale teoria rigoristica, si scrive (102) che la giurisprudenza ha finito per introdurre, in via pretoria, un canone di diritto sostanziale che, trascurando ogni severità sul tema della prova, mira a tutelare

l'attore contro chi possiede con un titolo meno valido. D'altra parte, si osserva ancora (103), ogni aggravamento probatorio imposto al rivendicante si risolve in un rafforzamento della situazione possessoria. E nessuno ha ancora dimostrato che il convenuto meriti un simile trattamento di favore. In questo modo, relegando il rispetto delle tradizioni alle motivazioni puramente declamatorie, si finisce con l'abbandonare il grossolano insegnamento derivato dal diritto romano. Questo, ignorando le particolarità di ogni singola controversia, ossia le concrete e opposte affermazioni dei contendenti, avrebbe imposto all'attore di far risalire il diritto sul bene rivendicato, anche attraverso la continuità dei vari passaggi dai precedenti danti causa, fino ad individuare un acquisto a titolo originario. Volendo comunque salvare il rispetto dovuto all'insegnamento del diritto romano, la attenuazione dell'onere probatorio potrebbe essere vista, con fervida fantasia, come una sorte di *fitticia* riproposizione, almeno per gli effetti, dell'antica *actio Publiciana* (104).

Sintetizzati i termini del dibattito sul tema della prova, è necessario scegliere una delle due teorie prospettate. Le due soluzioni appaiono logicamente incompatibili: è da escludere che le stesse possano coesistere all'interno dell'ordinamento. Il criterio del titolo migliore tra i contendenti ha oggi maggiore seguito, perché può vantare evidenti ragioni di equità, di praticità e di contenimento dei costi transattivi (105). L'altra soluzione, quella della assolutezza della prova, ossia l'imprescindibile necessità dell'attore di risalire all'acquisto originario del bene rivendicato, non può annoverare, conteggiandoli dalla sua parte, vantaggi concreti: la relativa mancanza di chiarezza e di fondamento razionale della regola tradizionale costituiscono il motivo reiterato di disapprovazione. La sua unica attrattiva si concretizzerebbe nella tradizione romanistica, invocata e idealizzata come impareggiabile base logica della soluzione. Generalmente non viene spiegato, ammesso che esista, il fondamento razionale dell'insegnamento tradizionale: molti (106) in realtà dubitano della sua esistenza. A meno da non considerare idonee alla bisogna le pretese euritmie formali del sistema proprietario, quali ad esempio la assolutezza della proprietà, da cui dovrebbe derivare la assolutezza della prova richiesta. Oppure, con ulteriore motivazione, poiché si controverte dell'accertamento di un diritto valevole *erga omnes*, la prova chiesta al rivendicante dovrà essere valutata con criteri di certezza opponibili a chiunque. A ben vedere, quelle appena delineate, sono spiegazioni logicamente deboli, per non dire del tutto ininfluenti.

A questo punto, è mio preciso intendimento cercare di individuare il fondamento logico che sta alla base della tesi che si ama definire tradizionale, ossia quella che pretende un assoluto rigore nel vagliare la prova posta a carico del solo attore in rivendica. Sono persuaso che costui, senza alcuna possibilità di abbuoni, debba dimostrare non solo di essere proprietario, ma soprattutto deve convincere il giudice che non possano esistere logicamente altri proprietari del bene conteso al possessore.

Il progetto che desidero realizzare sarebbe enormemente facilitato se, come punto di attacco della ricerca, avessi la possibilità di dimostrare le incoerenze o gli errori dell'opposta teoria del titolo migliore tra i contendenti. Sono però convinto che l'unica imprecisione dei suoi odierni sostenitori, come ho già scritto nelle premesse metodologiche, sia quello che riguarda l'indicazione dell'origine storica dell'idea. La risoluzione del titolo migliore è rinvenibile direttamente ed esplicitamente nel diritto romano. Essa, occorre riconoscerlo, può ostentare ragioni di equità, può fare sfoggio di moventi di giustizia e può vantare logiche di sapiente distribuzione del carico probatorio tra i contendenti; circostanze queste che fanno apparire come rozze e primitive e grossolane le indicazioni della opposta soluzione. La quale, lo ribadisco, non risulta espressamente formulata in nessuna delle fonti romane a noi pervenute.

Nonostante questo doveroso elogio alle qualità della tesi che non condivido, continuo ad essere persuaso che all'attuale struttura della rivendica non siano applicabili le proposte che emergono dalla teoria della ricerca del titolo migliore tra chi si proclama proprietario e chi si oppone alla restituzione del bene. Ho costruito la precedente esposizione della materia proprio allo scopo di avviare a soluzione questo punto centrale dell'intera problematica delle azioni a difesa della proprietà. Mi sembra pertanto opportuno, prima di procedere oltre, richiamare brevemente quegli argomenti che renderanno agevole, spero, l'accettazione per il nostro ordinamento del criterio del massimo rigore nell'accertamento della titolarità a favore del rivendicante.

Nell'attuale sistema, pur caratterizzato dalla atipicità dei rimedi a tutela della proprietà, la rivendica si distingue da tutte le altre azioni per un suo tratto essenziale e caratteristico: quello del protagonista contro cui agisce il proprietario. Costui è necessariamente un possessore. Questa è una condizione che va ribadita con la massima fermezza. Se il convenuto non è investito nel potere di fatto corrispondente all'esercizio del diritto reale, si può affermare con sicurezza che l'azione intrapresa dal proprietario non è una rivendica. Contrariamente al tenore letterale dell'art. 948 c.c., il detentore, come ho cercato di dimostrare, non può essere l'interlocutore del rivendicante. Nel processo di rivendica, lo stesso proprietario e il detentore non hanno, infatti, alcun interesse reciproco alla decisione della lite. Quando in precedenza mi sono ingegnato di provare la imperfezione del nostro codice al riguardo della identificazione del convenuto della rivendica, il mio argomentare poteva dare l'impressione di inutile e vuoto formalismo; quella mia insistenza serve ora ad agevolare la soluzione del problema della prova. Va poi richiamata un'altra considerazione fatta in precedenza. L'azione di mero accertamento della proprietà, da molti parificata alla rivendica, si atteggia in modo diverso, perché, rispetto alla rivendica, manca dell'effetto recuperatorio non essendo diretta contro il possessore.

Per avviare a soluzione il problema della prova, conviene ribadire, dopo averlo documentato in precedenza e spero in modo convincente, che nella rivendica si fronteggiano, nella veste di attore, il titolare del diritto patrimoniale più ampio previsto dall'ordinamento e un possessore del quale si chiede la condanna alla restituzione. Il convenuto, che può essere soltanto un possessore, è il soggetto più tutelato la cui protezione dipende soltanto da una mera situazione di fatto, dalla semplice relazione con la cosa, indipendentemente dalla presenza di un titolo giustificativo. Il possesso, anche quello di buona fede e anche quello necessario per l'usucapione, non richiede la presenza di un negozio giuridico al tempo del suo inizio. Il possesso può cominciare, anche se non esiste un contratto che lo legittimi. La situazione appena enunciata è uno dei passi che più allontana il nostro codice da quello del 1865 che, a ben vedere, appariva ancora coerente e in linea con quanto si verificava nell'ordinamento romano. L'art. 701 del primo codice unitario collegava strettamente la buona fede del possessore con la presenza di un titolo idoneo a trasferire la proprietà. Prima del 1942, era possessore di buona fede chi possedeva come proprietario in forza di contratto abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi. In epoca antica, la buona fede richiesta nel possessore rivolto ad usucapire fu percepita dai giuristi romani come una insopprimibile esigenza di lealtà. Questa poteva esistere, percependo ciò come suo limite invalicabile, solo se sussisteva (*subesse*) una *iusta causa*. Un titolo negoziale del possesso sarà, quindi, necessario dal tempo del diritto romano fino alla vigilia del codice del '42, almeno come barriera oggettiva della buona fede, che è invece un dato di natura soggettiva e psicologica. Il codice vigente ha profondamente riformato tutta la materia possessoria. Con un tracciato rigoroso condotto fino alle sue estreme conseguenze logiche, i redattori del codice hanno stabilito che, se il possesso è una mera situazione di fatto, di regola in essa, a differenza di quanto si verifica nei rapporti giuridici, non può svolgere alcun ruolo decisivo la eventuale presenza di un titolo giustificativo del suo inizio. Può accadere, anzi normalmente si verifica, che al momento della immissione in possesso esista un titolo negoziale, ma questo non svolge alcun ruolo, nemmeno quello che nel passato serviva per identificare il possessore di buona fede. Anche un contratto nullo, ossia inesistente, può giustificare l'inizio di un possesso avviato all'usucapione.

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

Questa conclusione, però, non mi persuade del tutto; anche perché esistono altri argomenti, forse meno evidenti, ma molto più determinanti. Credo che sia importante chiarire i termini logici o,

il che è lo stesso, storici che stanno alla base delle due opposte soluzioni che oggi, nella giurisprudenza italiana, si contendono il campo sul tema della prova nell'azione di rivendica. Se si riuscirà a individuare il motivo del loro alternarsi nelle varie epoche dell'ordinamento, sarà più agevole comprendere la ragione in base alla quale, nel nostro sistema, non è possibile sostenere la teoria del titolo migliore.

Nell'avviare questa ennesima ricerca storica cade opportuna una considerazione che in un certo senso contraddice quanto ho fin qui predicato. Ho più volte ripetuto che è estremamente pericoloso studiare l'antico dell'ordinamento giuridico, utilizzando le categorie concettuali del presente. Può produrre errori grossolani, esaminare gli eventi del passato con gli inevitabili pregiudizi di colui che, vivendo nel presente, conosce gli sviluppi e le conseguenze di singole circostanze storiche ormai concluse; di colui che sa, in altri termini, come sono andate a finire le cose. Pur consapevole degli inevitabili rischi, proverò a ricercare se nella storia è possibile individuare e rintracciare costanti o accidentalità che legano la nozione della proprietà con quella del possesso. Cercherò di capire se ogni lieve modifica della prima nozione, ha comportato sempre conseguenze sull'altro concetto. Con queste due qualifiche, proprietà e possesso, si presentano, per l'appunto, sulla scena processuale i due contendenti della rivendica. Per procedere oltre mi ispirerò ad una illuminante e affascinante proposta ricostruttiva che è stata ideata, sebbene ad altri fini, con la consueta e ironica arguzia di cui il Prof. Sacco ha il segreto (107).

Qualunque ordinamento giuridico, per quel che riguarda la disciplina concernente la utilizzazione delle cose del mondo esterno, è incentrato su un sistema di protezione attribuito ad una persona per tutelarla contro le ingerenze di soggetti estranei, prevenendo le loro intrusioni o facendole cessare quando si sono già verificate. Ciò che cambia, dal punto di vista dell'analisi diacronica o sincronica degli ordinamenti, è la regola con la quale identificare di volta in volta il soggetto favorito da salvaguardare.

L'individuazione può avvenire, indicando la prima estremità della gamma delle possibili soluzioni, in base ad un criterio fondato sulla semplice relazione di fatto tra una persona e una cosa. In questa prospettiva il soggetto protetto è colui che ha già il potere sul bene. Tale situazione di fatto è rilevante finché esiste; nel senso che, venuto meno il potere di fatto, ne cesseranno anche gli effetti e la relativa rete di protezione. Modello esemplare e forse unico di questa sorta di oltranzismo progettuale, appare il criterio elaborato dall'antico diritto consuetudinario francese (VI-XIII secolo) che non accordava (*meubles n'ont pas de suite*) alcuna azione al proprietario per fargli riavere la cosa mobile di cui aveva perso il possesso. Un simile modello di protezione, ammesso che possa esistere, non è in grado di funzionare (108) senza adeguate rettifiche: sarebbe assolutamente pericoloso, e quindi da evitare, privare di qualsiasi rimedio recuperatorio chi è stato

spogliato. Nell'istante in cui si crea un correttivo, ossia si concede al derubato di agire con successo contro il ladro, ovvero si attribuisce al violentato un rimedio efficace contro i soprusi, è evidente che si introduce un criterio di protezione diverso e distinto rispetto alla preferenza accordata alla semplice situazione di fatto.

Vengo così all'altro estremo della gamma delle soluzioni possibili. L'ordinamento per individuare il soggetto favorito da proteggere può utilizzare un criterio del tutto diverso e indipendente rispetto alle relazioni di fatto che passano tra una persona e una cosa. "Si può stabilire infatti che questo o quell'insieme di circostanze di fatto, che chiameremo titolo (in uno dei vari significati della parola), ovvero (per specificare il significato) titolo ieratico, assegnino ad un soggetto dato la protezione di cui parliamo, e che tale protezione duri senza limiti di tempo, fino a quando non intervenga un altro insieme di circostanze di fatto, che porranno termine alla protezione" (109). Come esempio significativo di questo secondo criterio di preferenza fondato solo sui titoli, ammesso che sia mai esistito allo stato puro, si potrebbe citare la c.d. *Auflassung* tedesca per la attribuzione della proprietà immobiliare (110), che concretizza il principio dell'astrattezza del contratto ad effetti reali (*Abstraktionsprinzip*). L'*Auflassung*, preceduta dalla conclusione della vendita obbligatoria con atto pubblico, è l'accordo di adempimento delle parti sul trasferimento del diritto di proprietà e sulla trascrizione di tale passaggio nel registro immobiliare (*Grundbuch*).

L'ordinamento normalmente sceglie il soggetto favorito nella attribuzione dei beni mescolando tra loro vari criteri tratti da un insieme di elementi posti in una gradazione che pone ai due estremi della scala le soluzioni appena indicate: o la semplice relazione di fatto fra l'uomo e la cosa, oppure il solo criterio dipendente dal titolo ieratico. Il primo criterio è quello incentrato sul possesso; il secondo assume la fisionomia della proprietà basata esclusivamente su una investitura formale, ossia sul titolo di acquisto dal precedente titolare. I due criteri possono esistere separatamente. Tuttavia ciò si è verificato di rado; forse mai. Più spesso i due criteri che servono alla individuazione del soggetto da proteggere e quindi da preferire, sono tra loro collegati e coordinati, dando luogo a infinite soluzioni intermedie di vario tipo. "La coesistenza di una protezione del soggetto del titolo con la protezione del soggetto della relazione di fatto, lungi dal rispondere ad un'esigenza logica indeclinabile, è una *accidentalità storica*, che può sussistere o mancare nelle varie esperienze giuridiche, e che, là dove esiste, può essere spiegata in modi diversissimi" (111).

È estremamente difficile, forse impossibile, ricostruire le inesauribili variazioni sul tema, ossia riordinare una ad una le infinite ipotesi di mescolanza tra i due criteri di protezione, così come queste si sono via via realizzate storicamente nei vari sistemi giuridici. D'altra parte sono convinto che i risultati che deriverebbero da tale ricerca, non portino alcun giovamento sulla questione dibattuta nel nostro sistema attuale sul tema della prova nella rivendica.

Per rendere ancora più complessa la questione, occorre aggiungere, ma solo di sfuggita, che la stessa mescolanza di criteri si ripresenta in un altro settore convergente dell'ordinamento, quello, in particolare che riguarda la proprietà che circola per effetto del contratto. Anche questo è un capitolo in cui la materia possessoria interagisce con un titolo negoziale: al riguardo basta pensare, riflettendo sulla compravendita, alla distanza che intercorre fra la *traditio* romana e l'efficacia reale del nostro art. 1376 c.c.

Tornando al tema che ci occupa, non c'è dubbio, però, che la rivendica, nella prospettiva appena evidenziata e ispirata alla proposta del Prof. Sacco, è proprio quell'azione ove si fronteggiano i due criteri estremi della preferenza, personificati nei relativi antagonisti della contesa: la protezione che viene accordata sulla base del titolo e quella che risulta fondata sulla semplice relazione di fatto. La rivendica rappresenta quel preciso ed ineludibile momento, in cui gli ordinamenti, che hanno combinato mescolandoli i due criteri, devono operare una scelta circa il soggetto da favorire in maniera definitiva. Si potrebbe fare a meno dell'azione di rivendica, e quindi delle questioni che stiamo affrontando, solo in quegli ordinamenti in cui non esiste alcuna possibilità di distinguere la proprietà dal possesso.

È importante osservare che la contrapposizione combinatoria tra ragioni del possessore e ragioni proprietarie sia stata edificata in modo assai articolato e complesso nel diritto romano, con la conseguente doppia serie di contese petitorie e possessorie che hanno trovato adeguata e felice sintesi nelle principali quattro forme di azioni di rivendica, o meglio quattro riti processuali diversi. La *legis actio sacramenti in rem*, l'*agere in rem per sponsionem*, la *vindicatio rei per formulam petitoriam*, le *cognitiones extra ordinem* si sono succedute nell'ampio arco dello svolgimento dell'ordinamento giuridico romano a tutela del *dominium ex iure quiritium*. Esse furono affiancate, per un certo periodo, dall'*actio Publiciana* a tutela della proprietà pretoria, che fu una vera *possessio* secondo i canoni del *ius civile*, ma con caratteri e risvolti dominicali (*habere in bonis*) per il nuovo *ius honorarium*. Per non parlare delle altre forme di appartenenza che i moderni individuano come proprietà *iure peregrino* e che i giuristi romani designavano con il termine *possessiones*.

È opinione diffusa che la nostra rivendica si sia ispirata ai corrispondenti modelli romani e conseguentemente si reputa che le logiche sottese a quel complesso sistema siano proponibili, tali e quali, anche per l'attuale ordinamento. Personalmente non condivido tale conclusione, che si potrebbe definire assimilante. Dopo quanto ho scritto nelle premesse di questo commentario, non credo che sia opportuno riportare, neppure in sintesi, gli argomenti che rimarcano la distanza della nostra definizione di proprietà (al singolare), rispetto ai precedenti romani delle proprietà (al plurale). Basta, d'altra parte, scorrere il variegato elenco, appena riportato, dei rimedi predisposti

dalla storia romana per convincersi che non è per niente agevole individuare il modello cui si è ispirata la nostra unica azione di rivendica, progettata a tutela dell'unico concetto di proprietà oggi esistente.

A questo punto, inquadrato il conflitto tra il proprietario e il possessore nella più ampia tematica della scelta del soggetto al quale l'ordinamento giuridico concede il massimo della protezione nella utilizzazione dei beni del mondo esterno, è tempo di passare, senza ulteriori e affaticanti premesse, alla scelta di una delle due teorie che oggi si contendono il campo in materia di *necessitas probandi* nell'azione di rivendica.

### **6. Segue: le circostanze storiche che hanno giustificato le due opposte teorie sulla prova.**

Mi propongo ora di individuare le accidentalità storiche il cui avvicinarsi ha giustificato l'alternarsi delle due principali soluzioni che nel corso dei secoli si sono divise il campo sul tema della prova nella rivendica.

Il bandolo della intricata questione si trova, a mio avviso, in quella particolare terminologia, famosa ed emblematica, con cui i giuristi medievali etichettarono l'argomento. Essi al riguardo coniarono la espressione di *probatio diabolica*, volendo significare che soltanto la mente del diavolo poteva escogitare una tale raffinata difficoltà a carico del rivendicante. La complicazione cui era chiamato il proprietario era, infatti, sicuramente superiore alle possibilità umane. Di fronte alla esagerazione iperbolica della fraseologia adoperata per la prima volta, forse, da Accursio, al cultore del diritto positivo nasce una curiosità piuttosto ovvia. Come mai i giuristi romani, che pure crearono una complicata combinazione tra rimedi (*interdicta*) a difesa della situazione possessoria e processo petitorio a difesa della proprietaria, non lasciarono intravedere, a proposito della prova, alcuna perplessità?

Gli specialisti hanno fornito risposte pienamente convincenti. Le loro riflessioni consentiranno di giustificare quelle accidentalità storiche che si sono ripetute con una certa frequenza e che, come è stato intuito dal Prof. Sacco sia pure per altre finalità interpretative, rappresentano la vera base logica dell'onere probatorio nel nostro attuale sistema.

Tralascio le epoche più antiche della *legis actio sacramenti* (112); fintantoché i litiganti si scambiavano una vera *sacratio* accompagnata da *iusiurandum*, la decisione finale della contesa era percepita come manifestazione di una volontà divina che proclamava *iustum* il *sacramentum* di un litigante e *iniustum* quello del suo avversario. In un simile contesto è difficile individuare qualcosa di razionale che possa costituire il presupposto di precetti logici da applicare e, quindi, da ripetere

nel futuro. Quando, finita l'epoca regia, la soluzione della contesa cominciò ad essere affidata ad un *arbiter* e poi ad un *iudex*, per indicare la decisione finale (*pronuntiatio* o *iudicatum*) (113) della procedura contenziosa si prese ad utilizzare il nuovo termine *sententia*, che allude evidentemente al convincimento umano (*sentire*) dell'organo giudicante privato. Quando il *sacramentum* divenne *poena* pecuniaria, se la decisione doveva basarsi sulla persuasione, ne derivò inevitabilmente che le soluzioni delle liti dovessero basarsi su argomenti razionali e tecnici (114).

Fatta questa premessa che risale agli albori della storia giuridica romana, desta meraviglia la scoperta che il primo ad occuparsi con metodo e in maniera sistematica della prova, ossia di uno dei momenti nodali del processo, sia stato Giustiniano.

Nel momento ultimo e conclusivo di quello che noi moderni chiamiamo ordinamento giuridico romano, si assisteva ad una giurisdizione caotica improntata a prassi bizzarre e spesso condizionata da interessi di potere localistico. La corte bizantina, allo scopo di portare a conclusione i processi in modo stabile ed uniforme, si era mostrata particolarmente sensibile circa la necessità di disciplinare gli strumenti probatori nelle controversie e sulla opportunità di fissare la ripartizione dei relativi oneri tra i contendenti. Per tali esigenze di carattere prescrittivo era difficile trovare idonei riferimenti e materiale adeguato nel lavoro della gloriosa giurisprudenza classica, in quanto dal *ius vetus* emergevano sempre soluzioni episodiche e particolari per casi speciali. Per un imperatore che, attraverso la struttura antologica della sua opera legislativa, esprimeva l'idea di non volere innovare la precedente esperienza giuridica, era molto arduo imporre ai giudici una interpretazione univoca del *novum ius* utilizzando strumenti del passato. D'altra parte, come costateremo meglio tra breve, non era facile collegare le precedenti *constitutiones principum* (115) che, con la forza della legge, si erano occupate in modo confuso, altalenante e contraddittorio della materia delle prove, con il pensiero casistico proprio della giurisprudenza classica.

Fu nel libro XXII dei *Digesta*, e precisamente nel terzo e quinto titolo con la dedica *de probationibus et praesumptionibus*, e *de testibus*, il luogo in cui, allo scopo di fissare regole generali, vennero selezionati e accorpati brani della giurisprudenza classica.

Su questi passi vanno riportate subito due annotazioni chiarificatrici. Nessuno tra gli specialisti del diritto romano crede che i frammenti riportati da Giustiniano sul tema delle prove “siano rapportabili gli autori antichi ai quali ne viene attribuita la paternità” (116). La seconda annotazione, che conferma la prima e diffusa opinione, riguarda il tono legislativo delle interpolazioni che, in passato, si soleva indicare con il termine *tribonianismi*. Essendosi ormai affermata la concezione statale del diritto, il precedente modo di argomentare e di esprimersi dei giuristi classici e degli imperatori coevi che si manifestava con affermazioni problematiche e applicabili con elasticità ed estrema prudenza ai casi concreti, si trasforma, una volta inserito nel

*Corpus iuris* in tema di prove, in un ordine sintetico e perentorio con andamenti linguistici che contengono connotazioni e moduli autoritativi (117). Giustiniano, in altri termini, modifica i brani dei giuristi classici dedicati alla prova, facendo emergere una cadenza rigorosa tipica delle espressioni legislative e fissando un insieme di comandi, impensabili in epoche precedenti, su come doveva essere valutata legalmente la prova da parte del giudice (118).

Sull'argomento della prova processuale, quello che per noi è un problema ancora dibattuto, quello che nell'opera di Giustiniano appare come una miscellanea disordinata di problemi diversi riguardanti ora i mezzi di prova ora il suo oggetto ora la distribuzione del relativo onere, dalle opere dei giuristi romani, per tutta l'epoca classica, non conosciamo quasi niente. Nei loro scritti non si riesce neppure ad individuare alcuna *sedes materiae* per la trattazione in generale della questione.

La lacuna, ad un primo esame, appare piuttosto grave. Anche perché, come è noto, i romani pensavano al loro ordinamento non in termini di diritti, bensì di azioni. La spiegazione di quella che ai cultori del diritto positivo appare come una sorprendente trascuratezza sta, molto probabilmente, nella seguente circostanza: la necessità di provare certi fatti in capo ad uno dei due litiganti stava fuori dai temi di competenza dei giuristi. La *necessitas probandi* era, infatti, “un problema che doveva essere normalmente risolto dagli *advocati* e *oratores* o *patrones* che assistevano le parti *apud iudicem*” (119). In tale fase processuale, davanti ad un *iudex privatus* normalmente non esperto di diritto, le questioni si affrontavano con l'arte retorica, con metodi, ossia, logico-argomentativi. Con essi riesce a prevalere non tanto chi abbia effettivamente ragione, ma colui che riesca a persuadere l'organo giudicante con tecniche che non erano di stretta competenza dei giuristi.

Per quanto attiene ai discorsi pertinenti alla sfera dei giuristi, la prova a carico del rivendicante non era certo un onere trascurabile, ma, come ci riferiscono gli specialisti, “neppure tanto gravoso da giustificare la qualificazione di *probatio diabolica* da parte dei giuristi medievali” (120). La assenza di dubbi e di incertezze appare evidente dalla lettura delle stesse Istituzioni di Gaio. L'autore (121), esemplare per pacatezza di stile e chiarezza di vedute, trattando della formula petitoria sancisce, senza lasciare trasparire alcuna difficoltà, la vittoria dell'attore se costui proverà che la cosa gli appartiene: *si probaverimus rem nostram esse*. Manca qualsiasi precisazione sulle modalità di dimostrazione della appartenenza.

Qualche tempo dopo, lo stesso Ulpiano (122), in maniera molto nitida e ricorrendo quasi alle medesime espressioni usate da Gaio, afferma che il possessore avrà l'obbligo di restituire, *ubi enim probavi rem meam esse*. Anche qui fa difetto qualunque informazione sul modo con cui occorre analizzare la titolarità sulla cosa rivendicata; come se il fornire spiegazioni al riguardo apparisse sconveniente per la eccessiva banalità della questione.

Un simile e imbarazzante silenzio crea impaccio ad un cultore del diritto positivo. Tanto più considerando che si tratta di un tema, quello della prova nella rivendica, sul quale le opinioni odierne non sono ancora riuscite a trovare una soluzione soddisfacente, divise, come sono, in un duplice registro di declamazioni.

Torno al diritto romano. Solo con il consolidarsi della prassi processuale delle *cognitiones extra ordinem*, ma le prime problematiche si erano manifestate in precedenza, comincia a profilarsi qualche incertezza; inizia l'abitudine di rivolgersi alla cancelleria imperiale per ottenere indicazioni da seguire per l'espletamento delle prove. Con Costantino si assiste ad un consapevole cambiamento di rotta. In una sua *constitutio* del 325 (123), l'Imperatore è ben consapevole che sul tema della prova esistono un assodato pensiero giurisprudenziale e rescritti delle cancellerie (*veteris iuris definitio e principum rescripta*) che impongono solo al rivendicante l'onere della prova e che mandano assolto il possessore dall'obbligo di restituzione se la prova non riesce. Purtuttavia egli, spinto da esigenze di equità e di giustizia (*nos aequitate et iustitia moti iubemus*), comanda che, quando il rivendicante non dà prova piena e convincente della sua titolarità (*sed si deficiat*), il convenuto deve a sua volta provare il presupposto del suo potere sulla cosa. Costantino cambia il gioco tradizionale e stabilisce che anche il possessore debba provare a quale titolo tiene la cosa. Il *iussum* di Costantino, in buona sostanza, sembra anticipare nei suoi termini essenziali la dottrina del titolo migliore tra i due contendenti della rivendica.

La prassi istaurata da Costantino, in opposizione all'insegnamento giurisprudenziale precedente, non resiste molto. Per la dimostrazione dell'assunto è sufficiente ricorrere, prescindendo da ulteriori riferimenti altrettanto probanti, alle Istituzioni di Giustiniano, soprattutto per la sua indubbia importanza e influenza sui successivi ordinamenti medievali e moderni. Nel manuale (124) è contenuto un annuncio teorico (125) sul *commodum possidendi* che concretizza e delinea il programma e le scelte normative che saranno realizzate nelle varie articolazioni del *Corpus iuris*. Si intende restaurare il regime vigente prima di Costantino, richiamando la definizione dell'antica regola, ossia, come scrive l'Imperatore, quando era più agevole possedere piuttosto che agire con l'azione petitoria. Il vantaggio della situazione possessoria consiste, come precisa il manuale bizantino, nella seguente circostanza: anche se la cosa non appartiene al possessore, se l'attore della rivendica non potrà provare che la cosa è sua, *remanet suo loco possessio*.

A conferma del progetto contenuto nelle sue *Institutiones*, Giustiniano, nella seconda edizione del *Codex*, fa cancellare il *iussum* emanato nel 325 da Costantino dalla raccolta delle *constitutiones* dei suoi predecessori. La cancelleria di Giustiniano, come ho annotato in precedenza, presta una attenzione meticolosa ai problemi delle prove, rivelando una ben diversa accortezza redazionale

rispetto a quella dimostrata in precedenza dai compilatori del *Codex* teodosiano. Questi ultimi, nel pubblicare nel 438, ordinandole per materie, una raccolta di *edictales generalesque constitutiones* emanata dal tempo di Costantino fino all'imperatore Teodosio II che ne aveva disposto la redazione, non si erano accorti di una evidente aporia che forse non doveva scandalizzare eccessivamente gli utenti del diritto di quel periodo magmatico (126). Sempre in materia di prova della rivendica, i redattori del testo teodosiano riproducevano, subito dopo la disposizione di Costantino, un rescritto (127) degli imperatori Arcadio ed Onorio del 396 di senso diametralmente opposto (128). Il successivo dileguamento della *lex* di Costantino dal *Codex* di Giustiniano equivale alla sua abrogazione; con l'intento, per il futuro, di ritornare al sistema classico che imponeva solo al rivendicante la *necessitas probandi*. Giustiniano ribadisce il rescritto di Arcadio ed Onorio, mandando assolto il possessore convenuto in rivendica, qualora il *petitor* non fornisca la prova della appartenenza che è imposta solo a lui.

Questa affrettata ricostruzione del tema della prova nel diritto romano, se esatta, presenta due peculiarità che meritano una più attenta riflessione. Innanzitutto occorre prendere atto che noi, pur sapendo che esisteva, non conosciamo espressamente i connotati di quello che Costantino qualifica *veteris iuris definitio*, circa l'oggetto della prova che doveva fornire l'attore in rivendica per prevalere. In secondo luogo, per noi che abbiamo nozione dei successivi e recenti sviluppi del dibattito, il dettato profondamente innovativo di Costantino, in seguito rifiutato da Giustiniano, sembra, anzi è l'anticipazione fedele del criterio del titolo migliore. Sorprendono le identiche motivazioni addotte tanto da Costantino che dai fautori francesi della dottrina *du droit meilleur*: ragioni di equità e di giustizia. Le stesse logiche che hanno indotto la nostra giurisprudenza recente ad introdurre, come ho più volte annotato in precedenza, un canone probatorio che, trascurando ogni severità sul tema, mira a tutelare l'attore contro chi possiede con un titolo meno valido o più improbabile; favorendo in questo modo, si aggiunge con un tocco di comparazione sprovvincializzante, l'allineamento del diritto italiano ai moderni diritti continentali. Nessuno, come si ama ripetere sulla questione, ha dimostrato che il possessore meriti un trattamento preferenziale rispetto all'attore gravato, in astratto, da un intollerabile ed esclusivo fardello probatorio. Nessuno, come si trova scritto da più parti, ha ancora dimostrato che risulta opportuno seguire il rozzo insegnamento della giurisprudenza classica che l'Imperatore Giustiniano sintetizzò brillantemente nel modo seguente: quando risultano oscuri i diritti vantati dai due contendenti, si è soliti pronunciare una sentenza contro l'attore in rivendica.

A questo punto occorre chiedersi se, al tempo di Costantino, si erano verificate quelle accidentalità storiche, che, come suggerisce il Prof. Sacco, costituiscono l'unica e vera base logica della soluzione da adottare per individuare il soggetto da tutelare e, di conseguenza, il tema della

prova che serva ad identificarlo. In seconda battuta si dovrà poi esaminare se le medesime accidentalità del tempo di Costantino si erano ripresentate nel periodo immediatamente precedente la rivoluzione francese, spingendo ad abbandonare il criterio dell'antico rigore della *necessitas probandi* posta ad esclusivo carico del rivendicante. Sarà interessante, infine, accertare se le stesse situazioni storiche erano presenti allorquando nella dottrina del diritto comune, nel sottolineare l'importanza della fase probatoria nello svolgimento delle diverse rivendiche allora esistenti (129) si coniò l'espressione famosa della *probatio diabolica* (130), spinti dalla necessità di valutare le diverse posizioni assunte dall'attore e dal convenuto.

Per intendere il cambiamento voluto da Costantino, è prima necessario individuare quello che il primo imperatore cristiano definisce come la regola dell'antico diritto (*veteris iuris definitio*) (131), ossia l'impostazione tradizionale dell'onere della prova nella rivendica. Si tratta proprio di quel tema sul quale i giuristi romani, per tutta l'epoca classica, furono molto avari di considerazioni; come se, per la ovvia banalità della questione, fosse inutile qualsiasi precisazione sul modo di raggiungere la dimostrazione che la cosa rivendicata appartiene al *petitor*. Spero di non trascendere i limiti e la funzione del presente commento dedicato allo studio del nostro sistema. Confido, però, che la ricostruzione del pensiero di quegli antichi giuristi, consentirà di avviare a soluzione il nostro dibattito sulla prova. Per la mia mancanza di competenze cercherò di riassumere, anche questa volta, le considerazioni svolte dagli specialisti del settore. D'altra parte le sintetiche ricostruzioni storiche sul diritto di proprietà e sulla nozione di possesso svolte in precedenza, consentiranno di procedere ora più agevolmente.

Per il rito processuale più antico, quello della *legis actio sacramento in rem*, manca una decisa diversificazione della posizione dei contendenti. Ogni litigante, non essendosi ancora realizzata la più progredita divisione delle parti nei rispettivi ruoli dell'attore e del convenuto, viene designato con il termine di *reus*; entrambi i protagonisti della contesa affermano la piena signoria (*ex iure quiritium*) sulla cosa. Per il periodo più risalente manca lo stesso concetto di proprietà, anche se esiste già il concetto di possesso contenuto nella nozione originaria di *usus*. La *vindicatio* primitiva non è un'azione a tutela di una appartenenza piena su una *res*, bensì uno strumento di difesa predisposto per una pluralità di posizioni di potere e di supremazia nei confronti di tutti i consociati. Lo attesta il perdurare, ben oltre il secondo secolo della nostra era, della varietà degli impieghi dell'originario *mancipium* (132). Queste numerose situazioni di egemonia, tra loro più o meno differenziate, si possono compendiare nel termine *potestas* spettante al *pater* sui componenti, persone e cose, necessarie alla vita di quel gruppo che si chiama *familia*. Una tale mescolanza indifferenziata di poteri è attestata dalla circostanza che ancora al tempo di Gaio quel termine conservava, a volte (*mancipatio familiae*), il significato di *patrimonium* (133); quello stesso termine

ancora oggi, pur assumendo un connotato puramente economico, come avviene per esempio nel sintagma *responsabilità patrimoniale*, lascia trapelare la sua origine identificante nella sfera di pertinenza della paternità.

Il concetto economico di appartenenza inizia a emergere con connotati di autonomia solo nel periodo repubblicano avanzato, verso la fine del III secolo a.C. Prima del *dominium* e del successivo termine di *proprietas* si rinviene storicamente il *dominus* che possiamo descrivere, con sufficiente precisione, come colui (*pater*) che esercita un potere connesso con la *domus*. È il caso di osservare che, proprio in questa cornice, sorge il problema che ci interessa da vicino: la prova della proprietà. La dimostrazione dipende, ovviamente, dalle modalità con le quali in quei tempi si realizzava l'attribuzione della appartenenza esclusiva *ex iure quiritium*. In ogni caso, però, l'oggetto della prova giudiziale deve consistere nel mostrare il segno sicuro della appartenenza. Per l'attore si tratta di individuare la esistenza del potere sulla cosa che deve essere materialmente presente nel luogo della contesa, dimostrandone non soltanto l'avvenuta investitura a proprio favore ma, soprattutto, accertando, con tale attestazione, anche la impossibilità logica che altri possano contemporaneamente sfoggiare la medesima attribuzione.

Desidero sottolineare l'importanza di questo duplice aspetto della prova giudiziale del *dominium rerum ex iure quiritium*: l'investitura a favore del *petitor* e la ragionevole esclusione che altri potessero vantare lo stesso potere. Una evidente conferma di tale duplice obiettivo che doveva raggiungere la *necessitas probandi* del rivendicante, si ricava dall'effetto normativo illimitato delle sentenze che concludevano i processi per *legis actiones* (134). Era naturale che la pronuncia conclusiva della *legis actio sacramento in rem* dovesse valere come verità assoluta.

A questo punto si rivelano, forse per la prima volta, i contorni di quel titolo ieratico che serve, come scrive il Prof. Sacco, per individuare il soggetto favorito nella utilizzazione dei beni del mondo esterno. Il titolo, come meglio è stato descritto, è composto da un insieme di circostanze di fatto che assegnano ad un soggetto la protezione senza limiti di tempo; o più esattamente, fino a quando non intervenga un altro insieme di circostanze di fatto, che porranno termine a quella protezione.

Sull'argomento sappiamo dal Digesto che gli stessi giuristi romani (135), storicizzando il fenomeno della attribuzione esclusiva di cose e di persone, spiegavano il *dominium rerum*, derivandolo *ex naturali possessione*. Giacché si tratta di questioni relative a periodi piuttosto risalenti, nessuno è in grado di affermare con sicurezza se tali opinioni rispondono al vero. Quel riferimento, tuttavia, è molto interessante. Da un antico precetto decemvirale, da ascrivere a vetusti *mores maiorum*, si avverte una significativa convalida del pensiero di Paolo, giurista tardo classico, rafforzato nella sua impostazione storica, con le citazioni delle precedenti opinioni di Labeone e di

Nerva: a seguito di una utilizzazione di cose o persone protratta per un certo periodo di tempo, nasce uno stabile potere giuridico. Infatti, quasi a conferma della probabile esattezza di quella congettura, nella legge delle dodici tavole (XII tab. 6,3) si intuisce come già esistente il legame tra possesso e quella che poi diventerà la nozione di proprietà quiritaria. Le Tavole della legge, all'inizio dell'esperienza giuridica romana, fissavano una regola, ancora non del tutto chiara nelle sue diverse implicazioni, del seguente tenore: *usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum omnium annus*.

L'antico *usus*, che corrisponde probabilmente al termine più recente di *possessio* (136), costituiva il fondamento del *meum esse*. L'*usus* rappresentava, insieme alla ancora misteriosa *auctoritas*, la modalità di investitura delle varie signorie *ex iure quiritorium*. Nel contesto di quel precetto decemvirale, la utilizzazione di fatto di un *fundus* o di qualunque altra cosa, compresa la donna, alludeva alla idea della trasformazione del potere di fatto sulla *res* nella corrispondente signoria di diritto, decorso il biennio o l'anno. Colui che di fatto, attraverso l'*usus*, utilizzava una cosa, ne diveniva *dominus*; più esattamente, vista l'antichità della regola, poteva proclamare l'appartenenza *ex iure quiritorium*. Prima del completamento del periodo necessario alla trasformazione, il meccanismo della *auctoritas* forse garantiva colui che ritualmente, ossia attraverso il *mancipium*, era stato immesso nel godimento del bene. Questo secondo aspetto della regola decemvirale è poco influente per la questione che ci interessa. È importante ribadire che, decorso il periodo prescritto, il potere di fatto, consistente nella possibilità di conservare, usare, modificare, alienare e distruggere, si trasformava nella appartenenza piena del potere. Tale signoria corrispondeva alla utilizzazione che in concreto si era realizzata sul bene, nel biennio o nell'anno precedente. Dalla stessa terminologia decemvirale emerge, o meglio si intuisce, che l'*usus*, scomparendo, doveva trasformarsi in un modo di acquisto del potere corrispondente alla precedente utilizzazione. Ciò avveniva per mezzo del possesso continuato per il periodo di tempo stabilito, la cui durata rimase inalterata per tutta l'età classica. L'*usus* durerà due anni per i fondi e un anno per tutte le altre cose: decorso questo periodo temporale l'*usus*, venendo meno, si è trasformato in qualcosa di diverso, che non viene però espressamente menzionato nella regola decemvirale.

Fin da epoca remota, quindi, da certe situazioni possessorie si collegò la possibilità di un effetto di grande rilevanza: la piena investitura del diritto o meglio l'attribuzione di una situazione potestativa pienamente riconosciuta. È questo, molto probabilmente, il significato della attestazione alquanto sorprendente secondo cui la proprietà deriva naturalmente dal possesso. Il fenomeno fu designato con il termine *usucapio*, che esprimeva alla lettera quell'accadimento. “Le stesse fonti (romane) ravvisano concordemente la ragione d'essere della usucapione nella possibilità che essa offre d'una prova certa del dominio” (137).

Si ha così conferma di quello che ci trasmette il Digesto riportando il pensiero di Paolo, il quale cita anche l'opinione di Nerva *iunior*: la proprietà delle cose ebbe inizio dal possesso. D'altra parte, in simile prospettiva, è agevole concordare con l'idea, manifestata dagli stessi giuristi romani, secondo cui la *usucapio* fu introdotta per un interesse generale: altrimenti la proprietà sarebbe rimasta sempre incerta (138).

Siamo così giunti al centro del problema trattato in questo paragrafo. Anche se in nessuna fonte a noi pervenuta risulta spiegata la modalità di espletamento della prova, è molto probabile che proprio quello, ossia la dimostrazione della intervenuta *usucapio*, fosse l'oggetto della dimostrazione che doveva suffragare, nella vicenda processuale, l'affermazione formale della appartenenza: il *meum esse ex iure quiritium* della più antica forma di *vindicatio*. La sfida che i due contendenti si scambiavano solennemente davanti al pretore, ossia *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*, era, con ogni probabilità, la *usucapio*. Tra i due litiganti prevaleva solo chi dimostrava a proprio favore la esistenza della intervenuta *usucapio*. Se la prova non riusciva, colui che era nel possesso al momento della lite rimaneva, ovviamente, assolto da qualunque ed eventuale obbligo restitutorio. Anche se nel corso del processo fosse emerso con certezza che la cosa rivendicata non era del possessore, anche se dopo avere espletato le prove fossero risultati ancora oscuri i diritti vantati dai due contendenti, il *petitor* era destinato a perdere la lite (139). Per prevalere il rivendicante doveva in ogni caso dimostrare l'intervenuta usucapione a suo favore.

Posto che è logicamente impossibile che due persone possano utilizzare di fatto un stesso bene contemporaneamente e all'insaputa l'una dell'altra, la esibizione dell'intervenuta usucapione garantisce il raggiungimento del secondo obiettivo che deve essere centrato dalla prova nella rivendica. Il completamento del tempo necessario per l'usucapione attesta, infatti, non solo che il bene sia dell'attore, ma anche la impossibilità logica che altri possano vantare sulla cosa il medesimo diritto.

Se vogliamo tirare una prima conclusione di carattere generale, si può affermare che la antica *usucapio* contiene tutti gli elementi di quello che, con la terminologia ideata dal prof. Sacco, si può definire *titolo ieratico* o solenne della proprietà. Da tale titolo deriva l'investitura del diritto, il cui titolare è il soggetto avvantaggiato nel godimento dei beni. Si tratta proprio di quella persona cui è attribuito il potere di prevenire le ingerenze di soggetti estranei, o di farle cessare quando si siano già verificate. Il titolo comprende, è opportuno ribadirlo, un insieme di circostanze di fatto (*usus* e tempo) dalla cui esistenza dipende la protezione del soggetto che chiamiamo proprietario. Ciò avviene, ovviamente, quando la protezione accordata al titolare non coincide con quella concessa al possessore. Allora la protezione del proprietario dura senza limiti di tempo, fino a quando non interviene un altro insieme di circostanze di fatto, che porranno termine alla protezione. Il titolo da

cui discende questa protezione si può anche definire acquisto originario (140), ossia una investitura dalla quale origina un nuovo diritto prima inesistente, o una nuova vicenda del diritto su quel bene determinato. Tale titolo, che possiamo variamente denominare ieratico o solenne o originario, porta con sé anche la dimostrazione che non possano esistere altri soggetti investiti dello stesso potere.

Se paragonato alle difficoltà cui andranno incontro i giuristi successivi nel trattare il tema della prova, appare sorprendente la semplicità del meccanismo di investitura che discende dalla regola decemvirale. La mancanza di equivoci connessa alla utilizzazione di fatto di una *res*, la rapidità del tempo richiesto per completare l'usucapione, giustificano quella disarmante carenza di precisazioni sulle modalità di dimostrazione della appartenenza che abbiamo registrato presso i giuristi romani; certamente fino al tempo di Gaio, ma anche successivamente se è vero che Ulpiano sul tema della rivendica adopera le medesime espressioni dell'autore delle istituzioni.

La prova della appartenenza doveva apparire talmente spedita e lineare da non richiedere soverchie spiegazioni, oltre alle scarse e indirette notizie che ci sono pervenute. Da una circostanza naturale da tutti percepibile, qual è il possesso, derivava la modalità principale dell'investitura del diritto di proprietà: *dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait*. Appare singolare poi, agli occhi di un cultore del diritto positivo la seguente circostanza: la situazione di fatto, più antica della stessa proprietà, costituisce storicamente il fondamento stesso (titolo ieratico) della attribuzione del potere più tutelato dall'ordinamento. Dalla utilizzazione di fatto, ossia dal possesso protratto al massimo per un biennio, deriva la piena investitura nella situazione di diritto, ossia la proprietà. Appare inevitabile annotare che questi due storici antagonisti, il possessore e il proprietario, siano proprio coloro che si scontrano nella rivendica, ossia nella contesa che offre il massimo della protezione al proprietario. Sulla base di tali presupposti ne consegue, per regola logica prima che giuridica, che l'attore in rivendica, per prevalere sul possessore e per ottenere la consegna, deve dimostrare a proprio favore l'investitura della usucapione. Se non ci riesce, il possessore va assolto dall'obbligo di restituzione, cui naturalmente mira la rivendica.

Siamo così giunti alla probabile ricostruzione della regola che Costantino, trattando del tema della prova, chiamava dell'antico diritto (*veteris iuris definitio*). A questo punto rimangono da individuare le circostanze storiche che spinsero Costantino ad abbandonare un sistema di investitura così semplice e collaudato, stravolgendo le conseguenti regole della prova giudiziale della proprietà che risalivano al V secolo a.C., alla legge delle dodici tavole o, forse, a precedenti ed ancestrali fenomeni consuetudinari che la commissione dei *decemviri legibus scribundis* inserì nella raccolta lignea.

Per rendere più scorrevole il filo dei ragionamenti e delle ricostruzioni che sto per affrontare, scrivo subito che quelle nuove accidentalità storiche, come le chiama il prof. Sacco, riguardano

alcune trasformazioni che influenzano il sistema dei rapporti che, per buona parte dell'età classica, era rimasto nettamente diversificato tra il concetto di proprietà e quello di possesso (141). Per comprendere quelle contingenze storiche, le quali, lungi dal rispondere ad una esigenza di logica indeclinabile, modificarono tuttavia il gioco delle protezioni nel godimento dei beni, occorre partire da alcuni eventi che si erano già verificati nella prima età imperiale.

Alla *usucapio* si affiancò un fenomeno somigliante quanto ai suoi effetti, anche se nettamente diverso nella struttura, per i fondi provinciali situati fuori dalla penisola italiana, per i quali a vantaggio dei privati non era configurabile una titolarità *ex iure quiritium* e i relativi meccanismi di investitura. Per tali immobili, infatti, il *dominium* spettava formalmente al popolo romano o all'imperatore. L'evento apparentemente attributivo, diffuso nei territori di cultura ellenistica, fu denominato *longi temporis praescriptio* (142). All'inizio non si trattò di un modo di acquisto modellato sulla usucapione, bensì di una *exceptio* che, introdotta nella prassi dei tribunali provinciali, poteva essere opposta dal possessore convenuto contro colui che chiedeva la restituzione di un immobile provinciale. Si poteva eccepire al rivendicante il lungo possesso (decennale o ventennale) indisturbato ed ottenere l'assoluzione dall'obbligo di restituzione. Per la verità non si poteva parlare tecnicamente di una azione di rivendica perché l'attore, che chiedeva la condanna alla restituzione del fondo situato fuori dall'Italia, non poteva qualificarsi come *dominus ex iure quiritium*; né, tantomeno, il convenuto avrebbe potuto invocare, per le medesime ragioni e nonostante il lungo periodo di possesso, l'avvenuta *usucapio*. L'elenco dei beni suscettibili di *praescriptio*, con il passare del tempo, si arricchì a dismisura, includendo per i peregrini anche i mobili. Per alcuni immobili, come gli *agri vectigales*, sebbene mai definiti in termini di *dominium*, si attribuivano esplicitamente (*locatio in perpetuum*) poteri analoghi alla proprietà quiritaria e il pretore concesse a loro tutela un'*actio in rem* affine alla *rei vindicatio* che fu denominata *actio vectigalis*. Per descrivere queste nuove signorie si adoperò una terminologia di tipo possessorio e i titolari furono chiamati *possessores*. A queste nuove forme di possesso, relative ai terreni di pertinenza pubblica, si finì per conferire la struttura di diritti soggettivi di tipo dominicale. Per rendersi conto dell'importanza crescente del fenomeno, è sufficiente scorrere un elenco, anche incompleto, di questi nuovi diritti. Si possono menzionare i *fundi patrimoniales* e quelli inclusi nella *ratio* (o *res*) *privata* appartenenti all'imperatore e che lo stesso, tramite un *procurator*, concedeva ai privati. Tali concessioni, spesso onerose, attribuivano il potere di compiere atti di disposizione *inter vivos* e *mortis causa*, e i relativi terreni furono designati come *fundi emphyteuticarii* e *perpetuarii*. Analoghe situazioni giuridiche di tipo dominicale ebbero le *aedes superficiariae*; così pure le concessioni sull'*ager publicus* che, a seconda dei casi, vennero qualificati come *fundi stipendiarii* e *fundi tributarii*. Il tratto comune di queste nuove figure di

appartenenza (c.d. proprietà peregrina), distinte dal dominio quiritario ma a questo sostanzialmente equivalenti, era un insieme di tutele cadenzate sulla proprietà. Esse non furono mai suscettibili di usucapione; era ammessa, in via di eccezione, solo la *praescriptio*. Ciò giustifica, senza necessità di ulteriori riflessioni, il cambiamento di rotta voluto da Costantino, anche perché la antica *usucapio* era ormai caduta in desuetudine.

Ormai la appartenenza sui beni si è infranta, dando luogo ad una serie di nuove situazioni che trascendono la netta diversificazione tra *dominium* e mera *possessio*. Il possesso non è più una semplice relazione di fatto tra un soggetto e una cosa; il possesso ormai viene considerato come un potere che per ottenere riconoscimento e tutela giudiziaria deve in qualche modo oggettivarsi in qualche diritto (143); il possesso, più esattamente, non è più una mera signoria di fatto, ma manifestazione dell'esercizio di un diritto. Il possessore convenuto in una azione petitoria potrebbe essere titolare di uno di questi nuovi diritti affini alla proprietà. Ormai si delinea un quadro generale di offuscamento della netta distinzione precedente tra il dominio e il possesso (144), le due posizioni che si fronteggiano nello schema della rivendica.

In un simile contesto appare quindi perfettamente plausibile il cambiamento di rotta voluto da Costantino che cancella la vecchia regola della prova; di quel precetto, ossia, che risalendo indietro nel tempo fino alla legge *duodecim tabularum*, gravava il solo attore della *necessitas probandi*. Come è specificato nella sua *constitutio* del 325, se l'attore non fornisce la prova piena della propria titolarità (*sed si deficiat pars eius in probationibus*), al convenuto sarà allora imposto, per ragioni di equità e di giustizia, di spiegare le ragioni del suo possesso (*tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat*).

Si inaugura così il nuovo e fortunato criterio del titolo migliore tra i due contendenti della rivendica. Fortunato perché un'eco di quella antica impostazione è pervenuta fino alla nostra giurisprudenza. Questa, ancora affascinata dall'equilibrio di quell'antico insegnamento, ha finito per introdurre un canone (145) che, ispirandosi implicitamente al *iussum* di Costantino, trascura ogni severità sul tema della prova e mira a tutelare l'attore contro chi possiede con un titolo meno valido. La accidentalità storica che legittimò la prima volta tale innovazione dipese, quindi, dal moltiplicarsi, accanto al *dominium ex iure quiritium* di un lungo elenco di nuove forme di appartenenza che, sebbene formulate con terminologia possessoria, attribuivano ai rispettivi titolari una protezione che, pur cadenzata sulla proprietà, si mantenne sempre distinta da essa.

Volendo trarre considerazioni di carattere generale dalla precedente esposizione, si può tracciare il seguente schema.

Fino a quando nell'ordinamento esiste un'unica forma di spettanza alla quale è attribuita il massimo della tutela possibile; fino a quando tale struttura di appartenenza efficace su una porzione

determinata del mondo esterno risulta nettamente contrapposta alla semplice utilizzazione di fatto, il gioco della prova impone solo al soggetto più favorito, ossia all'attore della rivendica, l'onere relativo della dimostrazione della propria investitura. Ciò significa che chi chiede la massima protezione offerta dall'ordinamento, deve provare quello che è stato definito titolo ieratico o acquisto originario della propria investitura: non solo la prova di essere il titolare, ma anche la indicazione logica che non può esistere un altro soggetto che può vantare lo stesso potere sul bene controverso.

Il gioco della prova cambia, quando la tutela del diritto viene attribuita anche a poteri formalmente distinti dalla proprietà, ma configurati con terminologia e connotazioni possessorie. Il gioco della prova cambia, quando le protezioni sono accordate a nuovi e distinti titolari di situazioni giuridiche altrettanto ampie quanto la proprietà e su di essa modellate. Il gioco della prova cambia, quando si indebolisce la distinzione tra titolarità e potere di fatto. L'onere della prova, quando si realizzano queste circostanze, finisce, con buona ragione, per distribuirsi equamente tra l'attore e il convenuto della rivendica o del giudizio che, seppure variamente denominato, deve decidere la attribuzione definitiva della cosa. Può succedere, infatti, che il *possessor* convenuto sia il titolare di un diritto cadenzato sulla proprietà, ma distinto da questa. Può succedere che il possessore non sia un semplice utilizzatore di fatto o, addirittura, un usurpatore del bene da altri rivendicato, ma, per il fatto del possesso, sia anche investito di un diritto sulla cosa. Quella che si definisce come la dottrina *du droit meilleur ou plus probable*, pur nelle diverse denominazioni storicamente succedutesi, risponde sempre ad una funzione costante ed unitaria: si afferma, per ovvi motivi di equità e di semplicità, quando la rivendica si dirige contro un soggetto che non è un semplice possessore.

Occorre soffermarsi brevemente su questa ultima precisazione: richiamo l'attenzione sulla circostanza che il possesso, nel corso dei secoli, ha assunto lineamenti cangianti. Dalla elementare semplicità dell'arcaico *usus*, si è passati alla parafrasi del *dominium*, come avvenne, indicando solo uno dei tanti esempi possibili, per i possessori degli *agri vectigales*. Se ci chiediamo a quale dei due estremi appartiene l'attuale possesso, la risposta più appropriata è quella che annovera le disposizioni dettate dal nostro codice nel campo della semplicità. Questa semplicità è stata realizzata con significative innovazioni rispetto ai modelli rappresentati dal *Code* del 1804 e dal primo codice unitario. La essenzialità, o più esattamente la assenza di orpelli e di presupposti e di attributi qualificanti, è la prerogativa principale con la quale viene identificato il possessore nel codice del '42. Alla luce delle riflessioni svolte in precedenza (146), mi sembra di potere affermare che nel nostro ordinamento sono delineate una nozione e una struttura di possesso più vicine all'antico *usus*, piuttosto che alla più moderna *possessio*. Per convincersene, basta ricordare la non

necessità di un titolo giustificativo dell'inizio del possesso, persino per quello di buona fede; è sufficiente accennare, ancora, all'assenza di qualsiasi richiamo normativo all'*animus* e al *corpus possessionis*.

Chiusa questa breve annotazione, è opportuno ora analizzare anche gli altri periodi nei quali, per la prova della proprietà, appare vincente l'esigenza, ed anche l'opportunità, di distribuire tra i contendenti il carico delle prove delle rispettive posizioni sostanziali. Il compito dovrebbe essere agevolato dalle considerazioni, contenute nelle premesse di questo commento, sulle variazioni storiche emerse nel corso del tempo sul concetto di proprietà.

Lo stesso panorama che si offriva al tempo di Costantino, si ripresenta all'attenzione dei giuristi del XII secolo. Un complesso di situazioni reali, di rapporti di signorie sulle cose, persino di mere condizioni di fatto (locazione *ad longum tempus*) che risultano tutti quanti tutelati dalla rivendica e che fanno maturare l'idea della coesistenza di più domini sulla medesima cosa. Tutto ciò è conseguenza della mentalità possessoria, ossia del primato dell'effettivo sul concetto della appartenenza, che domina nell'alto medioevo. Al *dominium* si sono sostituiti *dominia* e *iura in re*: questi ultimi non costituiscono una antitesi logica o una limitazione alla proprietà, ma compongono insieme la complicata sfera della titolarità. Nell'età del rinascimento giuridico, adoperando una terminologia romanistica, si vanno così maturando varie forme di rivendica qualificate e differenziate per la tutela di molteplici situazioni dominicali insistenti sul medesimo bene. Si profilano in questo modo un *dominium directum*, il *dominium utile*, e il *quasi dominium*. Si tratta di condizioni di fatto che, tutelate da rivendiche variamente denominate, si trasformano in situazioni di potere elevate alla dignità di *iura in re*. Nel diritto comune non esiste alcun confine tra proprietà e diritto reale limitato. Emerge anzi l'ipotesi di più proprietà frazionate sullo stesso bene, e ciascuna forma di appartenenza ha come oggetto una certa frazione di poteri sulla cosa. Il termine *dominium* appare sempre come il mezzo più adeguato per definire le diverse situazioni reali di consolidata signoria sulle cose. Le distinzioni, legate alla qualità utile ovvero diretta del dominio, finiscono con il porre all'attore non pochi problemi in sede processuale, soprattutto in ordine alla *necessitas probandi*.

In questo contesto molto complicato e realistico matura, inevitabile, la famosa terminologia della *probatio diabolica* e si cominciano ad adottare, non conoscendola esattamente, le strategie opportune per aggirarla.

Un quadro di riferimento non diverso si offre alla famosa dottrina francese del secolo precedente la rivoluzione, a cui molti, a mio avviso erroneamente, attribuiscono il merito di avere creato il criterio del titolo migliore. "*La quasi-totalité des terres appartient à deux maîtres, dont l'un a le domain éminent, ou direct, et l'autre, le domain utile*" (147). A metà del XVIII secolo, grazie

alle nuove idee economiche della scuola fisiocratica, si proclama la lotta alla distinzione tra il dominio eminente e quello utile e si progetta la necessità di una proprietà unica ed assoluta. Sembra rinascere l'idea del *dominium* romano dell'epoca classica. Ed è proprio questa l'idea che i redattori del *Code*, forse “ubriacati dalla retorica ottantanovarda della nuova proprietà liberata” (148) dai vincoli feudali, hanno voluto realizzare, cacciando via la vecchia mentalità giuridica e rimpiazzandola con la nostalgia della idea mitica e mai esistita, almeno in precedenza, di una unica nozione di proprietà.

Volendo brevemente richiamare considerazioni già svolte nella fase iniziale del presente commento, occorre evidenziare che la storia moderna della proprietà, ossia la sua essenziale linearità, vedrà nella codificazione francese e, soprattutto, nella pandettistica tedesca il suo punto di arrivo. Quanto la titolarità feudale e i *dominia* del diritto comune stavano nella loro natura composita e complessa, tanto l'idea moderna della proprietà sta nella sua semplicità. Tale qualità impedisce che la proprietà possa nuovamente frazionarsi. Le numerose forme di appartenenza esistenti prima della rivoluzione francese, sono ormai scomparse, trasformandosi, per legge, da entità modulate sulla infinita capacità di godimento offerte dalle cose, a entità unitaria dimensionata sul titolare.

Della nuova idea di proprietà si trovano un test definitivo e una inoppugnabile certificazione nell'art. 832 c.c. e precisamente nella circostanza seguente: la disposizione contiene una eloquente dissociazione tra la rubrica e il suo contenuto. In altri termini, il contenuto del diritto, espressamente programmato nel titolo dell'articolo, è sostituito, nel contesto della definizione, dal profilo del proprietario, anziché sulla proprietà, così come invece sarebbe logico aspettarsi. L'esercizio del diritto non è tanto la somma di un godere e di un disporre che appare come la sedimentazione della logica medievale di una titolarità composita e strutturalmente parcellizzata, ma piuttosto una sintesi di poteri che non ha un contenuto identificabile a priori, se non la presenza legittimante, nell'azione, di un interesse del titolare al suo esercizio.

Se la confrontiamo con le altre nozioni proprietarie che l'hanno preceduta nella storia, possiamo concludere che oggi la sua astrattezza è totale. Con la conseguenza logica inevitabile che la nozione moderna della proprietà non può che risultare unica.

### **7. Segue: l'*onus probandi* grava solo sull'attore e la prova deve essere completa e assoluta.**

Giunto a questo punto, posso sperare, con l'aiuto degli specialisti, di avere organizzato, completato e fornito il quadro di tutti gli elementi indispensabili, classificandoli nel loro ordine

storico e logico, per avviare finalmente a soluzione il tema odierno della prova della proprietà. In particolare rimane solo di prendere partito, chiarendone anche il contenuto, se il relativo onere debba gravare, come ritengo, esclusivamente sull'attore o se la *necessitas probandi* debba essere equamente distribuita tra i due antagonisti della rivendica, così come ritiene la stragrande maggioranza delle opinioni.

Per preferire decisamente la prima delle due soluzioni che nel corso dei secoli, come abbiamo appena visto, si sono succedute ottenendo alternativamente le preferenze degli interpreti, risultano decisivi, a mio avviso, i seguenti motivi. In primo luogo occorre citare la riunificazione delle molteplici forme di appartenenza nel nuovo concetto unitario della proprietà, realizzato per la prima volta, con forza di legge, nel *Code* napoleonico. L'altro motivo è simboleggiato dalla riduzione del possesso nei termini di un mero potere di fatto, portato alle estreme conseguenze, per la prima volta, dal codice del '42.

Accettando questi presupposti la soluzione in tema di prova dovrebbe coincidere con l'antica regola, così come questa funzionava prima della innovazione voluta da Costantino. Adopero il condizionale, anche se sono convinto, al di sopra di ogni ragionevole dubbio, della esattezza della soluzione, perché tale conclusione, in ordine alla prova della rivendica, non appare facilmente accettabile nel quadro sistematico offertoci dalla nostra dottrina.

Come ho avuto modo di chiarire nelle considerazioni preliminari di questo commentario, occorre prendere atto che le opinioni oggi prevalenti sono orientate verso il pluralismo definitorio della proprietà. Una simile scelta, che incentra sulla varietà delle cose la pluralità delle nozioni di appartenenza, mi sembra antistorica. Sebbene la avventura della proprietà unificata sia cominciata con la rivoluzione francese, la dottrina italiana ha preso a sminuirla, affascinata da un anacronistico ritorno alle proprietà cadenzate sulla varietà delle cose. Fin dall'avvio del presente scritto ho avvertito che la scelta del pluralismo definitorio, pur essendo frutto di una operazione culturale validissima, non persuade pienamente. Sono convinto che una conferma della esattezza della nozione odierna della proprietà unificata derivi anche dai risultati evidenziati dai precedenti storici sul tema. Non mi sembra che nel nostro ordinamento esista ancora qualcosa di paragonabile alla molteplici forme di appartenenza che in passato coesistevano sui beni. Non è, infatti, riscontrabile quella frantumazione di diritti che in certi periodi gravavano, frammisti con aspetti possessori, sulla medesima cosa. Se oggi non sono configurabili le diverse forme di appartenenza che prima interessavano contemporaneamente lo stesso bene, una conclusione mi sembra sicura. È priva di senso la riedificazione di più forme di proprietà, ciascuna con uno statuto autonomo e strutturato sulla infinita varietà dei beni.

Anche se apparentemente la proprietà sembra assumere tre diverse dimensioni, ossia quella del codice, la proprietà della Costituzione e, da ultima, quella che va emergendo nel diritto comunitario, occorre ribadire che nel nostro ordinamento non sono presenti quelle accidentalità storiche che hanno giustificato, in ben diversi contesti, la distribuzione del carico della prova tra i due protagonisti della rivendica. Se oggi la proprietà è un concetto unitario; se oggi il possesso è una mera situazione di fatto senza alcuna colorazione derivante da un titolo giustificativo; se, come dispone l'art. 1161 c.c., financo il possessore di buona fede può essere privo di titolo; se tutto ciò è vero, ne consegue che anche per l'attuale sistema, il tema della prova può essere impostato solo gravando l'attore della *necessitas probandi*. Se la prova non riesce, il convenuto deve essere lasciato nel possesso del bene. Ciò avviene non perché il possesso porti con sé una mai dimostrata presunzione di titolarità, bensì per il motivo decisivo che colui che si dichiara proprietario non ha fornito la prova della sua investitura e, al contempo, la attestazione logica che non possano esistere altri proprietari diversi dall'attore della rivendica. Sono convinto che nel contesto della nostra rivendica non esistono alternative a questa soluzione. D'altra parte non riesco a comprendere come si possa esigere che il convenuto nella rivendica giustifichi il suo potere di fatto provando l'esistenza di un titolo giustificativo che il codice non prevede, considerandolo, anzi, del tutto ininfluenza.

Mi piace sintetizzare queste prime conclusioni sul tema odierno della prova usando le stesse parole scritte da Giustiniano nel suo manuale (149): quando sono oscuri i diritti vantati dai due contendenti, si suole pronunziare una sentenza contro l'attore in rivendica.

La asserita e recente introduzione, in via pretoria, di una attenuazione dell'onere probatorio gravante esclusivamente sull'attore, mi sembra priva di quelle basi di equità e di speditezza che in passato hanno legittimato il criterio del titolo migliore. D'altra parte mi convincono gli argomenti e le puntuali documentazioni di chi (150) nega che la giurisprudenza della Cassazione abbia mai suggerito di mitigare la severità dell'onere della prova. Quando nelle massime si leggono tali consigli, da un attento esame emerge che la controversia esaminata non è una vera rivendica, la cui caratteristica essenziale consiste nella domanda che, vedendo schierati su fronti opposti chi si dichiara proprietario e il possessore, mira alla restituzione della cosa. Quando nella motivazione di una sentenza si suggerisce la opportunità di distribuire il carico probatorio, vuol dire che entrambi i contendenti si proclamano proprietari o titolari di diritti incompatibili, e, quindi, risulta evidente che non si tratti di una rivendica. Quando si legge della opportunità che il convenuto sia chiamato a giustificare il suo potere sulla cosa controversa, è probabile che il giudice, con atto di imperio, abbia trasformato una rivendica in un'azione di accertamento della proprietà. In conclusione, si tratta, molto probabilmente di azioni che, a differenza della rivendica, non mirano a modificare lo stato di

fatto preesistente, in quanto non conforme allo stato di diritto, bensì di domande che tendono a eliminare ogni incertezza circa la correttezza del potere di fatto sulla cosa di cui l'attore è già investito o non ne chiede la restituzione.

Nel nostro attuale ordinamento è presente gran parte delle circostanze che impongono solo all'attore di provare la sua investitura, così come si era verificato fino al tempo di Costantino; d'altra parte oggi sono lontane quelle accidentalità storiche che hanno consigliato, per ragioni di giustizia, equità e celerità, di distribuire il carico probatorio tra i contendenti del giudizio petitorio. Pertanto, l'attore in rivendica, per ottenere la restituzione del bene, deve necessariamente dimostrare la sua investitura e, inoltre, deve raggiungere la certezza logica che sul bene controverso non possano esistere altri proprietari. Il presupposto logico della sentenza di condanna non è solo l'accertamento della proprietà in testa all'attore, ma soprattutto la prova che il rivendicante è l'unico titolare del bene controverso. La posizione processuale del possessore, l'eventuale dimostrazione del titolo che giustifica il potere di fatto di costui, la esistenza o la fondatezza delle contestazioni del convenuto, non svolgono alcuna funzione nel dibattito probatorio (151). Ripetendo un antico e rozzo brocardo si può ancora esattamente ripetere che il convenuto nella rivendica può aspettare che l'attore dimostri tutto quanto è necessario, limitandosi solo a eccepire il proprio possesso.

In particolare, per essere ancora più espliciti, se l'attore a fondamento della domanda *ex art.* 948 c.c., si limita a provare di avere acquistato la proprietà sul bene rivendicato in forza di un contratto traslativo oppure si limita a documentare l'acquisto per effetto di una successione *mortis causa*, e anche se tali elementi non ricevono smentita dalla contestazione del convenuto, il giudice della rivendica deve, nonostante tutto, respingere la domanda del rivendicante e lasciare il convenuto nel possesso del bene (152). Il tutto per la decisiva ragione che il contenuto della prova deve risultare idoneo a raggiungere un duplice obiettivo: la proprietà in testa all'attore e la esclusione logica di altre possibili titolarità in testa a soggetti diversi dai due contendenti.

A ben vedere solo la dimostrazione di un acquisto a titolo originario consente all'attore della rivendica di centrare quel duplice bersaglio richiesto dall'antica regola. Il fondamento di questa soluzione, che molti giudicano ingiustamente vessatoria per il rivendicante e della cui coerenza logica spesso si dubita, risiede nelle seguenti circostanze già in precedenza approfondite e che comunque è opportuno sintetizzare. Innanzitutto va menzionata la unificazione delle varie forme di appartenenza nel nuovo diritto di proprietà, così come essa è costruita nel nostro codice in continuità con l'idea innovativa voluta dal *Code* del 1804, che è stato in vigore in più parti d'Italia per quasi un cinquantennio. In secondo luogo va richiamata la nuova e recentissima identità del possesso, ossia la posizione sostanziale del convenuto, collimante con una mera situazione di fatto,

separata ossia, da qualunque ombreggiatura di titolarità o di titoli giustificativi che in passato complicavano il quadro delle appartenenze.

Chi pretende la condanna del possessore alla consegna del bene rivendicato, deve provare un acquisto a titolo originario. Scendendo a patti con una meticolosa pedanteria, si può affermare che in primo luogo serve l'usucapione in tutte le sue varianti temporali: da quella ventennale a quella istantanea per i mobili. Per avvalersi della usucapione l'attore, d'altra parte, può aggiungere, al tempo del proprio possesso, la precedente durata di quello dei propri danti causa. Serve, alla stessa maniera, il nutrito elenco degli altri acquisti originari quali, l'occupazione, l'invenzione, l'accessione, l'unione e la commistione, la specificazione. Non serve, ovviamente, la dimostrazione di un acquisto derivativo. Infatti la semplice allegazione di un atto traslativo impone, logicamente, anche la dimostrazione della proprietà in capo al proprio dante causa e, a ritroso, in capo ai precedenti alienanti; il tutto fino a rintracciare, per l'appunto, l'acquisto originario.

Per rafforzare la conclusione raggiunta, occorre ritornare ad un profilo che gli odierni sostenitori del criterio del titolo migliore considerano un vantaggio della loro soluzione in funzione della necessità di un'equa distribuzione dell'onere della prova (153); quindi un motivo ulteriore per respingere l'opposta soluzione. Si osserva al riguardo che ogni severità imposta al rivendicante si risolve in un rafforzamento della situazione possessoria. E nessuno, si aggiunge, ha ancora dimostrato che il convenuto meriti un simile favore. Se si vuole affrontare la questione in termini di vantaggi, occorre sottolineare che la severità dell'onere della prova imposto all'attore risulta ampiamente compensato dai vantaggi offerti dalla rivendica, rispetto alle altre azioni a difesa della proprietà. Nella rivendica l'attore fonda la sua pretesa soltanto sulla propria titolarità. Ciò comporta, in primo luogo, che una volta provato e sfoggiato il suo titolo, l'attore non ha bisogno di criticare la posizione del convenuto, provando l'esistenza di uno specifico obbligo di restituzione. "In secondo luogo, la rivendicazione ha successo non solo nei confronti dell'usurpatore (...), ma anche nei confronti di chiunque sia subentrato nel possesso della cosa dopo l'usurpatore, con il consenso di costui o contro il suo consenso. In terzo luogo, il legislatore suole accordare al rivendicante termini lunghi" (154).

Prima di concludere il tema della prova, mi sembra opportuna un'ultima riflessione che, per la verità, potrà apparire non pertinente con l'argomento trattato. Poco sopra, nel riepilogare la soluzione che oggi ritengo preferibile sul tema delle modalità di accertamento della titolarità della cosa rivendicata, mi è piaciuto ripetere una perentoria informazione contenuta nel manuale istituzionale di Giustiniano: se non appaiono chiari i diritti vantati dai contendenti, l'attore è destinato a perdere la lite. Questa rievocazione, trasposta direttamente nel nostro ordinamento, può occultare qualche ambiguità.

È bene, infatti, rilevare che la regola dell'antico diritto (*veteris iuris definitio*), ossia il porre la *necessitas probandi* solo a carico del rivendicante, così come avveniva fino al tempo di Costantino, così come poi sarebbe stato surrettiziamente ripristinato dall'Imperatore bizantino, operava in un contesto alquanto diverso rispetto al nostro sistema codicistico. Tra le due strutture esiste un profondo divario in un'altra questione che riguarda pur sempre i rapporti tra proprietà e possesso. Mentre il trasferimento del *dominium*, per tutto il periodo classico, interagiva necessariamente con l'immissione dell'acquirente nel possesso del bene, nel nostro attuale sistema il trasferimento del diritto risulta assolutamente svincolato da qualunque meccanismo possessorio. Fino al tempo di Costantino, la proprietà che circolava in conseguenza del contratto di compravendita (*obligationes consensu contractae*), era sempre veicolata da un secondo tempo esecutivo del precedente accordo causale meramente obbligatorio che, attraverso la immissione dell'acquirente nel possesso (*mancipatio, in iure cessio, traditio*), realizzava il trasferimento del *dominium* e, quindi, l'affare voluto dai contraenti. Il transito del potere di fatto diviene la segnalazione, per i terzi, del trasferimento del potere dominicale. La visibilità del passaggio del possesso dal vecchio al nuovo titolare consentiva di colmare la distanza tra un fatto (*emptio-venditio*) che riguarda esclusivamente i due contraenti e il *dominium ex iure quiritium*, ossia un potere valido *erga omnes*. Gli specialisti odierni del diritto romano sono affascinati e gioiscono per il piacere intellettuale che fornisce il maneggio della compravendita del periodo classico. Quella compravendita era pur sempre un fatto economico unitario, che risulta, agli occhi dei giuristi positivi, inutilmente complicata in quanto veniva divisa in due tempi, quello obbligatorio e consensuale e, successivamente, quello esecutivo e traslativo. In compenso, nel diritto romano non si assiste, occorre prenderne atto, alla evidente contraddizione presente, purtroppo, nel nostro codice tra la definizione del contratto, o meglio il "fra loro" dell'art. 1321 cc., e il suo effetto traslativo della proprietà, ossia di un diritto che vale, ovviamente, *erga omnes*. In altri termini, se è vero, come recita l'art. 1376 c.c., che il consenso legittimamente manifestato trasferisce la proprietà, dovrebbe essere, quindi, privo di senso definire il contratto come l'accordo che costituisce, regola o estingue *solo tra i contraenti* un diritto reale, ossia, per essere più preciso, un rapporto giuridico patrimoniale efficace verso tutti (155).

Costantino non cambia solo l'antica regola sulla prova della rivendica, ma, a partire dal suo tempo, esauritesi ormai le fonti ordinarie della produzione del diritto, le nuove disposizioni normative considerano la compravendita in particolare e i contratti in generale esclusivamente sul piano della loro immediata efficacia traslativa. Certo l'attenzione dei nuovi legislatori è ispirata da esigenze fiscali e non, come era avvenuto nel periodo classico, dalla ricerca dei giuristi che, con fruttuoso e costante sforzo, miravano alla valorizzazione del giusto equilibrio patrimoniale nei rapporti tra i privati. L'affermazione postclassica della efficacia traslativa del contratto (*emptio*

*dominium transfertur*), probabilmente, è il risultato del convergere di più concause. I giuristi di quelle epoche, che oggi consideriamo di decadenza, non possedevano la medesima abilità argomentativa dimostrata dai loro predecessori. La forza intellettuale dei giuristi classici sarebbe stata loro necessaria sia per contrastare il nuovo indirizzo, sia per costruirlo con regole più coerenti e decise, tali, ossia, da non far rimpiangere la nitida eleganza del contratto meramente obbligatorio e del successivo momento di adempimento e traslativo. Può darsi anzi che nelle loro opere, rimaste fedeli all'impostazione classicheggiante, quei giuristi, accusati di "volgarismo" (156), non si fossero resi conto dell'effettivo cambiamento della prassi negoziale che ormai aveva superato lo sdoppiamento del periodo precedente e che ben più esattamente era stato recepito dalla legislazione imperiale. "Sta di fatto che, al termine dello sviluppo del diritto romano, il semplice accordo di volontà, (*pactum*, quindi) poteva far nascere indifferentemente diritti reali e diritti di credito" (157).

Come avvenne per la prova della rivendica, Giustiniano è portato ad abrogare le novità che, nel settore della circolazione della proprietà in conseguenza del contratto, si erano concretizzate dopo Costantino. Se uno studioso del diritto attuale volesse riassumere, con poche battute, la ricostruzione che di questa fase fanno gli specialisti, potrebbe affermare che anche la compravendita, non solo il tema della prova della rivendica, è frutto dell'opera di un legislatore in contraddizione con se stesso (158). Da un lato è quasi certo che Giustiniano, vista anche la struttura antologica della sua complessa opera legislativa, intende ripristinare le regole dell'epoca classica; per altro verso, non potendo ignorare le conclusioni innovative delle prassi del periodo immediatamente precedente, i redattori bizantini sistemano la *venditio in scriptis* come contratto ad effetti reali e, quindi, con struttura opposta rispetto alla vendita classica ossia alla *obligatio consensu contracta*. Per quest'ultima il grande imperatore afferma, *nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est*. In altri termini, la vendita che emerge dall'opera legislativa di Giustiniano, pur nell'ambito di una terminologia unitaria, contiene i due modelli, quello classico della vendita obbligatoria, che richiede la consegna per il prodursi dell'effetto traslativo, e quello della vendita con la formalità della scrittura che produce direttamente l'effetto traslativo. In modo parallelo, immagino, si possono ricostruire i termini della prova nell'azione petitoria. Si ritorna alla regola classica in un contesto completamente mutato: al tempo della redazione del *Corpus iuris* è ormai scomparsa la *usucapio* e si assiste alla presenza di nuove forme di appartenenza fondate su concessioni e subconcessioni designate con terminologie possessorie e assai lontane rispetto a quanto si verificava nel periodo del principato.

In uno studio dedicato alle azioni a difesa della proprietà non è il caso di approfondire ancora tali differenze. Una cosa appare comunque certa. Nel sistema romano della circolazione dei beni, almeno fino a Costantino, la proprietà e il possesso, ossia le due posizioni vantate dai contendenti

della rivendica, interagivano tra loro; nel senso che il trasferimento del diritto dipendeva, anche temporalmente, dall'immissione nel possesso dell'acquirente. Giustiniano, e questo non è pienamente avvertito dai giuristi medievali, tenta di cancellare le tracce di queste profonde innovazioni rispetto al diritto classico: ciò avviene tanto nei riguardi della compravendita che nei confronti della rivendica. Furono appunto i giuristi del rinascimento che, privi di alcuni passaggi chiarificatori che oggi invece conosciamo, coniarono l'espressione famosa di *probatio diabolica*.

### **8. La responsabilità del possessore: indennizzo o risarcimento del danno, per inadempimento o per fatto illecito.**

Ai proprietari, il nostro codice, raccogliendo la gran parte delle tutele che nel corso dei secoli si sono andate sedimentando, offre un catalogo di rimedi che si può definire completo. A fronte di ogni immaginabile violazione, sembra che il codice abbia predisposto, oltre ad una tutela reale o petitoria, anche un rimedio parallelo di natura diversa. La consegna del bene, per fare uno dei tanti esempi possibili, può essere ottenuta o rivolgendosi al giudice con la rivendica o con la richiesta di adempimento dell'obbligo principale (art. 1476 c.c.) di colui che ha venduto all'attore la cosa determinata. Oppure, se il proprietario di un bene viene spossessato, non c'è dubbio che egli potrà scegliere l'azione di rivendica o potrà agire per ottenere il risarcimento del danno in quanto è stato vittima di un illecito aquiliano.

Quando nelle premesse metodologiche ho trattato il tema della pluralità dei rimedi concessi a difesa del più ampio dei diritti patrimoniali, annotavo che uno dei problemi ancora aperti riguarda la concorrenza della tutela recuperatoria con quella del risarcimento del danno. Il cumulo, la concorrenza o l'alternativa tra rimedi *ex proprietate* e quelli personali *ex contractu* non sembrano dare luogo a difficoltà, sia per la giurisprudenza che per la dottrina (159). Al contrario, quando si tratta di mettere in relazione la tutela restitutoria con la pretesa del risarcimento del danno per la lesione subita dal proprietario, si deve prendere atto che “il campo della responsabilità civile è solcato, ad opera delle norme sul possesso, da scavi asimmetrici” e ciò che emerge “non segue i binarii dell'art. 2043” (160).

Nell' esporre la materia mi lascerò guidare da tale indicazione, meglio da questo prezioso insegnamento.

Sul tema devo però registrare preliminarmente una ulteriore complicazione della quale è bene liberarsi prima di affrontare la disputa sulla natura della responsabilità del possessore soccombente nella rivendica. Esiste una tutela compensativa della proprietà che assume strutture e forme

organizzative diverse sia rispetto al rimedio della responsabilità per fatto illecito, sia rispetto alla tradizionale tutela restitutoria. Si parla genericamente di provvidenze compensatorie quando, a favore del proprietario, esclusi i presupposti dell'illecito e considerata inopportuna la possibilità della riconsegna, occorre compensare un danno o una perdita, oppure è necessario controbilanciare una differenza o ristabilire un equilibrio patrimoniale compromesso. Il legislatore, in tali frangenti, adopera i termini *restituzioni* (art. 935 c.c.), *separazioni* (artt. 935, 937 e 939 c.c.) e *rivendicazioni* (artt. 935 e 937 c.c.). Quando è previsto un compenso o una indennità a favore dell'attore, a volte accompagnati dal risarcimento del danno, è disposto al contempo che la proprietà venga assegnata, a titolo originario (161), ad un usurpatore. A chi si è impossessato delle cose altrui verrà attribuito il diritto di godere e disporre, ossia la piena proprietà, e al precedente proprietario dei materiali rimarrà solo un surrogato, ossia il diritto personale alla integrità della propria sfera patrimoniale (162).

Tento di riassumere in poche battute la minuziosa casistica contenuta negli articoli appena citati. Si può verificare il caso in cui il proprietario di un fondo porti a compimento costruzioni, piantagioni od opere con materiale altrui (art. 935 c.c.); può riscontrarsi l'ipotesi nella quale, su fondo altrui, le costruzioni, le piantagioni o le opere siano realizzate da un terzo con materiali propri (art. 936 c.c.); può accadere che, sempre su un fondo altrui, tali operazioni siano ultimate da un terzo con materiali altrui (art. 937 c.c.); può succedere che il costruttore di un edificio occupi in buona fede una porzione del fondo attiguo (art. 938 c.c.); può avvenire, infine, che più cose appartenenti a diversi proprietari siano state unite o mescolate in guisa da formare un sol tutto (artt. 939 e 940 c.c.). Ebbene, in tutte queste fattispecie, salva la materiale possibilità di separazione da richiedere entro brevi termini di decadenza, il proprietario del fondo o della cosa principale o dell'edificio costruito, acquista la proprietà del tutto, salvo l'obbligo di corrispondere una indennità, oltre, nei casi previsti di mala fede e colpa grave, il risarcimento dei danni. Si tratta di ipotesi molto diverse tra loro, ma che presentano tutte un profilo comune. L'ordinamento mira, nei casi elencati, ad escludere la contemporanea presenza e permanenza di due distinte titolarità sulle cose che sono state unite e quindi tende a risolvere il conflitto favorendo solo uno dei proprietari implicati. L'oggetto del diritto di proprietà esiste ancora e l'ordinamento, per ragioni di convenienza pubblica, lo attribuisce ad un nuovo titolare senza il consenso del precedente proprietario, il quale viene tutelato mediante il ristoro di una somma di denaro. Si concretizza qualcosa di completamente diverso rispetto a quanto avviene per la responsabilità da illecito; questo, infatti, presuppone la distruzione di una risorsa appartenente alla sfera giuridica del soggetto danneggiato. Quando si profila la tutela compensativa, si assiste invece ad un puro trasferimento coattivo di risorse ancora

esistenti nella loro individualità; più esattamente, si concretizza uno scambio forzoso tra beni determinati e il loro valore economico (*quanti ea res est*).

Il proprietario dei materiali o del suolo, nel perdere la propria titolarità nelle ipotesi descritte, ha diritto di ottenere il valore dei beni da chi li ha utilizzati o ne ha acquisito la titolarità. Prende corpo in queste ipotesi una indennità sostitutiva della proprietà azzerata, il cui *quantum* può arrivare al *duplum* del prezzo di mercato, e che deriva dall'arricchimento conseguente alle fattispecie acquisitive sopra individuate, ma la cui corresponsione, a ben vedere è del tutto indipendente dall'effettivo realizzarsi dell'acquisto originario. O meglio, l'acquisto si è già verificato automaticamente a prescindere dal pagamento dell'indennizzo. Si tratta di obbligazioni pecuniarie che “costituiscono cioè una conseguenza stabilita *ex lege*, il cui assolvimento non condiziona in alcun modo l'accessione stessa” (163).

Quando si materializza una tutela compensativa risulta esclusa qualsiasi difesa alternativa: questo è un dato che va evidenziato. Il vecchio proprietario dei materiali o del suolo non si presenta in giudizio come vittima di un illecito, ma come titolare di un patrimonio depauperato e, precisamente, come portatore della pretesa che di quelle sostanze ne sia garantita e conservata la relativa consistenza economica. La richiesta non viene esaudita con la tutela restitutoria, ma risulterà compensata da uno spostamento di risorse che appaga una esigenza superiore rispetto alla semplice salvaguardia e alla mera conservazione del godimento relativo al precedente diritto di proprietà (164). Sotto il profilo economico appare evidente l'analogia con lo schema della espropriazione per pubblica utilità, con l'ipotesi, ossia, del proprietario che subisce una occupazione acquisitiva della pubblica amministrazione. Va infine osservato che quando si concretizza una tutela compensativa, è eliminata la possibilità di un rimedio contrattuale alternativo: come risulta espressamente dall'art. 934 c.c., gli indennizzi sono esclusi se esiste una diversa volontà contrattuale delle parti interessate alla vicenda acquisitiva dell'usurpatore.

Il legislatore, in taluni casi, designa l'azione intrapresa dal proprietario dei materiali con l'impegnativo nome di rivendica. Il proprietario dei materiali si trova di fronte ad un soggetto convenuto il cui profilo rientra perfettamente nella definizione di possessore (165), così come la sua figura è precisata nell'art. 1140 c.c.; così come, d'altra parte, si evince in maniera inequivocabile per il rinvio all'art. 936 contenuto nella disposizione dell'art. 1150, dettata dal codice in tema di diritti ed obblighi del possessore tenuto alla restituzione della cosa. Nonostante il concorrere di questi indizi, occorre prendere atto che la tutela compensativa della proprietà implica, a ben vedere, un capovolgimento della situazione rispetto ai presupposti della rivendica. Il possessore convenuto è diventato il nuovo proprietario, e al precedente proprietario dei materiali rimane soltanto un ristoro economico, ossia il diritto di pretendere il ripristino della integrità dei valori della propria

sfera patrimoniale. In breve, la tutela compensativa della proprietà, opera in modo completamente diverso, per non dire opposto, rispetto ai rimedi restitutori, il cui prototipo è costituito dall'azione di rivendica. Se a colui che agisce per ottenere la restituzione della propria cosa, il legislatore offre, non la riconsegna, ma solo un indennizzo, oltre ad un eventuale risarcimento, a carico di chi trattiene il bene, è evidente che ci troviamo di fronte a rimedi lontani dall'azione di rivendica. La quale, occorre ribadirlo ancora una volta, mira comunque, accertata la titolarità in testa all'attore, a fargliela riavere nella sua materiale identità e determinatezza (166). È altrettanto evidente che in queste ipotesi non ricorrano nemmeno i presupposti della responsabilità per fatto illecito.

Nell'art. 948 c.c., al possessore che non restituisce, per fatto proprio, la cosa rivendicata, l'attore può chiedere il risarcimento del danno il cui importo deve essere poi restituito, quando e se il proprietario conseguirà dal terzo la riconsegna del proprio bene. Allorché si tratta di tutela compensativa, l'attore non può ottenere mai la restituzione, nemmeno successivamente da un terzo, per la decisiva ragione che il convenuto è diventato il nuovo proprietario alla luce di criteri di pubblica utilità, avuto riguardo, come si è soliti ripetere, alla conservazione di beni nell'interesse dell'edilizia e dell'agricoltura (167).

A conclusione di questa breve dissertazione sulla tutela compensativa della proprietà, a futura memoria, e ciò risulterà prezioso quando mi occuperò di rapporti tra rivendica e *condictio indebiti* (168), credo che si possa scrivere il seguente principio. Occorre prendere atto che non è più proprietario colui che, avendo perso la materiale disponibilità della cosa, agisce in giudizio e si vede riconoscere solo una indennità in luogo della restituzione del bene. L'attribuzione di un semplice ristoro compensativo, ossia di un rimedio monetario, a salvaguardia della sola integrità economica del patrimonio con la conseguente perdita del diritto alla riconsegna implica, non solo la perdita della facoltà di godimento, ma, logicamente l'azzeramento della precedente titolarità. Questo principio ha in sé un corollario non eliminabile e della massima importanza: la tutela compensativa, a differenza degli altri rimedi progettati a protezione della proprietà, non ammette difese alternative o il concorso di provvidenze cumulabili o la possibilità di intraprendere percorsi processuali successivi.

È proprietario, per converso, solo colui al quale è data la possibilità di conseguire, con una sentenza, la materiale disponibilità della cosa: credo che sia ancora oggi esatto ripetere il vecchio brocardo di origine medievale secondo cui *dominus dicitur qui rei vindicationem habet*. La rivendica è appunto, facendo una parafrasi dell'art. 948 c.c., quella azione nella quale il giudice, accertata la titolarità in testa all'attore, è tenuto a condannare il possessore a restituire la cosa nella sua materiale identità e determinatezza. Il convenuto è comunque vincolato, a proprie spese, a recuperarla per essere in grado di consegnarla all'attore; in mancanza, è obbligato a corrispondere il

valore della cosa non restituita, oltre a risarcire il danno. Il conseguimento del ristoro monetario al posto della consegna materiale della cosa, non esclude, a differenza di quanto avviene nella soluzione indennitaria, la possibilità che il proprietario possa procurarsi dal nuovo possessore la restituzione della cosa. Se la consegue, dovrà restituire al precedente possessore la somma a suo tempo ricevuta in luogo del bene.

Consapevole di scadere, così facendo, ad un livello di cavillosa pedanteria, desidero ripetere che la rivendica, a differenza della tutela compensativa, offre al proprietario la restituzione del bene a salvaguardia della sua integra facoltà di godimento; la rivendica offre al proprietario la tutela alternativa del risarcimento del danno, quando il convenuto non è in grado di eseguire la consegna; la rivendica non pregiudica al proprietario la possibilità di un percorso processuale successivo per conseguire, comunque, il godimento del bene che ancora gli appartiene. Nell'esercizio della seconda rivendica contro il nuovo possessore, costui, ovviamente non potrà eccepire (*ne bis in idem*) che l'attore, per lo stesso bene, ha già conseguito il soddisfacimento in denaro della sua pretesa restitutoria. Altrimenti non avrebbe senso la contraria e chiara disposizione contenuta nell'art. 948 c.c. che mira ad evitare l'arricchimento del proprietario obbligandolo, dopo avere conseguito la riconsegna della cosa, a restituire al precedente possessore la somma ricevuta al posto del bene.

Chiusa la trattazione della tutela compensativa della proprietà, torno alla questione della responsabilità del possessore convenuto nella rivendica, tenendo ben presente quella segnalazione contenuta all'inizio di questo paragrafo, secondo la quale il lessico adoperato nell'art. 948 c.c., pur espresso con i termini del risarcimento del danno, non corre sui binari della responsabilità civile delittuale.

Posto che l'effetto peculiare della più importante azione a difesa della proprietà consiste nella restituzione della cosa, il tema che rimane da affrontare riguarda, ora, le conseguenze cui va incontro il possessore soccombente che non consegna il bene del quale è stata accertata la titolarità in testa all'attore. In particolare occorre indagare la natura della responsabilità ove incardinare il previsto risarcimento del danno. Provo a specificare la ragione per la quale quel prezioso suggerimento del prof. Sacco va tenuto presente fin dall'inizio della esposizione del dibattito. Poiché il possesso, anche quello di buona fede, viene percepito, già a livello normativo, come un fatto lesivo del diritto altrui e quindi come un comportamento antigiuridico, questa idea del legislatore potrebbe indurre ad orientare, come in effetti si è verificato, la responsabilità del convenuto nella rivendica nella categoria generale della responsabilità aquiliana (169), senza ulteriori approfondimenti. Terminate le avvertenze preliminari, passo alla trattazione della questione.

La identificazione del convenuto nella rivendica dipende dalla attualità della sua posizione possessoria. Si tratta di un requisito essenziale, logico prima ancora che giuridico. Solo se il convenuto ha la possibilità di restituire e quindi ha il possesso, il proprietario può recuperare il bene conteso. Il convenuto potrà opporre di avere perso la disponibilità del bene rivendicato prima della proposizione dell'azione: in questo caso la controversia non potrà proseguire come azione petitoria e le cause della perdita saranno del tutto irrilevanti. Se il convenuto, in pendenza di giudizio, ha dismesso il possesso, rendendo apparentemente vana l'eventuale condanna alla restituzione, non solo il proprietario può continuare l'esercizio dell'azione, ma al possessore è imposto l'obbligo di recuperare per l'attore la cosa rivendicata. Alla violazione dell'obbligo di restituzione provvede direttamente l'articolo della rivendica: il risarcimento del danno viene imposto al convenuto che, per fatto proprio, ha cessato di possedere. Il risarcimento non è una obbligazione alternativa che consente al possessore di scegliere sostituendo la prestazione dovuta, che è quella di restituire, con un'altra prestazione. Il risarcimento, nel caso dell'art. 948 c.c., è piuttosto applicazione del criterio generale che trasforma le obbligazioni non adempiute in prestazioni pecuniarie. Se l'adempimento dell'obbligazione restitutoria non è possibile, all'attore vittorioso resta soltanto il diritto di pretendere, da quel convenuto, un risarcimento per equivalente della prestazione non eseguita (170).

Quella restitutoria è l'obbligazione principale della parte soccombente, ma essa non esaurisce i restanti e numerosi problemi che intercorrono nella contesa tra proprietario e possessore della cosa aliena. Se l'oggetto rivendicato è un bene produttivo, nasce la questione se vanno restituiti i frutti percepiti o che si sarebbero potuti percepire. Questi, sia i naturali che i civili, secondo l'art. 821 c.c. appartengono al proprietario, il quale dovrà, nei limiti del loro valore, rimborsare colui che abbia fatto spese per la produzione e il raccolto. Le ragioni del proprietario non si esauriscono, quindi, nella restituzione del bene rivendicato o nel suo valore monetario, ma comprendono una serie di pretese riguardanti i frutti. Per converso, i crediti vantati dall'attore vittorioso potranno risultare decurtati dalle compensazioni derivanti dalle spese sostenute per la produzione, dai miglioramenti apportati al bene e dalle riparazioni straordinarie eseguite dal possessore. Delle relative problematiche, seguendo una antica tradizione, il codice se ne occupa a proposito del possesso. In particolare queste dettagliate e minuziose ragioni di crediti e debiti reciproci sono previste e disciplinate, sempre nel terzo libro del codice, nel capo II del titolo dedicato al possesso che a partire dall'art. 1148 trattano l'argomento "dei diritti e degli obblighi del possessore nella restituzione della cosa".

Sul tema dei frutti mi permetto una breve divagazione. In precedenza, allo scopo di dimostrare la erroneità dell'articolo in commento quando annovera anche il detentore come possibile avversario del proprietario, ho curato una sorta di inventario dei gravi pericoli che corre l'attore se

agisce e prosegue l'azione di rivendica contro un detentore. Da quell'elenco ho tralasciato di riferire di un rischio legato all'acquisto dei frutti. Se la controversia continua nei confronti di un detentore, nel frattempo il possessore di buona fede diventa titolare dei frutti prodotti dal bene controverso. In questo caso il possesso si comporta alla stregua di un titolo originario di acquisto dei frutti. Si tratta di una modalità di acquisto che prevale sulla stessa proprietà del bene produttivo (171). Tutto ciò si verifica solo a vantaggio del possessore di buona fede. Gli effetti acquisitivi cessano a seguito della domanda giudiziale di rivendica nei suoi confronti, superando la stessa valenza del principio contenuto nell'ultimo comma dell'art. 1147 c.c., secondo cui lo stato psicologico di ignoranza di ledere il diritto altrui rileverebbe soltanto nel momento iniziale del possesso; nel senso che, per principio generale (172), la eventuale consapevolezza successiva non dovrebbe cancellare i benefici della buona fede. Dal momento della citazione, il possessore convenuto è equiparato a quello di mala fede (173). Se l'attore insiste con il proseguire l'azione petitoria contro un semplice detentore, deve sapere che, in aggiunta alle altre ripercussioni negative, perderà definitivamente i frutti che nel frattempo verranno acquistati dal possessore che non è parte nella rivendica. Terminato l'inciso torno al tema trattato.

In prima battuta, il quadro irrefutabile delle conseguenze cui va incontro il possessore soccombente è il seguente. Da una parte l'art. 948 si occupa dell'obbligo di restituzione del bene rivendicato e del suo eventuale inadempimento, disegnandone, per così dire, la struttura più rilevante. La normativa del possesso detta, per altro verso, le ulteriori prestazioni collegate alle restituzioni, arricchendo di dettagli la disciplina fin troppo essenziale contenuta nella norma sulla rivendica.

Siffatta distribuzione della materia in diversi capi del terzo libro del codice appare poco chiara. Certamente si possono fornire al riguardo molte spiegazioni. Provo a sintetizzare quella più diffusa. La mancanza di un regolamento unitario, molto probabilmente, è dovuta alla seguente circostanza. Per un verso la disciplina della rivendica, visto il profilo dei due antagonisti, ossia il titolare del diritto patrimoniale più ampio contro il soggetto più protetto dall'ordinamento, deve essere essenziale. La sua disciplina, data l'importanza degli interessi in palio, deve basarsi su criteri rigorosamente oggettivi e non può dilungarsi soffermandosi su rifiniture secondarie o su scriminanti relative agli atteggiamenti mentali dei contendenti. Per altro verso occorre prendere atto che il complesso intreccio dei rapporti di dare ed avere tra il proprietario che non si è occupato del bene e colui che lo ha utilizzato non può prescindere dalla situazione psicologica del possessore. Comunque nessuno dubita, e d'altra parte non ce ne sarebbe motivo, che la normativa sul possesso, in particolare quella che riguarda l'obbligo rivolto alla restituzione della cosa con le relative ragioni accessorie, trovi piena applicazione in tema di esercizio vittorioso della rivendica. Comunque,

insisto, quegli argomenti non sembrano persuasivi; essi non riescono a fare emergere la vera ragione della frantumazione di una materia che sarebbe opportuno vedere disciplinata in un contesto unitario.

La precisazione appena fatta può apparire come una personale insoddisfazione assolutamente banale e secondaria. La mancanza di spiegazioni pienamente convincenti sulla dispersione delle varie discipline riguardanti la unitaria prestazione restitutoria presenta, però, aspetti estremamente pericolosi: si sono materializzate, come vedremo, interpretazioni, a mio parere, assai discutibili e a volte persino fantasiose. Cercherò di chiarire meglio il mio pensiero. Ribadisco che non risulta facilmente intellegibile il disegno presupposto dai redattori del codice, quando pensarono di distribuire i vari aspetti della responsabilità del possessore soccombente in diversi titoli e capi; ammesso, naturalmente, che un simile disegno esista davvero. La questione merita un maggiore approfondimento.

Per il momento occorre aggiungere, al quadro normativo sopra delineato e circoscritto al solo terzo libro del codice, un ulteriore riferimento alla nostra materia: si tratta del richiamo contenuto nel quarto libro del codice dedicato alle obbligazioni. L'art. 2040, nel regolare il rimborso delle spese e dei miglioramenti cui ha diritto l'*accipiens indebiti*, rinvia alla disciplina del possesso. Con questa sorta di richiamo applicativo, parrebbe che le due normative presuppongano la medesima *ratio*. È come se il codice abbia preso atto che l'*accipiens indebiti* ha “*posseduto* la cosa prima di restituirla, e disciplina pertanto la modalità del rimborso attraverso il rinvio agli artt. 1149, 1150, 1151 e 1152 c.c.” (174). È come se il codice, parallelamente, abbia preso atto che il *solvens indebiti*, in quanto titolare del diritto alla restituzione, sia anche il proprietario della cosa determinata da altri ricevuta indebitamente. Se si accede a questa impostazione, per altro assolutamente maggioritaria (175), sarebbe allora logico considerare opportuno un rimbalzo in direzione opposta: al convenuto condannato alla restituzione della cosa rivendicata, oltre all'art. 948 c.c., si applicherà la normativa possessoria e, nel caso di silenzio di quest'ultima, anche quella dell'indebito.

Con la normativa sul possesso e con quella della ripetizione dell'indebito, non si è ancora esaurito il variegato e confuso materiale legislativo dal quale normalmente si attinge per risolvere la questione della responsabilità del possessore soccombente nel giudizio di rivendica.

La consegna di una cosa determinata cui è condannato il convenuto può essere esaminata e valutata anche alla stregua di una prestazione che, in quanto esplicitamente prevista dall'art. 1177 c.c., può considerarsi sottoposta alla disciplina generale del rapporto obbligatorio; anzi, meglio, ne costituisce uno degli archetipi. Nel delineare il quadro dell'adempimento, il codice, fin dalle battute iniziali del libro dedicato alle obbligazioni, precisa che la consegna di cosa determinata include quella di custodirla. La previsione della custodia come elemento accessorio della restituzione non

riguarda solo alcuni schemi contrattuali, come il deposito o il comodato, in cui essa entra nel paradigma dell'affare, ma può essere inerente anche alla titolarità di un diritto reale. In quest'ultimo caso la disposizione normativa svolge la funzione di controllo e di attribuzione della responsabilità al debitore, anche per i casi derivanti da eventuali abusi, quali furti o danneggiamenti, commessi da terzi. Potranno allora applicarsi alla condanna del convenuto della rivendica, in via diretta o estensiva o analogica, anche quelle disposizioni connesse che sono dettate dal legislatore per assicurare un puntuale adempimento dell'obbligazione di custodia. Tali norme realizzano un complesso sistema di imputazioni dell'inadempimento dell'obbligazione di consegnare. La variegata normativa sulla custodia sembra assumere il valore di un nuovo indice, o meglio, di un autonomo criterio di attribuzione della responsabilità per danni (176) rispetto a quella delittuale. Per inciso mi sembra opportuno dichiarare, fin d'ora, che perverrò alla conclusione secondo cui la responsabilità che emerge dall'art. 948 c.c. risulta del tutto identica alla disciplina generale dell'inadempimento delle obbligazioni. L'obbligo di consegnare una cosa determinata, a meno che non esista una normativa specifica per talune ipotesi, è sempre sottoposta alla disciplina generale del rapporto obbligatorio.

Non si è ancora esaurita la lista delle disposizioni normative invocate al riguardo della responsabilità del possessore. La materia degli obblighi conseguenti, o comunque connessi, all'esperimento vittorioso della rivendica appare ispirata dallo schema della responsabilità aquiliana. In questa direzione sembra orientata l'opinione più diffusa. Si ha buon gioco, come si è visto poco sopra, nel rappresentare il possesso altrui come una lesione del diritto di proprietà. La posizione del convenuto nella rivendica può facilmente concretizzare la fattispecie di un illecito civile e quindi può essere trattata alla stregua del risarcimento del danno ingiusto. Al riguardo, infatti, è sufficiente considerare che il possesso di un bene altrui rappresenta una situazione ingiusta e dannosa che obbliga al risarcimento. La disciplina del possesso, in particolare quel settore che regola la misura delle restituzioni, svolgerebbe, in buona sostanza, una funzione integrativa della disciplina dell'illecito. D'altra parte, così come nessuno dubita del cumulo dei rimedi proprietari con quelli *ex contractu*, la tutela della proprietà si estende, ovviamente, fino al punto di ricomprendere anche la tutela *ex delicto*, al pari di qualunque posizione soggettiva degna della protezione sancita dall'art. 2043 c.c. Nessuno ha mai dubitato che la norma appena citata, oltre a tutelare le lesioni portate alla persona, ricomprenda, nel sistema della responsabilità civile, anche le lesioni del diritto di proprietà (177). Astrattamente, sempre ponendosi nell'ottica di tale impostazione, si potrebbe concludere affermando che il possesso di cosa altrui ricade, tanto nelle ipotesi disciplinate nel terzo libro del codice, tanto nella fattispecie di cui all'art. 2043.

La giurisprudenza (178), per la sua parte, ha ulteriormente arricchito il repertorio delle norme utilizzate per disciplinare l'obbligo di restituzione del possessore. A costui, se ha alienato in buona fede il bene rivendicato, si addebita non il valore della cosa secondo la dizione dell'art. 948 c.c., ma solo il corrispettivo ricevuto, richiamando il trattamento riservato dall'art. 535 c.c. all'erede apparente o dall'art. 1776 c.c. per il caso di alienazione compiuta dall'erede del depositario (179).

Credo, con queste due ipotesi, di avere ultimato l'elenco delle numerose disposizioni del codice che sono state utilizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per governare il dovere di restituzione del convenuto nella rivendica.

Per chiarezza, provo a sintetizzare il quadro appena descritto. In esso, nel preannunciare che non mi convince, ricomprenderò tutte le categorie di quell'emporio normativo normalmente adoperato per disciplinare un obbligo apparentemente semplice: il dovere di restituzione che grava sul possessore convenuto nella rivendica. Avverto la sensazione di essere davanti ad un sorta distributore automatico di soluzioni normative, da cui ciascuno può attingere a proprio piacimento e, aggiungo, senza alcun discernimento logico delle varie implicazioni.

La disarmante essenzialità dell'art. 948 c.c. sembra dissimulare una innegabile insufficienza, giustificando così la sua integrazione con la disciplina del possesso. L'art. 2040 c.c., nel richiamare il possesso, legittima poi l'applicazione alla rivendica della dettagliata regolamentazione dell'azione di ripetizione. L'obbligo di consegna che grava sul possessore sembra inoltre rientrare nella previsione dell'art. 1177 c.c. e, quindi, appare doveroso sottoporre il comportamento del convenuto soccombente alla disciplina generale dell'inadempimento del rapporto obbligatorio. Essendo poi il possesso un fatto lesivo del diritto altrui, non va esclusa, ovviamente, la prospettiva della responsabilità aquiliana. Qualche sentenza, infine, assimila alla disciplina restitutoria della rivendica anche l'ipotesi dell'erede apparente e il caso dell'erede del depositario che aliena a terzi beni che crede caduti in successione; un simile sconfinamento avviene, forse, sulla scorta del richiamo contenuto nell'art. 535 c.c. alla materia possessoria.

Siamo di fronte ad un tale assortimento di istituti, di profili e di ipotesi di responsabilità, da legittimare il sospetto che alcuni di essi non hanno niente a che fare con le conseguenze cui va incontro il convenuto soccombente nella rivendica. Le alternative suggerite, infatti, conducono ad esiti diametralmente opposti; non è pensabile che il comportamento del possessore che deve restituire sia sottoponibile ad una tale congerie di discipline tra loro incompatibili.

Provo, avvalendomi dell'ultimo degli articoli citati, a formulare uno dei tanti esempi di soluzioni inconciliabili e assurde che derivano, appunto, dall'utilizzazione indiscriminata di quel disordinato contesto normativo. Se al rivendicante si dovesse applicare, così come suggerisce a volte la giurisprudenza, anche la disposizione dell'art. 535 c.c., all'attore dovrebbe riconoscersi la

possibilità di subentrare nel diritto di conseguire il corrispettivo ancora dovuto dal terzo avente causa dal convenuto. Non è dato di vedere se tale soluzione possa essere imposta dal giudice o se debba essere domandata da uno o da entrambi i contendenti. Non è dato di vedere, poi, come questa decisione possa armonizzarsi con la possibilità, *ex art. 948 c.c.*, per l'attore vittorioso di iniziare una nuova azione di rivendica al fine di ottenere dal terzo acquirente la restituzione del bene. Chi ha acquistato dal possessore di beni ereditari, dopo avere pagato il prezzo non al suo dante causa ma al vero proprietario, può vedersi costretto, convenuto in una successiva azione, a restituire il bene al medesimo soggetto al quale ha pagato il corrispettivo della alienazione. Nell'esempio tratto dai suggerimenti della giurisprudenza le stranezze non sono ancora terminate. Per ulteriore paradosso colui che ha esercitato la doppia rivendica al fine di conseguire finalmente il godimento della cosa rivendicata, non potrà essere tenuto a restituire al precedente possessore la somma ricevuta in luogo della cosa, per il semplice motivo che quell'importo lo ha ricevuto, non dal primo, ma dal secondo convenuto.

Da tempo dubbi simili si sono materializzati nelle opinioni degli scrittori più attenti. Risulta allora evidente la mancanza di un approfondimento idoneo a giustificare che, davvero, questo singolare ammasso normativo sia chiamato a disciplinare una semplice obbligazione restitutoria. Vi è da aggiungere che i confini della tutela proprietaria e quella della responsabilità da illecito, ossia la dicotomia azione reale-recuperatoria e azione personale-risarcitoria, costituisce, come è stato osservato, un settore del nostro ordinamento nel quale manca "quella chiarezza e quella coerenza sistematica di cui si avverte il bisogno e che invece fa difetto da lunga pezza" (180). Va, infine, annotato che, contrariamente a quanto ci si aspetterebbe, il possesso di cosa altrui, allocato nel libro della proprietà, non ha attirato l'attenzione di coloro che si sono occupati dell'illecito, considerato che la maggioranza delle opinioni dia per scontato che la responsabilità del possessore soccombente integri i parametri della materia delittuale.

Sono persuaso, e spero di dimostrarlo, che molte delle norme invocate alla bisogna sono del tutto estranee all'obbligo di restituzione che incombe sul convenuto della rivendica. Al riguardo è utile suddividere gli argomenti che rimangono da trattare: tra l'altro risulterà più agevole l'esposizione dell'assunto che desidero verificare. Desidero, appunto, provare che molte delle norme elencate non riguardano per niente l'obbligo restitutorio.

In astratto, lo scopo recuperatorio cui tende la rivendica può risultare vanificato da due eventi distinti: la distruzione o l'alienazione del bene. Si tratta, come appare evidente, di due avvenimenti che violano comunque il diritto del proprietario. La distruzione presenta però conseguenze più gravi ed irreparabili, rispetto alla semplice attività di alienazione posta in essere dal possessore. È più complicato, infatti, proteggere l'interesse del proprietario al godimento, quando si tratta di

rimediare al perimento materiale della cosa da restituire all'attore vittorioso. Per l'ordinamento è più facile vanificare e contrastare le alienazioni del convenuto, trattandosi di attività che si manifestano sul piano degli effetti giuridici. Scritto con altre parole, la impossibilità di restituire la cosa rivendicata attiene, dal punto di vista squisitamente logico, alla sola ipotesi di distruzione del bene e non anche al caso di alienazione (181). Nel primo caso si concretizza, in assoluto, una distruzione di ricchezza. Nella alienazione si prospetta, invece, un danno potenziale nei confronti del solo titolare; si tratta di un pericolo che, comunque, può essere facilmente azzerato dall'ordinamento stabilendo che la alienazione non ha effetto o non pregiudica il proprietario. Soltanto la distruzione della cosa rivendicata blocca all'attore la possibilità di esercitare ulteriori rimedi per recuperare comunque il possesso presso terzi.

Non bisogna mai dimenticare, lo ribadisco passando agli argomenti dei due prossimi paragrafi, che, secondo la lettera dell'art. 948 c.c., niente può impedire al proprietario l'esercizio di una nuova azione di rivendica per recuperare dal terzo acquirente il bene già vittoriosamente conteso al vecchio convenuto. In questo caso il proprietario, ottenuta finalmente la disponibilità materiale del proprio bene, è tenuto a restituire al precedente possessore la somma ricevuta in luogo di essa (182). La qual cosa, ovviamente, non può verificarsi nell'ipotesi di distruzione dell'oggetto rivendicato avvenuta per fatto proprio del convenuto.

### **9. Segue: la distruzione del bene rivendicato.**

Alla distruzione si può associare il fenomeno dello smarrimento (183) e quello del deterioramento della cosa rivendicata. I primi due eventi devono verificarsi dopo la proposizione dell'azione. Se avvengono prima, al proprietario della cosa perita o smarrita spetta esclusivamente la tutela aquiliana. Giacché la mansione fondamentale della rivendica consiste nella sua funzione recuperatoria (184), ossia, volendolo scrivere con terminologia più aulica e forbita, poiché il suo compito basilare è quello di adeguare e rendere conforme lo stato di fatto alla situazione di diritto, l'azione non potrà iniziare ove la cosa sia stata distrutta o perduta o comunque, prima della citazione, risulti irrecuperabile. La garanzia restitutoria, oltre a descrivere l'attribuzione essenziale della rivendica, delinea anche il limite del suo esercizio.

Attingendo da quel catalogo di norme appena tratteggiato, si può affermare che, per conoscere le conseguenze della distruzione del bene rivendicato, siano utilizzabili, in linea di principio, le seguenti disposizioni del codice. Innanzitutto, come è ovvio, si deve guardare all'art. 948. Tale norma, di primo acchito, sembra calibrata per l'ipotesi della alienazione. Infatti, se il convenuto è

obbligato a recuperare la cosa, la distruzione sembra fuori dalla previsione dell'articolo in commento. Questo, però, subito dopo stabilisce che, se il possessore non riesce a restituire, deve corrispondere il valore del bene, oltre a risarcire il danno. Una simile implicazione comporta che lo stesso art. 948 c.c. potrà essere chiamato a regolare la fattispecie della distruzione del bene rivendicato. A fronte della apparente ambiguità della norma deputata, in prima battuta, a disciplinare l'obbligo della restituzione, occorre prendere atto che risultano del tutto silenziose le disposizioni contenute nella prima sezione del capo secondo della materia possessoria che tratta specificatamente dei diritti e degli obblighi nella restituzione della cosa (artt. 1148 ss.). Continuando a scorrere l'elenco delle norme chiamate a pianificare la tutela recuperatoria predisposta per il proprietario vittorioso, occorre soffermarsi poi su una disposizione dettata in materia di azione di ripetizione. A differenza della normativa possessoria, l'art. 2037 c.c. contiene una dettagliata ed esauriente disciplina della ipotesi del perimento della cosa determinata indebitamente ricevuta. È utilizzabile esclusivamente l'art. 2043 c.c. quando, dopo la distruzione del bene da parte del possessore, non si può iniziare l'azione petitoria. Va, infine, notato che la normativa della responsabilità delittuale potrebbe servire come regola integrativa, quando si tratta di dare un contenuto preciso al risarcimento evocato dall'articolo sulla rivendica per il caso in cui il convenuto non riesca a recuperare la cosa da restituire (185). Su quest'ultima prospettiva esprimo il mio dissenso; sulla questione tornerò più avanti in questo stesso paragrafo.

Riepilogando, va utilizzato per primo l'art. 948 c.c. che, pur non prevedendo espressamente il caso della distruzione, per opinione comune si applica sicuramente alla fattispecie della perdita del bene da restituire. Preso atto, poi, che il codice nel suo settore possessorio risulta carente di una specifica disposizione sull'evento, l'altra norma da prendere in considerazione sarà l'art. 2037 c.c., che disciplina il perimento e, quindi, la mancata restituzione di cosa determinata indebitamente ricevuta. Soprattutto da quest'ultima disposizione si dovrebbe ricavare, e proprio questo sostiene l'opinione prevalente (186), il più minuzioso e completo regime che serve a regolare l'argomento trattato nel presente paragrafo. Si suole ripetere che appare opportuno, al fine di colmare la mancanza di una precisa disposizione che nel terzo libro della proprietà regoli il perimento della cosa da restituire, riguardare alle disposizioni sull'indebito che, mirando al recupero delle cose determinate, disciplinano casi simili o materie analoghe. A confermare, così come pretende per l'interpretazione analogica l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice, che l'azione petitoria e quella di ripetizione regolino casi simili o materie analoghe, si erge l'art. 2040 c.c., che applica all'*accipiens indebiti* la disciplina del possessore che restituisce. Occorre, pertanto, procedere all'esame comparato dei due articoli del codice.

Ebbene, a questo punto emerge un fatto singolare. Basta mettere a confronto, anche con una lettura superficiale, le norme appena citate per scoprire che esse, pur presentando un identico scopo diretto alla restituzione di un bene determinato, tracciano due discipline diametralmente opposte. Il perimento della cosa nelle mani del convenuto produce conseguenze diverse, a seconda che il soccombente tenuto alla restituzione si trovi, come controparte processuale, di fronte al rivendicante (art. 948) o al *solvens indebiti* (art. 2037).

Iniziando dalla norma in commento, nel caso del convenuto in rivendica, la distruzione della cosa *per fatto proprio* del possessore, obbliga costui che, ovviamente, non può più restituire la *eadem res* a corrispondere il valore del bene, oltre a risarcire il danno. Il dato rimarchevole del meccanismo previsto dall'art. 948 c.c. per l'attribuzione della responsabilità è la mancanza di qualsiasi influenza dell'elemento psicologico dell'autore della distruzione, sia sotto il profilo della colpa e del dolo, sia sotto il profilo della buona o mala fede (187). D'altra parte, ai sensi dell'art. 2930 c.c., l'obbligo di consegnare una cosa determinata mobile o immobile, così come avviene a favore del rivendicante vittorioso, è suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica: il che comporta che la collaborazione della controparte tenuta alla restituzione svolge una funzione assai limitata, se non nulla. Per accendere la imputabilità del possessore non proprietario, è sufficiente un semplice nesso di causalità: occorre che la perdita della cosa sia conseguenza del comportamento del soggetto obbligato alla restituzione. Solo il perimento derivante da causa estranea alla sfera di azione, commissiva od omissiva, del possessore esclude la sua responsabilità e quindi il conseguente obbligo del risarcimento. Solo se l'impossibilità della restituzione non dipende da *fatto proprio* del possessore convenuto, costui va esente da responsabilità.

La mancanza di qualsiasi rilevanza dell'atteggiamento psicologico del possessore sulle conseguenze del perimento della cosa rivendicata costituisce, per altro, un dato facilmente spiegabile. In diverse occasioni abbiamo notato come, superando la stessa valenza del principio generale contenuto nell'ultimo comma dell'art. 1147 c.c. (*mala fides superveniens non nocet*), dal momento della citazione il convenuto in rivendica sia equiparato, per molti profili, a quello in mala fede. Giacché il perimento della cosa, per avviare la responsabilità del possessore così come questa è prevista dall'art. 948 c.c. deve avvenire dopo l'inizio della rivendica, qualsiasi convenuto è automaticamente considerato perfettamente consapevole del suo obbligo restitutorio; oppure, con diversa ma collimante motivazione, il possessore nel giudizio petitorio va comunque considerato in mora per effetto della domanda giudiziale. Non avrebbe allora senso alcuno subordinare la responsabilità del possessore al suo atteggiamento mentale; è sempre escluso che, in relazione al perimento della cosa rivendicata, sia configurabile un convenuto in buona fede.

Nel caso dell'indebito, non ha alcuna rilevanza il nesso di causalità che lega la sfera comportamentale del convenuto con il perimento della cosa determinata da restituire. Entra in gioco esclusivamente, a differenza di quanto si verifica nella rivendica, l'atteggiamento psicologico di colui che avrebbe dovuto restituire, se non ci fosse stata la distruzione, la cosa indebitamente ricevuta. L'atteggiamento psicologico, è bene sottolinearlo, va rilevato non al momento del perimento, ma in quello, certamente anteriore all'inizio della procedura recuperatoria, in cui il soccombente ha ricevuto indebitamente la cosa determinata. Dispone, infatti, il secondo comma dell'art. 2037 c.c. che la perdita del bene, anche per caso fortuito, obbliga l'*accipiens* in mala fede a corrispondere il valore. Nella stessa situazione il convenuto della rivendica, come abbiamo appena visto, va esente da ogni responsabilità. Chi ha ricevuto l'indebito in buona fede, non risponde del perimento, ancorché questo dipenda da fatto proprio. Nella medesima circostanza, ai sensi dell'art. 948 c.c. il possessore soccombente va incontro al risarcimento. Lo stesso risultato descritto dalla norma in commento dovrebbe prodursi, qualora si pervenisse alla conclusione di applicare al convenuto in rivendica la normale responsabilità per fatto illecito.

Tra le due normative recuperatorie, come risulta anche da un esame superficiale, non esiste alcuna coincidenza; non è riscontrabile alcuna convergenza. Il possessore convenuto in rivendica va esente da ogni responsabilità se dimostra che il perimento è derivato da caso fortuito o da forza maggiore, ossia dai due eventi che per definizione escludono *il fatto proprio*. In altri termini, la impossibilità della restituzione per l'avvenuta distruzione del bene è liberatoria del vincolo se non è imputabile al possessore. Non bisogna poi dimenticare che il perimento della cosa rivendicata deve essere avvenuto dopo l'istaurarsi del processo petitorio e che, iniziata l'azione, il possessore è sempre considerato in mala fede; più esattamente il convenuto viene comunque parificato, per quanto attiene al suo trattamento, a colui che sa di ledere il diritto altrui.

In modo radicalmente opposto, l'*accipiens indebiti* in mala fede risponde anche del fortuito; quello che in buona fede ha indebitamente ricevuto, non è mai responsabile della distruzione della cosa da restituire, nemmeno se il perimento deriva da fatto proprio.

Un evento identico, ossia il perimento della cosa determinata da restituire, è valutato in due modi antitetici. Se ciò risponde al vero, può esserci una sola spiegazione plausibile. Vuol dire che i convenuti nelle due azioni rivestono posizioni sostanziali totalmente divergenti. Se ancora non è tempo di formulare certezze, comincia a profilarsi come legittimo (188) il dubbio che se l'attore della rivendica è il proprietario, il *solvens indebiti* non può essere considerato come il titolare del bene determinato da altri indebitamente ricevuto. Comincia a realizzarsi la contingenza e a concretizzarsi l'idea in base alla quale appare logicamente corretto e opportuno, visto il trattamento opposto che ricevono i convenuti nelle due azioni recuperatorie, che l'*accipiens indebiti* debba

essere parificato, nella sua posizione sostanziale, all'attore della rivendica. Questi due protagonisti delle due diverse controversie restitutorie sono i proprietari della cosa determinata contesa. Infatti, pur prescindendo da ulteriori argomenti che provano l'assunto, il rivendicante e l'*accipiens indebiti*, sono proprio coloro che vengono chiamati a sopportare (*res perit domino*) il rischio economico del perimento della cosa per caso fortuito. Se ciò risponde al vero, di conseguenza, la normativa dell'indebito non può, anzi non deve, svolgere alcun ruolo nella compagine recuperatoria propria della rivendica.

La tutela del rivendicante vittorioso, così come questa è tracciata dalla norma in commento, sarebbe vanificata, o quantomeno profondamente alterata e pregiudicata, dall'applicazione della normativa dell'indebito. Al riguardo basta prendere atto che, in aggiunta alle differenze già evidenziate, l'azione di ripetizione non prevede mai l'obbligazione sussidiaria del risarcimento del danno, anche se al convenuto viene addossata la perdita del bene da restituire. Se l'*accipiens* in buona fede risponde del perimento, la quantificazione pecuniaria della responsabilità non risulta rapportata, come avviene normalmente e come si verifica anche per la rivendica, alla diminuzione patrimoniale subita dal danneggiato. La somma dovuta viene calcolata, invece, sul patrimonio del responsabile del perimento e precisamente l'indennizzo dovuto non può superare i limiti dell'arricchimento del debitore della restituzione mancata (189). Tutto ciò non ha niente da spartire con il risarcimento del danno; tutto ciò non combacia con il livello di protezione offerto al proprietario per assicurargli il recupero del bene, neanche dal punto di vista sussidiario, ossia sul versante del mero ristoro economico.

Se l'*accipiens* è in mala fede, questi sarà tenuto, al contrario del convenuto nella rivendica, a corrispondere il valore, anche se la cosa è perita per caso fortuito; e questo, come si è appena annotato, appare sintomatico della circostanza che normalmente onera il proprietario, ossia il rivendicante (art. 948) o chi ha ricevuto indebitamente una cosa determinata (art. 2037), del rischio economico per il perimento non imputabile della cosa (190).

La mancanza della obbligazione risarcitoria a carico dell'autore del perimento del bene da restituire, genera una ulteriore conferma. Occorre prendere atto che se si tratta di azione di ripetizione, al pari di quanto avviene, così come si è visto nel paragrafo precedente, a proposito della tutela compensativa della proprietà, chi agisce non è più proprietario. Per provare l'assunto, è sufficiente osservare che se il *solvens indebiti*, avendo perso la materiale disponibilità della cosa, agisce in giudizio e si vede riconoscere solo una indennità in luogo della restituzione del bene o del risarcimento del danno (191), vuol dire che ha ormai perso la titolarità della cosa determinata della quale chiede la ripetizione. Si tratta proprio dello stesso fenomeno che abbiamo osservato in precedenza a proposito della tutela compensativa della proprietà. Si parla genericamente di

provvidenze compensatorie quando, a favore dell'ex proprietario, esclusi i presupposti dell'illecito, occorre compensare un danno o una perdita, oppure è necessario controbilanciare una differenza o ristabilire un equilibrio patrimoniale compromesso, al di fuori dei consueti parametri risarcitori di cui agli artt. 1223 e 2056 c.c.

Il risarcimento non è una obbligazione alternativa che consente al possessore di scegliere la prestazione dovuta, che è quella di restituire, sostituendola con un'altra prestazione. Il risarcimento, nel caso dell'art. 948 c.c., è piuttosto applicazione del criterio generale che trasforma le obbligazioni restitutorie non adempiute in prestazioni pecuniarie. Se l'adempimento dell'obbligazione restitutoria è divenuta impossibile, al proprietario resta soltanto il diritto di pretendere, da quel convenuto, un risarcimento per equivalente della prestazione non eseguita. A questo punto l'atteggiamento psicologico del possessore convenuto non può logicamente svolgere alcun ruolo nella determinazione della responsabilità per il perimento della cosa rivendicata. Se l'evento distruttivo deve necessariamente verificarsi dopo l'inizio dell'azione petitoria, altrimenti la rivendica non si può esercitare, il possesso del convenuto, vuoi per ragioni di mora vuoi per il motivo di effettiva conoscenza della lesione del diritto altrui, non può mai parificarsi a quello di buona fede. Al contrario, nella ipotesi regolata dall'art. 2037 c.c., tutto dipende dall'atteggiamento psicologico di colui che ha ricevuto indebitamente. D'altra parte al *solvens indebiti*, a differenza del proprietario, non viene mai riconosciuto, se la cosa è perita, il risarcimento del danno.

Nella disciplina del perimento della cosa rivendicata, non si possono ammettere soluzioni contingenti ed estemporanee che risultino in contrasto con la elementare semplicità dell'art. 948 c.c. La responsabilità per fatto proprio del possessore sarebbe azzerata se si applicasse la normativa dell'indebito; in questo caso risulterebbe gravemente menomata la piena tutela recuperatoria riconosciuta al proprietario. Per la disposizione contenuta nell'art. 2037 c.c., la responsabilità per il perimento della cosa da restituire dipende solo dallo stato psicologico dell'obbligato, escludendosi qualsiasi rilevanza del nesso di causalità tra il perimento e la condotta dell'*accipiens indebiti*. Se il convenuto nella *condictio* era in buona fede al momento del pagamento indebito, la successiva distruzione per fatto proprio della cosa da restituire, non lo rende responsabile del perimento o del deterioramento del bene, se non nei limiti dell'arricchimento.

Alla luce della semplice lettura comparativa delle due azioni recuperatorie della cosa determinata, dichiaro di non riuscire a comprendere come sia possibile che l'opinione dominante, non solo ammetta il cumulo tra rivendica e ripetizione dell'indebito, ma affermi che la disciplina dell'indebito possa, anzi debba, applicarsi, completandolo, al tema della rivendica. Sull'argomento ribadisco il mio più profondo dissenso nei confronti della opinione prevalente (192), le cui soluzioni, occorre riconoscerlo, risultano confermate ed approvate dalla unanime giurisprudenza.

Sono convinto che già la semplice analisi della responsabilità per il perimento della cosa determinata da restituire dimostri una ineluttabile ed insanabile differenza tra l'azione di rivendica e quella di ripetizione. Se entrambe, come è certo, mirano alla restituzione della cosa determinata, la assoluta differenza delle soluzioni adottate dal codice per il caso della distruzione, può avere una sola spiegazione logica: i presupposti delle due azioni devono necessariamente essere diversi. Se la rivendica presuppone la proprietà di colui che pretende la restituzione, e la storia millenaria dell'azione lo reclama, la ripetizione dell'indebito presuppone, al contrario, la proprietà di colui che deve restituire. È la storia millenaria della *condictio indebiti* che lo pretende. Soltanto in questo modo, si può giustificare la distanza tra la rivendica e l'articolo che disciplina il perimento della cosa ricevuta indebitamente.

Da tutto ciò deve trarsi, a mio parere, una necessaria conseguenza: almeno per quanto attiene alla responsabilità per la perdita della cosa determinata da restituire, la normativa dell'indebito non può applicarsi alle vicende della rivendica. A prescindere da quanto ho fin qui scritto sulla tutela recuperatoria del proprietario, esistono anche argomenti di carattere generale che spingono verso la esclusione della normativa dell'indebito dal novero delle tutele proprietarie.

Al riguardo basta rammentare che nel nostro ordinamento, come ormai è pacificamente acquisito, non esiste il principio della rigida tipicità dei rimedi a tutela della proprietà. A differenza di quanto avveniva in altri contesti storici, al proprietario è sempre concessa una scelta tra le numerose difese previste per raggiungere l'obiettivo della restituzione della sua cosa. Per ogni possibile lesione, è come se l'ordinamento avesse predisposto una doppia tutela. La garanzia restitutoria, tipica ed essenziale della proprietà, può essere combinata con domande risarcitorie e inibitorie e di mero accertamento. Il proprietario può anche graduare domande e pretese diverse in una unica azione. La stessa pretesa restitutoria del titolare può fondarsi anche sopra i numerosi rimedi collegati a quelle vicende contrattuali, che hanno reso l'attore titolare del diritto. D'altra parte non è escluso che svariate vicende negoziali siano azionabili quando il proprietario, spogliandosi della sua posizione di forza valevole *erga omnes*, si presenti nel processo come titolare di un semplice diritto di credito. Ciò avviene, per esempio, quando il compratore, già proprietario, pretende l'adempimento dell'obbligazione di consegna che grava sul venditore: così come d'altra parte risulta sancito dall'art. 1476 c.c., che elenca le principali obbligazioni del venditore.

Appare allora incontrovertibile la seguente constatazione: quali che siano in concreto i rimedi scelti e classificabili come derivanti *ex proprietate*, *ex contractu* o *ex delicto*, tra loro devono essere logicamente coerenti. Essi, ossia, devono raggiungere il medesimo obiettivo, sia pure percorrendo strade diverse e differenti strategie. La libertà di scelta tra varie difese e tutele implica costi diversi e percorsi più o meno accidentati, ma sottintende anche che nessuna delle azioni esercitabili possa

portare a soluzioni pregiudizievoli per il proprietario. Se così fosse, se un'azione dovesse condurre a risultati non in linea con i livelli tipici e basilari della tutela proprietaria, così come questi si desumono dalla norma fondamentale dell'art. 948 c.c., significherebbe penalizzare il proprietario che ha preferito quella tutela alternativa, significherebbe che la libertà di scelta sarebbe gravemente menomata. Non si può tornare all'ottuso formalismo dei *veteres* che, come ammoniva Gaio, facevano perdere la lite a colui che aveva erroneamente denominato l'azione intrapresa.

Ebbene la normativa dell'indebito, già per la semplice responsabilità del perimento della cosa da restituire, appare in contrasto con tutti i rimedi proprietari, ad iniziare dalla rivendica e compresi quelli negoziali e quelli derivanti da illecito. Anche se in precedenza si è avuto riguardo solo per la rivendica, ho sempre considerato, quando se ne presentava l'occasione, gli altri rimedi che differivano, per qualche profilo, dall'azione petitoria. Tranne l'azione di ripetizione, nessuna delle alternative utilizzabili dal proprietario, nessuna delle diverse domande esperibili, comprese quelle derivanti dalla caducazione del contratto, è risultata incompatibile con lo scopo perseguito dalla rivendica o con la sua disciplina operativa. Sulla incompatibilità dell'indebito con la rivendica troverò ulteriore conferma nel paragrafo successivo che sarà dedicato agli atti di alienazione compiuti dal possessore convenuto in rivendica.

Per il momento ritengo utile tornare a riflettere sulla struttura dell'art. 948 c.c. che, in tema di rivendica, addossa la responsabilità del perimento della cosa da restituire al convenuto, se la distruzione del bene, o meglio, la cessazione del possesso deriva, dopo la domanda, da *fatto proprio* del convenuto. Desidero proporre in argomento idee piuttosto ovvie. Da esse, però, scaturiscono soluzioni che non sono in linea con quelle declamate dalla opinione prevalente.

Per quanto riguarda la responsabilità del possessore, è utile notare che l'art. 948 riproduce alla lettera il corrispondente art. 439 del primo codice unitario: entrambe le disposizioni imputano al convenuto il perimento del bene causato da *fatto proprio*. Per chiarire il significato di tale nozione attributiva della responsabilità, si era soliti utilizzare (193), come contrapposto definitorio, il testo dell'art. 1225 del codice abrogato che, in generale, esentava il debitore, allorquando l'inadempimento era "derivato da una causa *estranea* a lui non imputabile". La caratteristica della "estraneità", oggi cancellata dal testo corrispondente dell'art. 1218 c.c., implica che deve escludersi il fatto proprio, quando il perimento deriva da un evento che, costituendo la vera ed unica causa della distruzione, risulta estraneo alla sfera controllabile dal convenuto. Il caso fortuito e la forza maggiore sono ipotesi esemplari di tali eventi (194). Essi, infatti, interrompono il nesso di causalità tra la condotta del possessore e la perdita del bene. Essi, d'altra parte, sono fuori dalla possibilità di influenza dell'obbligato; essi sono, per usare la medesima terminologia del codice abrogato, avvenimenti a lui *estranei*. Tra questi episodi si può menzionare anche il fatto del terzo, purché

quest'ultimo non rivesta la qualità di ausiliario del possessore del bene altrui. Del pari, come causa estranea e quindi non imputabile, si deve annoverare il *factum principis*. Quando si verificano eventi di questo tipo, tali, ossia, di escludere il *fatto proprio*, dalla impossibilità di restituire la cosa distrutta deriva la estinzione dell'obbligo. Si realizzerà, pertanto, la liberazione del possessore da qualsiasi responsabilità.

L'art. 948 c.c. stabilisce che l'obbligo di restituzione si estingue per il perimento della cosa. Per essere più precisi e volendo rimanere fedeli alla lettera della disposizione in commento, l'azione di rivendica deve concludersi con l'assoluzione del convenuto, se costui ha cessato di possedere per un evento che non rientri nella categoria concettuale del *fatto proprio*. La norma, quindi, valuta la causa della perdita del bene rivendicato. Nessun possessore, ovviamente, può liberarsi del suo obbligo, distruggendo o causando il perimento della cosa altrui. La imputabilità della perdita *per fatto proprio* sostituisce la precedente obbligazione restitutoria divenuta impossibile, con quella sussidiaria del risarcimento del danno; la cui quantificazione dipende, a differenza delle indicazioni provenienti dall'art. 2037 c.c. (195), dalla perdita subita dal patrimonio del proprietario vittorioso. La disposizione appena evocata circa i parametri da seguire per la determinazione del danno è quella dettata dall'art. 1223 c.c. che, rimarcando la distanza con la normativa dell'indebito, precisa le coordinate del risarcimento per l'inadempimento delle obbligazioni (196). Questa norma si applicherà comunque alla rivendica, anche per il richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c., volendo lasciare ancora impregiudicata la importante questione circa la natura contrattuale o delittuale della responsabilità del possessore soccombente.

Cerco, a questo punto, di impostare e risolvere il tema appena accennato. L'indice selettivo della responsabilità per il perimento del bene rivendicato è dato dal criterio del *fatto proprio*. Non c'è dubbio che questo canone, espressamente menzionato nell'art. 948 c.c., rappresenta il parametro esemplare e perfetto della causa imputabile (197). Non svolge alcun ruolo, occorre ripeterlo, lo stato psicologico del possessore. Nemmeno l'eventuale atteggiamento colposo o doloso nei confronti del perimento verificatosi è preso in esame ai fini dell'attribuzione della responsabilità. Neppure il criterio della diligenza appare influenzare la imputabilità dell'evento (198). L'obbligazione restitutoria non si estingue, ma si trasforma in quella del risarcimento del danno, se la impossibilità della prestazione restitutoria è imputabile al convenuto soccombente, ossia se tale evento si presenta come conseguenza della attività o della inattività del debitore. L'obbligazione risarcitoria che sorge in conseguenza dell'inadempimento della consegna del bene rivendicato soddisfa per equivalente l'interesse del proprietario nelle ipotesi, ossia, nelle quali non può darsi luogo alla pretesa recuperatoria "in natura".

Per converso, la distruzione non viene ascritta al possessore, nel senso che la sua obbligazione restitutoria si estingue e non viene sostituita dal risarcimento, se il deterioramento, il perimento o lo smarrimento derivano, come effetto, da una causa estranea alla sfera di attività del convenuto in rivendica. La cessazione del possesso rende inesequibile e privo di conseguenze risarcitorie l'obbligo di restituzione, se la sua causa si configura come un evento non soltanto interamente avulso dalla sfera di controllo del convenuto soccombente, ma soprattutto se la perdita del bene rivendicato appare come un episodio da lui non evitabile. In breve, il perimento non deve avere alcun nesso eziologico con una azione positiva o negativa del possessore.

Se le conclusioni raggiunte sulla questione della responsabilità del possessore soccombente a riguardo della perdita del bene appaiono convincenti, giova rilevare la somiglianza, anzi la perfetta identità, del risarcimento del danno previsto dall'articolo sull'azione di rivendica con la disciplina generale dell'inadempimento delle obbligazioni. L'art. 1218 c.c., infatti, stabilisce che il debitore inadempiente è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento è stato determinato dalla impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. L'art. 1256 c.c., per maggiore certezza, specifica che l'obbligazione si estingue, quando, per causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.

La responsabilità del possessore e le conseguenze dei suoi comportamenti lesivi della proprietà altrui sono valutate dal codice alla stregua delle norme dettate per l'inadempimento delle obbligazioni e per la impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore. Siamo quindi di fronte ad una responsabilità contrattuale (199): l'art. 948 c.c. considera il possessore che distrugge il bene altrui come un debitore inadempiente all'obbligo di restituzione (200).

Lo dimostra, a tacere delle altre numerose circostanze già evidenziate, il carattere derivato e succedaneo dell'obbligazione risarcitoria del soggetto a cui la responsabilità è imputabile. Al contrario, nell'illecito extracontrattuale, il risarcimento assume il valore di fonte diretta e primaria dell'obbligazione risarcitoria del soggetto imputabile. In entrambe le ipotesi di responsabilità si perviene comunque alla finalità di riequilibrare la sfera economica del danneggiato, ma soltanto nella responsabilità contrattuale preesiste una obbligazione specifica che modella il successivo obbligo risarcitorio, in modo che la lesione di un interesse meritevole di tutela si identifica in un inadempimento.

L'inquadramento della responsabilità del possessore soccombente in quella contrattuale produce, apparentemente, conseguenze in tema di prova.

Normalmente in tema di inadempimento, in passato (201), si era soliti prospettare l'esistenza di una inversione dell'onere della prova, sia rispetto alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., sia rispetto

al fatto illecito. In altri termini, per principio generale valevole anche nella materia dell'illecito delittuale, colui che chiede il risarcimento deve provare e l'evento dannoso e il nesso di causalità e il criterio di imputazione del fatto al danneggiante. Quando si tratta di inadempimento la distribuzione dell'onere delle prove cambia: per il danneggiato è sufficiente provare che un obbligo preesistente risulta non adempiuto. Il carico della prova si sposta allora (art. 1218 c.c.) sul debitore che, per liberarsi, è tenuto a dimostrare non solo la non imputabilità, ma anche la causa a lui estranea da cui è derivata la impossibilità della prestazione.

In ordine all'inadempimento dell'obbligazione non è del tutto esatto (202) prospettare una inversione del gioco delle prove rispetto alla regola generale: si tratta, a ben vedere, di normali applicazioni della distribuzione del carico delle prove tra l'attore e il convenuto. Una volta che il proprietario abbia dimostrato la propria titolarità, ha, al tempo stesso, fornito la prova dell'obbligo del possessore a restituire. Pertanto, una volta che l'attore abbia acclarato di essere creditore della pretesa recuperatoria tipica della rivendica, spetterà al convenuto soccombente, possessore e debitore, provare il fatto impeditivo ed estintivo, ossia in particolare la sopravvenuta impossibilità della prestazione per una causa specifica di non imputabilità. Il convenuto soccombente per liberarsi deve fornire una duplice prova: non solo deve dimostrare la esistenza di un fatto impeditivo determinato e preciso, ma deve documentare che quell'evento che ha prodotto la impossibilità della restituzione non gli è imputabile. L'ordinamento impone al debitore che vuole liberarsi dall'adempimento e delle relative conseguenze risarcitorie la dimostrazione di una causa non generica e della relativa ascrivibilità del perimento. In altri termini, la presenza di una causa impeditiva ignota non può consentire al possessore di liberarsi della sua obbligazione risarcitoria.

Desidero, in conclusione, riassumere i risultati conseguiti sul tema del perimento del bene rivendicato. Ciò serve anche per orientarsi in quella congerie di norme richiamate dalla opinione prevalente per la disciplina di una prestazione apparentemente semplice: la restituzione del bene rivendicato al proprietario vittorioso. Sono convinto che la disciplina stabilita dall'art. 948 c.c. appare diversa dalla responsabilità aquiliana e, cosa questa più rilevante, risulta incompatibile con la normativa dell'indebito.

Sull'argomento mi sembra opportuna un'ultima e breve ripetizione. A prescindere dalla imputabilità o meno della cosa da restituire, la normativa dell'indebito fissa una obbligazione sussidiaria che risulta, qualitativamente e quantitativamente, diversa dalla somma corrispondente al valore del bene, in aggiunta (*oltre*) a quella del risarcimento del danno, così come è stabilito dalla norma sulla rivendica a tutela delle ragioni proprietarie e come succedaneo della restituzione in natura. Nell'art. 2037 c.c., per il caso della *amissio rei*, non si profila mai un risarcimento quantificabile secondo i canoni fissati dall'art. 1223 c.c., ma soltanto e alternativamente

l'obbligazione limitata al valore della cosa, oppure una indennità per la diminuzione del valore, oppure una obbligazione nei limiti dell'arricchimento del debitore. In linea generale si può affermare che ove il codice qualifichi l'obbligazione sussidiaria in termini di indennizzo, manchino del tutto i presupposti del risarcimento del danno, così come avviene, in modo esemplare, negli artt. 2045 e 2047 c.c. (203), oltre naturalmente alle ipotesi di tutela compensativa della proprietà. Anche per questo aspetto la normativa dell'indebito appare incompatibile con la rivendica.

### **10. Segue: la alienazione del bene rivendicato.**

Il convenuto soccombente può violare la propria obbligazione restitutoria, alienando il bene rivendicato. Attingendo da quel nutrito elenco di articoli del codice utilizzabili alla bisogna, e che non mi pare il caso di passare di nuovo in rassegna, occorre puntare l'attenzione, oltre che sulla norma in commento, ancora sulla materia della *condictio indebiti*. Qui, infatti, si trova l'art. 2038 c.c. che, come si legge nella sua rubrica, prevede e regola le alienazioni della cosa ricevuta indebitamente. Questo articolo, per l'opinione prevalente (204), conterrebbe la più dettagliata disciplina della questione che ci occuperà in questo paragrafo. D'altronde, come si suole ripetere, la fattispecie più facile da immaginare nella quale un soggetto aliena la cosa di un altro, senza esserne legittimato, è proprio quella di chi ha ricevuto indebitamente una cosa che non gli spetti (205).

Preso atto di tale opinione assolutamente maggioritaria, non riesco ancora a convincermi (206) della effettiva ragione per cui l'art. 948 c.c. che, per tradizione più che millenaria vede schierati su fronti opposti il proprietario e il possessore, non debba essere considerato come lo schema autentico, o meglio, come il prototipo originale della disciplina degli atti di alienazione compiuti dal convenuto soccombente e quindi condannato alla restituzione. Ossia di chi, per definizione e al di sopra di ogni ragionevole dubbio e a seguito di accertamento giudiziale, non è il proprietario del bene trasferito. Anche per questo profilo, oltre quello del perimento della cosa contesa, la incompatibilità dell'azione di ripetizione con quella di rivendica risulta evidente. Per ribadirlo giova procedere con ordine, iniziando dalla rivendica.

Per la verità nell'art. 948 c.c. non si analizzano esplicitamente gli atti di alienazione compiuti dal convenuto. La norma individua comportamenti scorretti e lesivi, in quanto sanzionati dal risarcimento del danno, esprimendosi in termini di convenuti che, dopo la domanda, cessano di possedere *per fatto proprio*. La norma riepiloga, in poche battute, comportamenti che violano la legittima aspettativa del proprietario che agisce per recuperare la disponibilità materiale della propria cosa. Si intuisce però, utilizzando una costruzione linguistica più mirata, o meglio meno

stringata rispetto all'originale normativo, un indiscutibile riferimento ad una consegna del bene rivendicato effettuata dal convenuto a favore di un terzo acquirente. Infatti se, come precisa la norma in commento, il convenuto è obbligato a recuperare, a proprie spese, la cosa per restituirla in natura all'attore vittorioso, l'esempio più plausibile della fattispecie descritta dal codice diviene, non tanto il perimento, quanto piuttosto quello di una alienazione seguita dalla consegna al terzo. L'ipotesi più veritiera della previsione normativa si concretizza in uno spossessamento del convenuto come conseguenza di un suo atto dispositivo. La conferma della correttezza di una simile parafrasi del testo normativo deriva dal tenore letterale del secondo comma dell'articolo in commento: se il rivendicante riceve *direttamente*, ossia senza il tramite del precedente convenuto, dal nuovo possessore la disponibilità materiale della cosa, dovrà restituire al precedente possessore la somma ricevuta in luogo di essa. Una ulteriore conferma della esattezza del riferimento ad un atto di disposizione segnalato e indicato come passaggio del possesso, o più esattamente come cessazione del possesso da parte del convenuto in rivendica, deriva dall'art. 2653 c.c. Questa norma, al numero uno del suo lungo elenco di domande giudiziali, specifica che la sentenza di condanna alla restituzione pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda di rivendica ha effetto contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo, in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda (207). Niente, infine, può impedire al proprietario che intende comunque recuperare il suo bene, di agire nei confronti del nuovo possessore avente causa dal non proprietario: ciò si ricava, a prescindere da altre considerazioni svolte in precedenza, dal tenore letterale della disposizione in commento.

Potrebbe apparire stravagante la lettera dell'art. 948 c.c. che, come unica violazione delle pretese dell'attore, descrive un convenuto che cessa di possedere; ma soprattutto sembra bizzarra la relativa interpretazione appena proposta (208), che considera quell'azione di auto spossessamento sanzionata dalla norma come un atto di alienazione. Per giustificare tali apparenti stranezze non bisogna mai dimenticare la funzione e lo scopo della rivendica: il titolare del più ampio dei diritti patrimoniali si trova di fronte a colui che esercita soltanto un potere di fatto che, sebbene sganciato dalla giustificazione di un titolo, è tuttavia ampiamente protetto. L'attore, dimostrando la propria titolarità, pretende la condanna del possessore alla restituzione. La violazione della tutela recuperatoria, che si realizza primariamente, anche se non esclusivamente, con la rivendica, può determinarsi soltanto con la dismissione, da parte del convenuto, del suo possesso a favore di soggetti diversi dall'attore. Se teniamo sempre presente questa caratteristica peculiare della rivendica, non deve destare alcuna meraviglia la modalità con cui si esprime l'art. 948 c.c.: tanto la distruzione della cosa rivendicata, quanto l'atto di alienazione posti in essere dal convenuto, possono correttamente definirsi come cessazione del possesso per fatto proprio.

Reso esplicito l'indiscusso riferimento della norma anche agli atti di disposizione compiuti dal convenuto, l'art. 948 c.c. analizza l'alienazione sotto due diversi profili che potrei definire intersoggettivi. L'atto di disposizione compiuto dal possessore interessa, in prima battuta, i rapporti tra il proprietario e il convenuto della rivendica. La medesima alienazione riguarda, per altro verso, le vicende tra il terzo acquirente e il proprietario rivendicante. Di questi due profili si occupa, come si intuisce dalle superficiali descrizioni appena fatte, direttamente la norma in commento. Essendo tre i protagonisti della vicenda, il primo è il proprietario rivendicante, poi il possessore convenuto e quindi il terzo acquirente, è configurabile un ulteriore profilo intersoggettivo che non risulta preso in considerazione dalla norma in esame.

Questo terzo profilo riguarda i rapporti diretti tra il convenuto della rivendica, che, per definizione, è un possessore non proprietario, e l'acquirente suo avente causa. Di tale problematica non c'è traccia nell'art. 948 c.c. Occorrerebbe approfondire subito lo studio di questo terzo profilo intersoggettivo, ma soprattutto chiarire il motivo del silenzio serbato dalla normativa della rivendica. Si potrebbe pensare che sarebbe oltremodo facile per l'ordinamento azzerare questo tipo di rischio che può correre il proprietario rivendicante: basterebbe precisare che l'alienazione compiuta dal convenuto non proprietario non ha effetto o non pregiudica il rivendicante (209). Quello concluso dal convenuto in rivendica è un negozio dispositivo che andrebbe analizzato dall'angolazione della sua potenziale efficacia acquisitiva *a non domino*, ma non traslativa dal proprietario per gli effetti reali sanciti dall'art. 1376 c.c. Ovvero, nella probabile eventualità della sua inefficacia traslativa, tale atto di alienazione lo si potrebbe studiare come fonte di responsabilità del convenuto nei confronti del terzo acquirente.

Se non prendo un abbaglio, questo terzo profilo, a fatica immaginabile dopo una attenta considerazione della norma in commento, non risulta esplicitamente trattato e risolto da nessuna norma del codice. Si potrebbe aggiungere che tutta la complessa tematica degli acquisti *a non domino* risulta impegnata per risolvere questo terzo profilo intersoggettivo (210). Si potrebbe poi osservare che la garanzia per evizione è prevista proprio a questo fine. Per il momento desidero rinviare la questione ed esaminarla dopo avere analizzato anche l'art. 2038 c.c.

Quanto ai rapporti tra l'attore vittorioso e il convenuto, la alienazione compiuta dal possessore, impedisce indirettamente alla rivendica di giungere alla sua conclusione naturale, che consiste, per l'appunto, nella restituzione della cosa al proprietario. Ciò che ostacola la restituzione non è in realtà il negozio traslativo, ma la cessazione del possesso del convenuto, in conseguenza della avvenuta consegna al terzo acquirente. Questa circostanza, stando alla lettera della norma, non paralizza l'azione già iniziata, ma fa scattare, per il possessore che ha alienato e ha consegnato il

bene rivendicato, l'obbligo di recuperarlo, o, in mancanza, di rifondere il valore dello stesso, oltre al risarcimento del danno.

Passo ora al secondo profilo intersoggettivo esplicitamente esaminato dalla norma della rivendica.

Conclusa la prima azione petitoria con la duplice condanna del convenuto a corrispondere il valore della cosa e a risarcire il danno per non essere riuscito a restituire il bene, il proprietario, come lascia trasparire il secondo comma della norma in commento, potrà agire contro il nuovo possessore, acquirente dal precedente convenuto. Costui, come è generalmente riconosciuto, non potrà paralizzare la tutela recuperatoria del proprietario ed "eccepire che l'attore ha già avuto soddisfatta la sua pretesa di rivendica" (211). Infatti, se il proprietario recupera la cosa *direttamente* dal terzo, al fine di evitare l'arricchimento derivante dalla restituzione del bene da parte del nuovo convenuto e dalla precedente percezione del suo valore venale, l'attore delle due rivendiche per il medesimo bene dovrà restituire quanto ha già ottenuto dal primo convenuto.

La relazione intersoggettiva tra il proprietario e il terzo acquirente, non può che essere il collegamento tipico che connette i due contendenti della rivendica. Mancando qualunque rapporto negoziale tra il proprietario e il nuovo possessore, per ottenere la consegna del bene non si può esercitare un rimedio *ex contractu*. È, pertanto, impossibile conseguire *direttamente dal nuovo possessore la restituzione della cosa* con altre azioni che non siano la rivendica. Solo se si tratta di immobili e pure con le molte limitazioni già esaminate, il rivendicante potrà evitare l'avventura della seconda rivendica, utilizzando il beneficio della tempestiva trascrizione della propria domanda giudiziaria. In questo caso, così come è stabilito dall'art. 2653 n. 1 c.c., la sentenza avrà effetto anche contro terzi acquirenti che hanno trascritto dal convenuto dopo la trascrizione della domanda di rivendica.

Prima di abbandonare l'esame delle reciproche relazioni dei tre protagonisti della vicenda della alienazione della cosa rivendicata effettuata dal convenuto, mi sembra il caso di riaffermare una circostanza ovvia. La cessazione del possesso come conseguenza di una alienazione deve avvenire dopo la citazione; se avviene prima, la rivendica non è esperibile contro l'alienante.

Passo ora all'analisi dell'art. 2038 c.c., che è dedicato alla alienazione della cosa determinata da parte di chi l'ha ricevuta indebitamente. Anche a questo riguardo, utilizzerò la stessa modalità di indagine adoperata per la rivendica. La norma sull'indebito consente un esame dei profili intersoggettivi dei tre protagonisti della vicenda. Il primo, per usare le medesime espressioni del legislatore, è *colui che ha pagato l'indebito*; il secondo protagonista è definito come colui che *ha ricevuto la cosa indebitamente*; e, infine, il *terzo acquirente*. L'art. 2038 c.c. può essere catalogata come una disposizione esaustiva in quanto, a differenza di quello che avviene per la rivendica, il

codice prende in esame tutte e tre le relazioni intersoggettive che riguardano gli antagonisti dell'azione di ripetizione.

Preliminarmente, meritano di essere annotate un paio di circostanze, a mio parere, importanti e che rappresentano la chiave per comprendere la profonda differenza tra le due azioni che propongono, apparentemente, la medesima funzione recuperatoria. Per prima emerge la rilevanza selettiva accordata dall'art. 2038 c.c. all'elemento psicologico dell'*accipiens* che aliena la cosa ricevuta indebitamente. Si conferma quel profilo di diversificazione con la rivendica che avevo già sottolineato, trattando del perimento della cosa da restituire. In evidente discordanza con quanto si registra nell'art. 948 c.c., un ruolo determinante viene attribuito alla buona o mala fede di chi, pur essendo tenuto a restituire in quanto ha ricevuto la cosa indebitamente, tuttavia la aliena al terzo.

A differenza della rivendica, e vengo alla seconda circostanza che intendo segnalare *in limine*, non riveste alcun rilievo il momento in cui è avvenuta la alienazione al terzo della cosa indebitamente ricevuta. È pacifico che non si può istaurare un giudizio petitorio contro un avversario che, avendo alienato, ha già consegnato all'acquirente la cosa controversa. Infatti, il primo comma dell'art. 948 c.c. non concede rilevanza alla cessazione del possesso del convenuto, solo se questa è avvenuta *dopo la domanda*. Occorre sempre richiamare alla memoria che mai si può convenire nel giudizio di rivendica chi non ha attualmente il possesso della cosa rivendicata. Al contrario, colui che ha pagato l'indebitato può iniziare l'azione di ripetizione contro l'*accipiens indebiti*, anche dopo che costui ha alienato. È sufficiente scorrere il primo comma dell'art. 2038 c.c. per scoprire che la alienazione può essere avvenuta prima di conoscere l'obbligo di restituire: la norma non potrebbe prendere in esame questa ipotesi se si dovesse ammettere, come si verifica nel caso di rivendica, la impossibilità di esercitare la *condictio indebiti* contro un convenuto che non ha più la disponibilità del bene da restituire. Occorre sempre ricordare, consapevole della facile accusa di pedanteria per la quale sarò sempre colpevole e recidivo, che chi è convenuto in rivendica è, per ciò stesso, privato dei vantaggi della buona fede. Annotati questi rilievi preliminari che meglio saranno valorizzati più avanti, avvio l'esame dell'art. 2038 c.c.

Comincio dalle relazioni interpersonali tra chi ha pagato e chi ha ricevuto l'indebitato, ossia i due antagonisti principali della *condictio indebiti*. Come avviene anche per la rivendica, l'alienazione effettuata dal convenuto impedisce all'azione di ripetizione di raggiungere l'obiettivo della restituzione in natura della cosa determinata al *solvens indebiti*. Ciò non ostacola la prosecuzione della azione. Cambierà ovviamente la pretesa recuperatoria del *solvens*; le alternative alla restituzione risultano, però, profondamente diverse rispetto a quanto è previsto per la rivendica. Nel caso dell'art. 2038 c.c., non potendo riottenere la disponibilità del bene indebitamente pagato, l'attore può pretendere dal convenuto doppiamente in buona fede, nel senso che costui era in buona

fede sia al momento del pagamento indebito, che al momento della alienazione al terzo, solo il corrispettivo conseguito dalla alienazione, oppure la surrogazione nel relativo credito, se questo è ancora dovuto. Se l'alienazione era senza corrispettivo, ossia se si trattava di una donazione, niente sarà dovuto dal convenuto in ripetizione. “L'*accipiens* in buona fede al momento della alienazione non deve alcunché: il suo stato soggettivo gli fa meritare una particolare considerazione che lo esonera da ogni obbligo restitutorio” (212).

Questo ragionamento, ampiamente condiviso, suscita in me il desiderio di una breve e immediata digressione. Desta meraviglia, non tanto il silenzio della stragrande maggioranza delle opinioni sulla palese antinomia dell'art. 2038 c.c. con quello che è disposto, in linea alternativa e succedanea, a carico del possessore che viola l'obbligo di restituire la cosa rivendicata, quanto piuttosto la evidente dissonanza della normativa dell'indebito con tutte le altre ipotesi degli acquisti *a non domino* (213). Al riguardo si suole ripetere un insegnamento secondo cui in questa categoria non omogenea di vicende acquisitive, per i superiori interessi della circolazione dei beni, è preferibile sacrificare il diritto del proprietario, tutelando in prima battuta la buona fede dell'acquirente e, quindi, le apparenze delle situazioni di appartenenza, anche se queste non corrispondono al vero. Su questo insegnamento e con questa motivazione non si può non essere d'accordo; basta pensare, al postutto, che nessuno acquisterebbe un bene caduto in successione se non esistesse la salvaguardia dell'art. 534 c.c. per chi, in buona fede, acquista dall'erede apparente. Giammai potrò convenire e mai avrei pensato che nell'ampio ed ineliminabile elenco degli acquisti dal non proprietario, il codice volesse tutelare anche l'ignoranza dell'alienante. Se così fosse, dovremmo censire l'esistenza di un caso unico nel nostro ordinamento: per la salvaguardia del diritto acquistato dal terzo non si ha riguardo alla sua buona fede, ma a quella dell'alienante, *accipiens indebiti* che, in quanto tale, è, per convincimento maggioritario, un non proprietario. Se fosse nel vero l'opinione prevalente, non comprendo perché nessuno ha notato e registrato la esistenza di questo caso straordinario, esclusivo e irripetibile di acquisto *a non domino* sanzionato nell'art. 2038 c.c. (214). Per il momento chiudo questa fugace divagazione.

Esercitando l'azione di ripetizione nei confronti di un convenuto, che in mala fede ha ricevuto la cosa indebita o che in mala fede l'ha alienata, il *solvens* può ottenere qualcosa di meglio rispetto all'ipotesi precedente della doppia buona fede. L'attore della *condictio* può pretendere, se l'obbligato non la restituisce in natura, il valore della cosa o, a sua scelta (215), il corrispettivo della alienazione incassato dall'*accipiens* o la surrogazione nel relativo credito, se la somma è ancora dovuta. Ovviamente, se si tratta di donazione, l'attore concentrerà la sua scelta nel solo valore della cosa data e indebitamente ricevuta.

Definito il quadro dei rapporti diretti tra i due principali antagonisti della *condictio*, la cui *ratio* procede sulla circostanza discriminante dell'atteggiamento psicologico dell'*accipiens*, passo ora all'esame dei rapporti tra il *solvens indebiti* e il terzo acquirente dal convenuto. Quest'ultimo, lo riaffermo, per l'opinione prevalente si identifica nel non proprietario (*accipiens indebiti*), mentre il codice lo definisce semplicemente, ossia senza ulteriori e vincolanti precisazioni, come colui che ha ricevuto indebitamente la cosa determinata. Chi ha pagato l'indebito, non avendo ricevuto dall'*accipiens*, né la restituzione della cosa perché già alienata, né il suo valore, né il corrispettivo della vendita conseguito dal convenuto, può agire direttamente contro il terzo acquirente soltanto per ottenere il prezzo non ancora pagato, subentrando, come ha cura di specificare la norma sull'indebito, *nel diritto dell'alienante*. Se si trattava di donazione, il terzo sarà tenuto solo nei limiti del proprio arricchimento, se l'*accipiens* era di buona fede. Se quest'ultimo era in mala fede, il terzo donatario è tenuto nei limiti del proprio arricchimento, qualora il donante sia stato inutilmente escusso: il che significa, visto che la scelta compete al *solvens*, che l'*accipiens* ha un patrimonio insufficiente, tale, ossia, da non consentire il rimborso del valore della cosa pagata indebitamente (216).

Parafrasato l'intero testo dell'art. 2038 c.c., ho così esaurito la descrizione degli articolati rapporti degli antagonisti della *condictio indebiti*, ricomprendendovi anche quelli riguardanti il *solvens* e l'acquirente dall'*accipiens*. Tutte le differenze di trattamento, si può concludere, dipendono dallo stato psicologico di chi ha ricevuto indebitamente la cosa determinata. Va per ultimo annotato che nell'art. 2038 c.c. non è mai menzionata l'obbligazione pecuniaria del risarcimento del danno.

Posso ora iniziare la comparazione con quanto è stabilito nel caso della rivendica, allorché il possessore soccombente abbia alienato, dopo la domanda, il bene che, *per definizione legislativa e per accertamento giudiziario*, appartiene ad altri.

Richiamo l'attenzione su questa ultima e banalissima affermazione, dalla quale deriva la seguente ed inevitabile realtà. Se c'è da individuare e scegliere un modello legislativo sul quale misurare le conseguenze della alienazione del bene altrui questo è, a mio parere, esclusivamente l'art. 948 c.c. (217). Prima di procedere oltre mi sembra opportuna un'ulteriore constatazione. La disciplina della rivendica lascia comunque impregiudicata, ove ne ricorrano i presupposti, la operatività di un eventuale acquisto *a non domino*, così come si intuisce interpretando estensivamente l'ultimo comma della norma in commento, preso atto che nel nostro sistema esiste, in aggiunta a quella ventennale e a quella decennale (art. 1161 c.c.), anche un'ipotesi di usucapione istantanea dei mobili.

Mettendo a confronto le due azioni recuperatorie, risalta subito evidente la seguente differenza. Nell'indebito non esistono, nei confronti del terzo acquirente, quella libertà di azione e quella incisività di pretese che si riscontrano, invece, a favore del proprietario, quando costui non ha ottenuto dal precedente possessore la materiale restituzione del bene vittoriosamente rivendicato, ma ha conseguito soltanto il suo surrogato, ossia, il valore della cosa e il risarcimento del danno. Conclusa con successo la prima azione petitoria, niente impedisce all'attore, riconosciuto come proprietario, di iniziare una nuova rivendica contro chi ha acquistato dal primo convenuto. Niente impedisce al proprietario di pretendere dal nuovo possessore la consegna del bene. D'altra parte, nessuna eccezione o ragione fondata sulle relazioni con il proprio dante causa può essere opposta dal terzo acquirente al proprietario rivendicante; neppure quella di avere già incassato una prestazione in denaro, alternativa alla restituzione, dal precedente convenuto soccombente. Il successivo possessore non può sottrarsi alla nuova pretesa restitutoria, eccependo che il proprietario ha già ottenuto soddisfazione nella passata e vincente contesa recuperatoria. Nel caso della seconda rivendica vittoriosa esiste un solo e ovvio limite: il divieto dell'arricchimento ingiustificato (218). Pertanto *il proprietario, se consegue direttamente dal nuovo possessore la restituzione della cosa, è tenuto a restituire al precedente possessore la somma ricevuta in luogo di essa*. Se non viene rispettato il precetto, così come è stato fedelmente trascritto ricalcandolo sulla norma in commento, il proprietario potrà essere convenuto in un terzo giudizio che ruota pur sempre intorno alla medesima vicenda recuperatoria. Questa terza volta nelle vesti di attore, il primo possessore agisce per ottenere la restituzione della somma da lui corrisposta in luogo della mancata consegna della cosa.

Uno scenario assolutamente diverso è previsto per l'azione di ripetizione di indebito. Il terzo che ha acquistato dall'*accipiens* può respingere qualunque pretesa del *solvens*, se costui ha già ottenuto soddisfazione nel precedente giudizio di ripetizione. In materia di *condictio* non si può mai profilare, al contrario di quanto accade nella rivendica, il problema del doppio ristoro e quindi dell'ingiustificato arricchimento dell'attore che, ottenuto il valore della cosa dal primo convenuto, miri al recupero del bene dal successivo acquirente. Le richieste azionabili contro il terzo acquirente presuppongono, in ogni caso, che colui che ha pagato l'indebito non abbia ricevuto alcunché dal convenuto. Il *solvens*, subentrando nel diritto dell'*accipiens* alienante, può agire direttamente per pretendere il corrispettivo ancora dovuto dal terzo avente causa. Se l'alienazione era a titolo grazioso, il *solvens* può agire nei confronti del donatario nei limiti dell'arricchimento, qualora l'*accipiens* donante fosse doppiamente in buona fede oppure, in caso di mala fede del donante, qualora il patrimonio di quest'ultimo risultasse incapiente.

Comunque a prescindere dalla donazione, quando il *solvens indebiti* agisce contro il terzo, egli, come ha cura di disporre testualmente l'art. 2038 c.c., *subentra nel diritto dell'alienante*, ossia dell'*accipiens*, agendo direttamente per conseguire il corrispettivo ancora dovuto. Mi sembra paradossale anche il solo sospettare che lo stesso fenomeno di trasmissione *ex lege* di singole prestazioni contrattuali, ossia il diritto di subentrare nella pretesa al corrispettivo di una vendita intercorsa con altri soggetti, possa avvenire a favore del proprietario rivendicante nei confronti dell'acquirente dal precedente convenuto soccombente (219). Mi sembra fuori dalla realtà soffermarsi e prendere in considerazione la seguente ipotesi: immaginare che il proprietario, quando agisce contro l'acquirente dal possessore perdente nel precedente giudizio petitorio, possa considerarsi come colui che subentra nel diritto dell'alienante, ossia del non proprietario. È proprio questo, a mio avviso, l'assurdo che deriva dalla opinione assolutamente maggioritaria che non ravvisa alcun dubbio che il nostro ordinamento ponga una qualche restrizione al concorso tra l'azione reale rivendicatoria e l'azione personale di indebito.

La norma sulla rivendica, come si è poco sopra costatato, non prende in considerazione le relazioni negoziali intercorse tra il possessore e il terzo, suo avente causa. La normativa che riguarda le alienazioni della cosa ricevuta indebitamente, al contrario, per quanto si riferisce ai medesimi protagonisti, scandisce una minuziosa disciplina relativamente allo stato psicologico dell'alienante e alla natura onerosa o gratuita del loro contratto traslativo. L'art. 2038 c.c., comunque, mantiene per ferma la alienazione compiuta dall'*accipiens indebiti*. La titolarità del terzo acquirente appare intangibile. Chi agisce in ripetizione non può mai ottenere dal terzo acquirente la restituzione della cosa determinata. Gli atti di disposizione posti in essere dal convenuto in ripetizione sono sempre e in ogni caso rispettati nella loro efficacia reale.

Al proprietario vittorioso nell'azione petitoria non arreca alcun pregiudizio, di per se stessa, l'alienazione posta in essere dal possessore condannato alla restituzione. Tanto è vero che l'art. 948 c.c. non prende nella minima considerazione alcuna circostanza concernente l'eventuale contratto concluso tra il possessore e il terzo, quali lo stato psicologico delle parti e la natura onerosa o gratuita del negozio dispositivo. Tanto è vero che la norma in commento non pone alcuna limitazione alla pretesa recuperatoria esercitabile di nuovo dal proprietario nei confronti del terzo acquirente; nemmeno quella di avere già ottenuto una soddisfazione pecuniaria al posto della restituzione del bene. L'unico freno è rappresentato, a vantaggio del possessore alienante, dal pericolo dell'ingiustificato arricchimento del rivendicante che ottiene il valore del bene e il risarcimento del danno e poi, direttamente dal successivo possessore acquirente, la restituzione in natura della cosa. Questo, a mio parere, è un tratto decisivo ed ineludibile della differenza della

rivendica con l'azione di ripetizione, ossia delle due azioni che assolvono, apparentemente, la medesima tutela recuperatoria. Giova ribadirlo.

Se il proprietario non riesce ad ottenere dal possessore convenuto la restituzione della cosa rivendicata, conseguito il risarcimento e il valore del bene dall'alienante, niente impedisce la sua nuova azione recuperatoria contro l'acquirente dal precedente possessore soccombente. Il *solvens indebiti*, al contrario, non può agire nei confronti dell'acquirente dal convenuto per ottenere la restituzione della cosa, ma solo per conseguire il corrispettivo pattuito dal terzo con l'*accipiens*, a condizione, però, che il prezzo o il corrispettivo siano ancora dovuti. Comunque se il *solvens* ha già ottenuto qualcosa dall'*accipiens*, non potrà agire nei confronti del terzo, posto, come inequivocabilmente precisa l'art. 2038 c.c., che l'attore della *condictio*, ossia il *solvens indebiti*, subentra nei diritti che spettano all'*accipiens* per effetto del contratto traslativo (220). Se tali diritti di credito risultano estinti per effetto dell'avvenuto adempimento, il terzo sarà convenibile dal *solvens* solo se l'acquirente è un donatario; comunque costui risponderà sempre nei limiti del suo arricchimento e mai per la restituzione della cosa indebitamente pagata.

Tale circostanza è, a mio parere, assai significativa. Se il terzo, a prescindere dal suo atteggiamento psicologico e in cambio del corrispettivo convenuto con l'*accipiens*, non può essere costretto alla restituzione del bene qualificato come indebitato, vuol dire che il suo titolo di acquisto non può essere messo in discussione: quella alienazione, anzi, pregiudica e produce effetti anche nei riguardi di chi ha pagato l'indebitato. Se si tratta di una alienazione gratuita, il terzo donatario risponde nei limiti del proprio arricchimento e, nel caso della mala fede del donante, risponde, sempre nei limiti del proprio arricchimento, solo nel caso in cui l'*accipiens indebiti* sia stato escusso inutilmente. Anche questa è una circostanza assai sintomatica: l'art. 2038 c.c. non tratta la donazione compiuta dall'*accipiens indebiti* alla stregua di un contratto nullo o inefficace, così come, a mio parere, dovrebbe sempre valutarsi la donazione di cosa altrui. Se non ci fosse la dettagliata disciplina dettata dall'art. 2038 c.c. a riguardo della alienazione gratuita stipulata dall'*accipiens* a favore del terzo, la nullità potrebbe essere rilevata di ufficio e dovrebbe riconoscersi anche al *solvens indebiti* l'interesse a far valere la nullità. Se non ci fosse la dettagliata disciplina dettata dall'art. 2038 c.c., la inefficacia della donazione della cosa pagata indebitamente produrrebbe conseguenze ben diverse dalla semplice responsabilità del donatario nei limiti del suo arricchimento, e, se del caso, solo dopo che il *solvens* avrà dimostrato la incapacienza del patrimonio del donante.

Evidenziate le divergenze tra gli artt. 948 e 2038 c.c., è bene trarre alcune brevi e rapide riflessioni. Ho analizzato due rimedi recuperatori, in particolare due disposizioni legislative che cercano di contrastare e impedire comportamenti lesivi dell'obbligo restitutorio a carico del

convenuto, in caso di sua soccombenza. Per quanto attiene alle alienazioni compiute dal convenuto, la disciplina della rivendica appare incompatibile con quella dell'indebito. Lo si è già notato per il caso riguardante il perimento della cosa da restituire, mettendo in comparazione la norma ora in commento con l'art. 2037 c.c. Lo conferma la differenza riscontrata tra le due azioni recuperatorie per il caso dell'atto di alienazione compiuto dal convenuto.

Non c'è dubbio che, per la sua storia millenaria confermata dalla lettera del codice, la rivendica è l'azione che permette al proprietario, a seguito dell'accertamento della titolarità operato dal giudice, di ottenere la restituzione del bene dal possessore non proprietario. La radicale diversità con l'azione di ripetizione si può spiegare logicamente solo in un modo: ammettere che gli antagonisti processuali della *condictio* rivestano, in riferimento al bene conteso, qualifiche giuridiche opposte rispetto ai contendenti della rivendica. Se l'attore della rivendica non può che essere il proprietario, la ripetizione dell'indebito, al contrario, presuppone inevitabilmente la proprietà del convenuto. L'efficacia traslativa del suo atto di alienazione lo dimostra con tutta evidenza. Chi ha pagato l'indebito e agisce per la sua restituzione *in natura*, può ottenere dal terzo acquirente dal convenuto solo il corrispettivo pattuito per la alienazione; ovvero, per essere fedeli alla lettera della legge, il *solvens*, subentrando nel diritto dell'*accipiens* alienante, ossia surrogandosi nel relativo credito, può esigere il corrispettivo della vendita, se il prezzo è ancora dovuto. La piena e reale forza traslativa della alienazione avvenuta per effetto del consenso legittimamente intercorso tra il terzo e l'*accipiens indebiti* risulta tangibile, soprattutto se si prende in considerazione una ulteriore circostanza. Mentre l'art. 2038 c.c. statuisce, con la sua dettagliata disciplina, la piena salvaguardia del trasferimento della proprietà della cosa determinata operata dal convenuto a favore del terzo, per contrasto acquistano un rilievo speciale la plateale indifferenza e il sovrano silenzio riservati dall'art. 948 c.c. all'atto di disposizione compiuto dal possessore.

Si potrebbe obiettare che la evidente efficacia traslativa della alienazione compiuta dall'*accipiens indebiti* è soltanto presupposta e non sancita dall'art. 2038 c.c. Un simile effetto traslativo sarebbe frutto di un abbaglio o di un errore di prospettiva; più esattamente, non sarebbe conseguenza della normativa dell'indebito, ma applicazione di uno dei tanti casi di acquisto *a non domino* esistenti nel nostro ordinamento (221). La salvezza dell'acquisto del terzo, avente causa dall'*accipiens indebiti*, potrebbe spiegarsi “in virtù del gioco delle norme sull'apparenza buona fede (534, 1415 c.c.), sulla notificazione, sul possesso di buona fede (1153 c.c.), sulla pubblicità sanante (2652 n. 6 e 7 c.c.)” (222).

Una simile impostazione, per la verità molto diffusa, è, a mio avviso, priva di senso logico sotto numerosi profili. Se quella opinione fosse fondata, l'art. 2038 c.c. assumerebbe la dimensione di una norma del tutto inutile. Essa, come ho documentato, regola minuziosamente l'atto dispositivo

compiuto dall'*accipiens*. Essa prevede e analizza tutte le possibili varianti che, partendo dallo stato psicologico dei protagonisti, giungono fino alla scriminante sulla gratuità o meno della alienazione, passando dalla valutazione circa la capienza del patrimonio dell'*accipiens*. Ebbene, se quella impostazione fosse nel vero, dovremmo riconoscere che il codice ha dettato una disciplina del tutto incongrua e assurda; dovremmo ammettere che l'art. 2038 c.c., considerando superfluo e provvisorio quel regolamento estremamente dettagliato ed esaustivo di ogni possibile variabile, si rivolge in realtà ad altre categorie di norme, in particolare a quelle che salvaguardano, se del caso, l'acquisto *a non domino* del terzo. Una simile ed inevitabile conclusione a me pare francamente improponibile, anzi mi sembra frutto di allucinazioni o di fenomeni di evasione dalla realtà. D'altra parte, a volere essere pignoli, il terzo comma dell'art. 948 c.c., offre un esempio evidente dell'abilità del legislatore che, ignorata ogni considerazione sulla valenza dell'atto di disposizione compiuto dal possessore, espressamente fa salvi gli effetti dell'applicazione di altre norme acquisitive eventualmente ricorrenti nella fattispecie rivendicatoria (223).

Occorre poi aggiungere che le norme invocate per spiegare la eventuale salvezza della alienazione compiuta dall'*accipiens indebiti*, appaiono del tutto fuori gioco nel contesto dell'art. 2038 c.c. Le norme sulla apparenza e quelle che, collegate al possesso, sanciscono un acquisto *a non domino*, tutelano sempre la posizione dell'acquirente a condizione del suo stato di buona fede possessoria (artt. 1153, 1159, 1161 c.c.) o, per le fattispecie per le quali non è richiesto il possesso (art. 534 c.c.), solo se il terzo provi di avere contrattato in buona fede. L'art. 2038 c.c. si basa, al contrario, non sulla buona fede dell'acquirente, ma sullo stato psicologico dell'alienante. Lo stato psicologico di chi aliena non è mai preso in considerazione in nessuna delle fattispecie di acquisto dal non proprietario. È sufficiente questo dato inequivocabile per escludere la disciplina dell'indebiti, in particolare il trattamento della alienazione del bene alienato dall'*accipiens indebiti*, dall'elenco vasto e disordinato degli acquisti *a non domino* previsti dal nostro ordinamento.

L'art. 2038 c.c., nel disciplinare minuziosamente l'atto dispositivo compiuto dall'*accipiens*, non consente solo la predetta conclusione in negativo, ossia la esclusione della fattispecie dell'indebiti dalla congerie degli acquisti dal non proprietario. La sua dettagliata regolamentazione, pur essendo da molti considerata vana e provvisoria, permette, in positivo, di annoverare e inserire a pieno titolo tale alienazione nella categoria logica unitaria della circolazione per atto di disposizione del proprietario. Tale tipologia di acquisto è basata sulla norma fondamentale dell'art. 1376 c.c., dedicata, come si legge nella sua rubrica, al contratto ad effetti reali.

Desidero soffermarmi sulla questione appena accennata che ritengo molto interessante, anzi decisiva. Intendo provare, in particolare, che la alienazione dell'*accipiens indebiti* è trattata dall'art. 2038 c.c. alla stregua della alienazione compiuta dal proprietario e, quindi di riflesso, la sua assoluta

incompatibilità con la rivendica che rappresenta, in riferimento all'atto dispositivo posto in essere dal convenuto possessore, il modello legislativo della alienazione proveniente dal non proprietario. Per rendere agevole la dimostrazione, metterò a confronto la categoria della efficacia reale, e quindi nel suo ambito la disciplina della alienazione dell'*accipiens indebiti*, con una soltanto delle numerose ipotesi di acquisto *a non domino*, e precisamente con quella designata con la formula secondo cui in materia mobiliare il possesso vale titolo (224).

La regola contenuta nell'art. 1153 c.c., il cui principio ispiratore vale per tutti gli altri acquisti *a non domino*, si caratterizza per una condizione essenziale: il vero proprietario non deve essere parte di quel contratto che è chiamato a completare, in aggiunta ad altri requisiti, la fattispecie acquisitiva. L'acquisto in buona fede del possesso del mobile, consegnato in esecuzione di *un titolo idoneo al trasferimento della proprietà*, non può considerarsi, come si è soliti ripetere (225), alla stregua di una eccezione alla efficacia reale del contratto perché le due categorie di acquisti impiegano, per realizzarsi, strutture operative opposte. Nel beneficio mobiliare, condizione imprescindibile dell'acquisto è che ad alienare sia il non proprietario; nella regola descritta dall'art. 1376 c.c., presupposto indeclinabile è che il proprietario, nella veste di alienante, sia parte del contratto traslativo. Per motivi squisitamente logici, e quindi come tali non suscettibili di eccezioni, occorre ribadire una linea di netta separazione tra il principio della efficacia reale e quello del possesso mobiliare e, in generale, degli acquisti dal non titolare. Desidero richiamare l'attenzione di chi legge su questa prima caratteristica appena descritta. Essa serve a fare giustizia dell'errore in cui cade la prevalente opinione che ritiene non applicabile ai mobili il principio della efficacia reale del contratto; essa, al tempo stesso, serve a meglio evidenziare le circostanze operative della regola contenuta nell'art. 1376 c.c., che va classificato come il modello originale della circolazione della proprietà *a domino*. Il beneficio mobiliare e, soprattutto, il suo corollario di regole contenute negli artt. 1154 e 1155 c.c. sono del tutto privi di senso (226), se non si parte dal presupposto che esiste una netta linea di demarcazione tra l'acquisto originario della proprietà ex art. 1153 c.c. e l'acquisto derivativo del mobile basato sull'art. 1376 c.c. Tra le due tematiche, come d'altra parte risulta da una lunga tradizione concettuale della massima possessoria sempre trascurata dalla dottrina prevalente, non può esistere alcun rapporto; nemmeno quello che lega una regola con la sua eccezione.

In linea generale, l'acquisto derivativo, che forse sarebbe più esatto denominare trasferimento derivativo, è sancito dalla regola della efficacia reale (227) e si fonda su requisiti diametralmente opposti rispetto a quelli elencati nell'art. 1153 c.c. E valga il vero. Il beneficio mobiliare richiede che la alienazione provenga dal non proprietario, mentre l'art. 1376 c.c. esige la titolarità del dante causa. La regola mobiliare richiede la immissione nel possesso da parte dell'acquirente, mentre la

efficacia reale determina il passaggio della proprietà a prescindere dalla *traditio*. L'art. 1153 c.c. richiede la buona fede al momento della conclusione del contratto dispositivo e all'atto della consegna, mentre l'effetto traslativo non risulta minimamente compromesso dalla più evidente e ignominiosa mala fede dell'acquirente. Concludo questa digressione sull'art. 1376 c.c., osservando che il principio della efficacia reale, superando il millenario congegno della consegna attuativa del trasferimento e trascurando qualsiasi rilevanza dello stato psicologico dell'acquirente, richiede necessariamente, anche se il requisito non risulta contenuto in modo esplicito dalla norma, che il proprietario sia parte del contratto traslativo. Se, come dispone l'articolo, la proprietà si trasmette e si acquista per effetto del contratto, l'alienante deve essere proprietario del bene determinato per trasferirlo all'acquirente. Questa esigenza deriva da motivazioni squisitamente logiche e serve a creare una barriera distintiva con le numerose ipotesi di acquisto dal non proprietario per le quali il contratto da solo non è mai sufficiente a far diventare titolare l'acquirente. Se non si opera tale precisazione, diviene impossibile delimitare i confini logici del regime della efficacia reale rispetto ad altri modi di acquisto che con la circolazione *a domino* non hanno nulla da spartire.

A questo punto, tornando all'art. 2038 c.c., è sufficiente la semplice lettura della norma per inserirla, a pieno titolo, nella categoria della circolazione della proprietà per effetto dell'atto dispositivo concluso dal titolare. La assoluta mancanza di riferimenti allo stato psicologico dell'acquirente dall'*accipiens indebiti* (228), insieme alla assoluta irrilevanza di qualsiasi richiamo possessorio, attestano che il diritto del terzo è salvaguardato perché, ai sensi dell'art. 1376 c.c., ha concluso un contratto dispositivo con il vero proprietario, ossia con l'*accipiens indebiti*.

Un'ulteriore prova della esattezza di tale risultato, ho la presunzione di affermarlo, può rinvenirsi nella mancata previsione dell'azione di ripetizione in materia di trascrizione.

L'oggetto della pubblicità immobiliare non è l'atto, il contratto, la sentenza o la domanda giudiziale in quanto tali, quanto la potenzialità dell'effetto da questi prodotto. Nel caso della rivendica immobiliare, avendo constatato che l'art. 948 c.c. non prende posizione e non indaga la alienazione compiuta dal possessore convenuto, la trascrizione della domanda giudiziale risolve il conflitto tra l'attore vittorioso e il terzo acquirente ordinando cronologicamente i due atti incompatibili, ossia l'atto di citazione e il contratto di alienazione del bene rivendicato. La trascrizione della domanda giudiziale conviene al rivendicante. Più esattamente, volendo usare la medesima terminologia dell'art. 2653 n. 1 c.c., la sentenza che, riconosciuta la proprietà dell'attore, ordina la restituzione dell'immobile rivendicato, ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal convenuto soccombente in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda. Se, per il gioco delle trascrizioni, la sentenza non ha effetto diretto contro il terzo acquirente, niente impedisce al proprietario di iniziare contro lo stesso soggetto una nuova rivendica

per recuperare in natura l'immobile conteso. Se ottiene dal nuovo possessore convenuto la restituzione della cosa, l'attore vittorioso in entrambe le successive rivendiche avente ad oggetto il medesimo immobile, sarà tenuto a restituire al primo possessore soccombente la somma ricevuta, come surrogato della mancata restituzione. Se non ottiene la vittoria nella seconda rivendica, vuol dire che il terzo è diventato il nuovo proprietario.

Nella *condictio indebiti* questo tipo di conflitto non può mai sorgere. Infatti, nell'esercizio dell'azione di ripetizione, per effetto delle dettagliate regole scritte nell'art. 2038 c.c., non risulta mai messo in discussione o pregiudicato, a favore di chi ha pagato l'indebita e agisce per il recupero del bene, l'acquisto proveniente dall'*accipiens*. A differenza del rivendicante, il *solvens indebiti* non trarrebbe, quindi, alcun vantaggio dalla ipotetica trascrizione della sua domanda giudiziale. Se ciò è vero, contrariamente a quello che si verifica in materia di azioni petitorie e a differenza di quanto si registra nelle azioni di caducazione del contratto ad effetti reali, non ha senso includere nella lunga e dettagliata lista delle domande giudiziarie soggette a pubblicità immobiliare, una azione come la *condictio indebiti* che, sebbene definita come recuperatoria, non pone mai in discussione la salvaguardia dell'acquisto del terzo avente causa dal convenuto in ripetizione.

Per un eccesso dovuto alla mia solita pedanteria, desidero soffermarmi ancora sulla questione per renderne più espliciti i risvolti logici. Nelle ipotesi dei rimedi restitutori che sto analizzando in parallelo, si possono verificare atti tra loro incompatibili. Essi sono in linea puramente astratta, da un lato, la sentenza recuperatoria (di rivendica, di caducazione e di indebita) pronunciata nei confronti del convenuto e, per altro verso, la alienazione da quest'ultimo effettuata a favore del terzo. Lo scopo della pubblicità immobiliare è quello di ordinare cronologicamente più atti tra loro incompatibili: nel senso che, a tutti gli effetti, si considera avvenuto per primo l'atto trascritto prima, *quantunque l'acquisto risalga a data anteriore*. In altri termini, la trascrizione, che in materia di circolazione di diritti immobiliari non ammette equipollenti e non attribuisce alcuna rilevanza all'atteggiamento psicologico dei soggetti in conflitto, assegna agli atti una data conoscibile dai consociati. Tra due posizioni soggettive che si trovano in situazioni tra loro conflittuali, prevale quella trascritta per prima; o meglio per ogni effetto, è avvenuta prima quella trascritta prima. Si deve mettere al bando l'antico brocardo *prior in tempore potior in iure*, in quanto tale principio, nel nostro codice, non è più reperibile, nemmeno per i mobili.

In concreto, la trascrizione svolge, quindi, un ruolo opportuno, anche se non definitivo, in tema di rivendica: se il terzo, acquirente dal possessore, ha trascritto dopo la trascrizione della domanda giudiziale, la sentenza di condanna alla restituzione farà stato anche nei suoi confronti. Il ruolo della trascrizione in materia di azione petitoria non è mai definitivo nel senso che, se la prima sentenza non ha effetto nei confronti del terzo, si potrà iniziare nei suoi confronti una seconda azione di

rivendica per conseguire il medesimo bene. La stessa opportunità, in questo caso però in modo definitivo, si realizza nella trascrizione delle domande di caducazione del contratto ad effetti reali: l'attore prevale se la sua domanda risulta trascritta prima dell'acquisto del terzo dal convenuto. In questo caso l'attore otterrà una sentenza che esplicherà i suoi effetti costitutivi e recuperatori anche nei confronti del terzo subacquirente. Nel caso della caducazione contrattuale, a differenza della rivendica, il terzo non potrà più essere convenuto e sarà definitivamente salvaguardato il suo acquisto, se il suo titolo è stato trascritto prima della trascrizione della domanda giudiziale. Il terzo acquirente dal convenuto in una azione di caducazione contrattuale, se per il gioco delle trascrizioni viene salvaguardato è, per definizione, un acquirente *a domino* (229).

Chi agisce in ripetizione, a differenza delle due ipotesi precedenti, non ha niente da pretendere, in termini restitutori, dal terzo acquirente dall'*accipiens*. La mancata previsione della *condictio* in sede di trascrizione non è una dimenticanza del codice, ma una inevitabile conseguenza della natura stessa dell'azione e delle sue concrete potenzialità. Questa non può mai pregiudicare l'acquisto proveniente dal convenuto. Non esiste, quindi, alcun motivo per ordinare cronologicamente la sentenza, meglio il suo atto introduttivo, e l'acquisto del terzo, ossia per stabilire se prima è avvenuta la domanda giudiziaria di recupero della cosa pagata indebitamente o l'atto dispositivo del convenuto.

L'avente causa dall'*accipiens indebiti* è un acquirente *a domino*. Lo dimostra l'indifferenza dell'atteggiamento psicologico dell'acquirente ed anche la salvezza dell'acquisto gratuito. Lo attesta, inoltre, la seguente circostanza avvalorata dalla mancata previsione, in tema di trascrizione, della domanda di indebito: colui che acquista dal convenuto nell'azione di ripetizione, mai si può vedere costretto a perdere il proprio diritto e a restituire la cosa indebita al *solvens* vittorioso nella relativa azione. A differenza di quanto si verifica nelle ipotesi di trascrizione delle domande giudiziali contenute nel nutrito elenco di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c., la mancata inclusione della domanda di ripetizione di indebito tra gli atti soggetti alla pubblicità ha una spiegazione abbastanza agevole: vista la salvaguardia dell'acquisto dall'*accipiens*, risulta privo di senso segnalare ai terzi l'esistenza di una lite che non metterà mai in discussione la titolarità di diritti immobiliari.

Come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, le finalità della rivendica non appaiono in contrasto con le azioni contrattuali che mirano alla consegna o alla restituzione: sia pure con strategie diverse, sia pure con presupposti differenti, si tratta pur sempre di rimedi che tendono comunque al recupero del bene a favore del proprietario. Colui che acquista un bene oggetto di un'azione di rivendica sarà sempre esposto alla pretesa restitutoria del proprietario. Lo stesso avviene, entro certi limiti, nelle azioni di caducazione del contratto, quando la relativa

sentenza *pregiudica*, volendosi esprimere con una terminologia tradizionale ma equivoca, l'acquisto del terzo.

Si distacca da simile logica l'azione di ripetizione, che pure viene annoverata tra le tutele recuperatorie (230). Il motivo è semplice. La *condictio*, all'opposto della rivendica, mira a recuperare il bene nei confronti di chi è diventato realmente proprietario. Con una inevitabile conseguenza: gli atti dispositivi posti in essere dall'*accipiens indebiti* mai potranno essere pregiudicati da un'azione recuperatoria concessa al *non dominus*, ossia al *solvens* dell'indebito (231).

Prima di avviarmi alla conclusione, mi sembra opportuna un'ultima riflessione estemporanea. Tanto l'art. 948 che l'art. 2038 c.c. esaminano dettagliatamente solo alcune delle relazioni trilaterali che si possono astrattamente prospettare tra l'attore, il convenuto e il terzo acquirente. Manca, come ho già evidenziato, qualunque riferimento esplicito alle conseguenze della relazione negoziale tra convenuto e terzo. In particolare si segnala un assoluto silenzio circa le conseguenze che, dopo soddisfatte tutte le ragioni vantate dall'attore vittorioso, si possono abbattere sull'atto di alienazione che aveva visto come parti contraenti il convenuto soccombente e il terzo. Non c'è dubbio che, nonostante il silenzio delle due norme sopra richiamate, il terzo acquirente, se subisce la condanna a restituire il bene acquistato a favore dell'attore vittorioso, può far valere nei confronti del proprio dante causa la garanzia per evizione. Al riguardo è appena il caso di aggiungere che l'art. 2038 c.c. esclude che il terzo acquirente dal convenuto della ripetizione possa essere costretto a restituire il bene a colui che ha pagato l'indebito.

Le conclusioni che a questo punto si possono trarre si incentrano ovviamente su un profilo dell'art. 948 c.c., più esattamente su un valore poco evidente, ma non per questo meno importante, che occorre attribuire alla disposizione sulla rivendica. La norma in commento assume la qualità di modello legislativo della responsabilità cui va incontro il non proprietario che viola l'obbligo di restituzione della cosa; rappresenta altresì il paradigma fondamentale delle possibilità offerte al proprietario affinché nella sua titolarità possa realizzarsi, *in modo pieno ed esclusivo*, la facoltà di godimento. La proprietà, disgiunta dal possesso, è una contraddizione: l'ordinamento, attraverso l'azione di rivendica, azzera tale anomalia, pur non essendo la difesa petitoria l'unico rimedio possibile. All'art. 948 c.c. può, pertanto, essere affidato un ultimo compito: quello di escludere dai rimedi proprietari buona parte dell'eterogeneo e nutrito elenco di articoli del codice che sono stati proposti dalla dottrina e utilizzati dalla giurisprudenza per consentire al titolare di recuperare il bene, pur risultando essi incompatibili o in contrasto con la elementare semplicità della rivendica.

## 11. Breve annotazione riepilogativa sulla rivendica.

Provo a riassumere, in poche battute, la gran parte delle considerazioni svolte sull'azione di rivendica. Le stesse riflessioni, se le avessi poste in avvio della presente esposizione indicandole come progetto di ricerca o come tesi da dimostrare, forse avrebbero facilitato la lettura dell'intero commento. Non le ho scritte all'inizio, perché il tutto poteva apparire, augurandomi che non sia vero, come frutto di bizzarre opinioni derivanti da miei inescusabili preconcetti.

L'analisi ha confermato che, anche nel nostro sistema attuale, la rivendica, la più antica e importante delle azioni a difesa della proprietà, offre all'attore la migliore tutela possibile nei confronti del più pericoloso dei suoi avversari. A dispetto della lettera dell'art. 948 c.c., è priva di senso la previsione del detentore tra i soggetti convenibili. Il possessore è l'unico e il vero antagonista del proprietario. Egli esercita sulla cosa un potere che azzera materialmente la facoltà di godimento che spetta al titolare *in modo pieno ed esclusivo*; perfino il possesso di buona fede è definito dal codice in termini di lesione del diritto altrui. Il possessore, d'altra parte, se non viene convenuto nel giudizio di rivendica, fa correre al proprietario il rischio della perdita del suo diritto, oltre ad acquistare a titolo originario i frutti del bene produttivo appartenente ad altri. Il possessore, ancora, esercita sulla cosa un potere che viene tutelato dallo stesso ordinamento nei confronti di chiunque, anche in assenza di un titolo negoziale che lo giustifica.

Dalla esatta individuazione dei protagonisti della vicenda giudiziale discende, poi, il tipo di prova che deve essere somministrata al giudice per risultare vincitore nella contesa. L'alternarsi delle due principali soluzioni (*probatio diabolica* e dottrina *du droit meilleur*) fornite storicamente sul tema, trova un sicuro riscontro nell'avvicinarsi delle varie nozioni di proprietà e di possesso che si sono date il cambio nel corso dei secoli. Allo stato attuale delle definizioni, la prova, che grava esclusivamente sul rivendicante, deve giungere al punto da dimostrare, superando ogni possibile dubbio o incertezza, che non possano esistere altri proprietari oltre l'attore. Se la prova non raggiunge tale grado di evidenza, il possessore deve essere lasciato nel godimento del bene.

L'analisi della responsabilità del possessore che, per avere distrutto o alienato il bene, si rende inadempiente all'obbligo di restituire, consente, infine, di tracciare i precisi confini della rivendica rispetto a tutte le altre azioni che, perseguendo apparentemente un analogo effetto recuperatorio, a volte la affiancano in alternativa e, a volte, come avviene per l'indebito, si contrappongono nelle loro conseguenze all'azione petitoria.

Quelli appena sintetizzati sono dati e materie che, pure in un contesto sistematico che da tempo ha superato la rigida tipicità dei rimedi processuali, confermano tuttavia la standardizzazione, per così dire sociale, dei comportamenti lesivi del diritto di proprietà.

L'azione di rivendica non è l'unico rimedio concesso al proprietario, non è l'unica strada che consente al titolare di pretendere la restituzione del proprio bene, ma è lo strumento giudiziario che, per la legittimazione dei due antagonisti, consente di dare concretezza ed evidenza alla definizione stessa della proprietà.

## AZIONE NEGATORIA

*Il proprietario può agire per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa, quando ha motivo di temerne pregiudizio.*

*Se sussistono anche turbative o molestie, il proprietario può chiedere che se ne ordini la cessazione, oltre la condanna al risarcimento del danno.*

SOMMARIO: 1. L'azione negatoria: descrizione del rimedio. – 2. Problemi applicativi: la legittimazione passiva e la questione della prova.

### **1. L'azione negatoria: descrizione del rimedio.**

Dopo la rivendica, continuando l'esame delle difese proprietarie e lasciandosi guidare dal catalogo dei comportamenti lesivi cui può andare incontro il titolare, il codice individua una ulteriore tutela giudiziaria chiamata azione negatoria. Si tratta di un rimedio processuale che, così come è descritto nell'articolo in commento, racchiude tre distinte ed eterogenee pretese del proprietario (1). La sua domanda, in altri termini, può essere volta ad ottenere, separatamente o congiuntamente, tre tipi diversi di sentenze: una di mero accertamento, una pronuncia inibitoria e, da ultima, una sentenza di condanna risarcitoria. L'unico profilo sicuro dell'azione appare la legittimazione attiva. Così come puntualizza l'art. 949 c.c., il trittico rimediale spetta, infatti, al proprietario. Tutto il resto appare incerto: al punto che, subito dopo l'entrata in vigore del codice, il nostro legislatore fu incolpato di avere dedicato all'azione, rubricata come negatoria, un'attenzione distratta (2).

Una sentenza di mero accertamento negativo, come lascia intuire la semplice lettura della norma, può essere chiesta in occasione di *affermazioni* di un convenuto che si trova in una situazione, per il momento, non bene individuabile. Costui, manifestando la esistenza di *diritti* sulla cosa dell'attore, può determinare un *pregiudizio*, al quale, per l'appunto, pone rimedio il proprietario ottenendo una sentenza che dichiari *l'inesistenza* del diritto altrui. È evidente che i termini adoperati dal legislatore, e appena riportati in corsivo, risultano quantomeno imprecisi, anzi colpevolmente generici (3). In seconda alternativa può essere chiesto dal proprietario un provvedimento inibitorio, quando il convenuto, non limitandosi a semplici *affermazioni*, abbia già creato *turbative o molestie*. Queste ultime, nella progressione dei tre rimedi, dovrebbero risultare più perniciose e rovinose per il proprietario rispetto al semplice *pregiudizio*. Tanto è vero che, in aggiunta all'ordine di *cessazione* dei fastidi, il giudice potrà condannare il convenuto al risarcimento del danno. Questa è, infine, la terza pretesa contenuta nella norma in commento. Il ristoro dei danni subiti dovrebbe, logicamente, essere relativo alle turbative e alle molestie già prodottisi prima della inibizione o della rimozione del manufatto (4) ordinate dal giudice.

Ovviamente, la pienezza della titolarità dell'attore, e quindi per converso l'accertamento della insussistenza delle pretese vantate dalla controparte, costituiscono la base dei distinti rimedi elencati nell'art. 949 c.c. Tale constatazione, nascosta nella rubrica della disposizione codicistica, rappresenta la ragione più plausibile del nome attribuito all'azione che mira, infatti, a negare l'esistenza di qualsiasi diritto del convenuto. D'altra parte è appena il caso di aggiungere che la piena libertà di godimento del proprietario si presume (5), essendo questa la condizione normale del più ampio dei diritti patrimoniali.

Costruito in questo modo, lo schema di questa nuova tutela petitoria, nuova in quanto non prevista nel primo codice unitario, sembra assumere, come è stato rilevato (6), i contorni della ovvietà e i caratteri della genericità. L'azione negatoria traspone sul piano delle azioni reali un carattere fondamentale della proprietà: il diritto alla libera e indisturbata utilizzazione dei beni o meglio, come testualmente proclama l'art 832 c.c., il *diritto di godere delle cose in modo pieno ed esclusivo*. Tutto ciò appare scontato al punto da potersi considerare superfluo. Si delinea un rimedio processuale inutile nella sua elementare ovvietà tanto che può applicarsi, non solo a tutte le situazioni reali di appartenenza, ma anche ai diritti personali di godimento. Accertato che il diritto vantato dal convenuto non esiste, il giudice gli vietterà di continuare a recare molestie o turbative, condannandolo al risarcimento dei danni.

Ad avvalorare la sovrabbondante banalità della norma basta la semplice lettura dell'articolo. Questo richiama, anche nelle sue assonanze linguistiche, varie disposizioni del codice. Se si esamina l'articolo dedicato all'azione negatoria, si può constatare che si ripetono gli stessi termini utilizzati dall'art. 833 c.c. per impedire attività emulative che, come è noto, hanno il solo scopo di nuocere o di recare molestie; sembra di intravedere in controluce la norma che vieta le immissioni che superano la normale tollerabilità (art. 844 c.c.) (7); si intuiscono comportamenti che appaiono contenuti e descritti, con maggiore precisione, in altre azioni nominate, come quella di denuncia di nuova opera (art. 1171 c.c.) e di danno temuto (art. 1172 c.c.) o quella di manutenzione del possesso (art. 1170 c.c.) (8). L'azione negatoria può intendersi (9) come il rimedio posto a salvaguardia delle analitiche disposizioni che fissano le distanze nelle costruzioni, piantagioni e scavi, e dei muri, fossi e siepi interposti tra i fondi. L'aspetto risarcitorio dell'azione negatoria sembra copiare la normale azione di danni per fatto illecito. La negatoria, infine, pare una duplicazione specifica dei provvedimenti di urgenza *ex art. 700* del codice processuale.

In altri termini, così come è descritta dal codice, la negatoria non sembra assumere la struttura di una difesa concettualmente autonoma e quindi, come tale, meritevole di essere catalogata, preceduta soltanto dalla rivendica, nel novero delle azioni petitorie. Essa si presenta come una elencazione sintetica e riepilogativa di rimedi concessi *aliunde* al titolare: la tutela del mero

accertamento, quella inibitoria e quella risarcitoria. In breve non si riesce ad intravedere, per l'azione negatoria, il motivo di una tutela nominata che ribadisca, ripetendoli, rimedi e difese già previsti da altre disposizioni. Alla bisogna, il silenzio del nostro primo codice unitario può citarsi come prova e conferma della inutilità di una simile e specifica azione. Infatti, prima del 1942 quando, seguendo il modello del *code*, mancava ogni previsione al riguardo, l'opinione più diffusa ne ammetteva l'esistenza sul solco della tradizione romanistica (10).

La storia concettuale dell'azione, a mio parere, serve poco ad illuminare l'attuale profilo dell'azione negatoria. Anzi ne accentua l'odierno carattere generico che, come tale, risulta poco coerente con la previsione di un autonomo rimedio petitorio. Nasce il sospetto che sia proprio questo il carattere della attuale azione negatoria e che il suo pregio risieda proprio nella sua disarmante e progettata genericità.

Nelle fonti classiche l'azione che il codice chiama negatoria aveva una configurazione quanto mai puntuale e un contenuto assolutamente preciso. Per comprenderne la esatta portata, occorre premettere che fin dalle origini dell'ordinamento romano, prendendo spunto da alcuni precetti decemvirali (11), vennero elaborati appositi *interdicta* (*de arboribus caedendis*, *de glande legenda*) tipici (12), che avevano lo scopo di impedire molestie, turbative e pericoli nel godimento di fondi vicini, rustici o urbani; entro certi limiti tali interferenze, però, dovevano essere tollerate. Si assisteva, in altri termini, a qualcosa di molto simile a quanto si verifica ancora oggi per le attuali azioni nunciatorie e per l'odierno divieto di immissioni.

Nell'ultima età repubblicana, come avvenne in molti altri settori e in forza di una nuova capacità di astrazione concettuale sui dati dell'esperienza giuridica, in riferimento ad alcune relazioni tra i fondi si cominciò a classificare la esistenza di *iura* o, meglio di *iura praediorum* che di lì a poco si sarebbero indicati anche con l'appellativo di *servitutes* (13). In quanto *iura in re aliena*, le *servitutes* furono catalogate tra le *res incorporales*, anche se non si pervenne alla elaborazione della servitù come categoria unitaria.

Il riconoscimento delle servitù quali entità autonome coincise con la creazione di apposite azioni giudiziarie di difesa. Per ogni servitù venne creata un'apposita *actio civilis in rem* o *vindicatio*. Ovviamente l'azione non fu designata con il sintagma *vindicatio rei*, ma con la espressione *vindicatio servitutis* (14); più esattamente al termine *vindicatio* si affiancò la dizione di uno specifico *ius praedi* come *iter*, *actus*, *aquae ductus*, *altius non tollendi*, *oneris ferendi*, *tigni immittendi*. Allo scopo si adattò, per il periodo più antico, la *legis actio sacramenti in rem*. Nel processo formulare, poi, si redigeva una *formula* con *intentio* nella quale la pretesa dell'attore conteneva un espresso riferimento al *ius* vantato. La *formula* era munita di clausola restitutoria con

l'aggiunta eventualmente di una *cautio de amplius non turbando* contro il *dominus* del fondo servente.

Contemporaneamente e come immagine speculare rispetto alla rivendica della servitù, si andavano sviluppando, a favore della pienezza del potere spettante al *dominus ex iure quiritium*, *actiones negatoriae servitutis*, ossia azioni civili di natura reale che spettavano al proprietario di un fondo contro turbative che si concretizzavano nell'esercizio arbitrario di servitù. Le *actiones negatoriae* presentavano la medesima struttura della *vindicatio servitutis*, ma i contendenti assumevano nel processo posizione opposte: l'attore delle prime, ossia il *dominus* del fondo che si asseriva servente, sarebbe stato invece il convenuto nella *vindicatio servitutis*. La *formula* della *negatoria* aveva anche essa una clausola restitutoria consistente nell'intimazione di cessare l'esercizio della servitù e prevedeva, al contempo, una *cautio* uguale e contraria, ossia a parti invertite, rispetto a quella prevista per la *vindicatio servitutis*. Nelle azioni negatorie la *cautio* era stabilita a favore del proprietario del fondo falsamente dichiarato e utilizzato come servente dal convenuto, allo scopo di impedire future turbative.

La terminologia di *actiones confessoriae servitutis*, al posto dell'originario lessico espresso con il nobile nome di *vindicatio servitutis*, appare molto tardi nelle fonti romane (15), quasi a volerne meglio evidenziare la contrapposizione con la negatoria. Nel nostro codice è rimasto solo il nome di azione negatoria, mentre sono scomparsi dall'art. 1079 c.c. dedicato alle azioni a difesa delle servitù, tanto il blasonato e originario appellativo di *vindicatio*, quanto la brillante e più recente enunciazione di azione confessoria della servitù.

Tornando al diritto romano, il medesimo fenomeno della contemporanea creazione dei due rimedi speculari della *vindicatio* e della *negatoria* si realizzò per l'usufrutto e si estese, in epoca giustiniana, alla *habitatio*.

Nell'ordinamento romano, quindi, l'azione negatoria serviva per contrastare comportamenti compiutamente delineati, così come si conveniva ad ogni azione reale. L'*actio negatoria* o *negativa* (16), così chiamata perché nella *intentio* della formula si faceva riferimento ad un *ius* del quale l'attore negava la spettanza al convenuto, era prevista specificatamente a proposito delle servitù e per l'usufrutto.

È evidente che in quel contesto storico l'*actio negatoria* poneva la legittimazione processuale entro confini ben delineati e precisi. Al pari dell'ordinamento vigente, trattandosi sicuramente di un'azione di tipo reale, la legittimazione attiva spetta e spettava, in primo luogo (17), al proprietario. A differenza di quanto emerge nel nostro codice, nel sistema romano la legittimazione passiva appariva facilmente identificabile, giacché l'azione veniva concessa a fronte di comportamenti perfettamente descritti. Il convenuto era l'autore di condotte o di turbative che

potessero sostanziare l'esercizio di una servitù o di un usufrutto. Non era necessaria, in altri termini, una formale pretesa o una semplice *affermazione* da parte del convenuto di essere titolare del fondo dominante o di essere un usufruttuario, era sufficiente l'esistenza di uno stato di fatto corrispondente all'esercizio di uno di tali diritti (18).

Nel diritto intermedio la struttura dell'azione negatoria rimase quasi immutata. Per la verità, in conseguenza dei diversi regimi giuridici di appartenenza coesistenti sul medesimo bene, si assistette alla parziale estensione dell'ambito di applicazione dell'azione. Questa venne anche utilizzata per contrastare comportamenti fondati sulla esistenza di presunti oneri reali. I quali corrispondevano, in parte, agli odierni oneri reali.

## **2. Problemi applicativi: la legittimazione passiva e la questione della prova.**

Come emerge dalla sintetica analisi dei precedenti storici della azione, non c'è dubbio che la nostra negatoria ha assunto mansioni più estese rispetto a quelle attribuite in passato. Manca, infatti, nell'art. 949 c.c. qualsiasi riferimento ad *affermazioni*, a *turbative* o a *molestie* collegate all'esercizio di un preteso diritto reale del convenuto (19). L'odierna azione negatoria, alla luce del suo passato remoto, evidenzia un rilevante ampliamento delle ipotesi della propria utilizzazione. Non solo con essa si reagisce contro inesistenti diritti di servitù o di usufrutto, ma l'esercizio di qualsiasi diritto reale limitato può rappresentare una turbativa alla piena facoltà di godimento o di disposizione del proprietario. Rientrano nella sfera operativa della negatoria pure quelle attività del convenuto che non sono collegabili all'esercizio di diritti reali limitati. La nostra negatoria è ormai diventata un modulo generale di difesa, ossia un rimedio che non serve per casi compiutamente predefiniti, ma tutela il proprietario contro quei comportamenti altrui che, comunque, attentino al libero ed esclusivo godimento della cosa.

D'altra parte, a differenza delle azioni nunciatricie e di manutenzione che sembrano contrastare, copiandone la terminologia, le medesime ipotesi di turbative o molestie o danni previste dalla negatoria, la pronunzia del giudice a conclusione di quella che, dopo la rivendica, è la seconda azione petitoria, presenta i caratteri della definitività. A differenza di quanto accade nell'esercizio dei rimedi cautelari e possessori, non è mai necessario un successivo ed eventuale giudizio di merito.

In sintesi, il ventaglio delle pretese attuabili con l'esercizio di un'unica azione, che comprende la declaratoria della inesistenza dei diritti del convenuto o la inibitoria dei comportamenti lesivi o il risarcimento dei danni già prodotti, costituisce una conferma che la attuale negatoria offre al

proprietario uno strumento quanto mai flessibile e duttile. Siamo di fronte ad un rimedio processuale che non ha bisogno, al contrario di quanto avveniva in passato, di incanalarsi in rigide paratie concettuali.

Se i redattori del nostro codice, sicuramente consapevoli della storia concettuale della negatoria, hanno strutturato la definizione dell'azione con le modalità scritte nell'art. 949 c.c., vuol dire che essi hanno inteso creare una tutela nuova ed ampia, pur utilizzando un'antica denominazione. Si tratta di una difesa contro quegli atti e quelle condotte che, a prescindere dalla pretesa reale o personale del convenuto, rappresentino un attentato o un pregiudizio al libero e pieno godimento del proprietario e alla sua facoltà di disposizione.

Se queste considerazioni appaiono condivisibili, dovranno allora evidenziarsi molti dubbi sul convincimento prevalente in tema di legittimazione passiva dell'azione negatoria. Si ritiene al riguardo (20) che il proprietario possa difendersi con la negatoria solo contro un convenuto che affermi, illegittimamente, l'esistenza di un diritto reale sul bene, ovvero che sia autore di ingerenze sul falso presupposto della titolarità di un diritto reale. Non solo manca, come ho appena scritto, ogni riferimento del codice in tal senso, ma quella opinione mi sembra priva di fondamento logico. Se il presupposto dell'azione, a prescindere dal provvedimento richiesto, è comunque la declaratoria della inesistenza del diritto vantato dal convenuto, non si comprende perché non si possa ottenere una sentenza che, accertata la inesistenza del diritto personale del convenuto, proibisca le future limitazioni del pieno godimento della proprietà. Non si comprende, in altri termini, la logica che impone al giudice di dichiarare improponibile l'azione nei confronti di un convenuto che rechi molestie o turbative sulla scorta di un inesistente diritto personale di godimento e, perfino, senza l'affermazione di averne diritto; mentre lo può fare solo se la sentenza accerti, come presupposto necessario, la inesistenza del diritto reale negato dall'attore. Come se, in un eccesso di vuoto formalismo, nello schema della negatoria fossero ininfluenti le molestie o le turbative ed essenziale solo la qualificazione dell'inesistente diritto reale, sulla base del quale quelle condotte vengono espletate.

D'altra parte, il voler limitare, come ripete la giurisprudenza prevalente (21), la esperibilità dell'azione negatoria nei confronti solo di coloro che pretendono di esercitare un diritto reale, equivale ad identificare la natura dell'azione attraverso la replica dell'avversario. Se si accetta tale impostazione si deve, però, essere consapevoli di utilizzare un criterio anomalo e sovente contrario al buon senso. Si finisce con il subordinare la essenza di un rimedio processuale ad "un gioco di specchi in cui è sempre la pretesa del convenuto che si riflette sulla qualificazione dell'azione intrapresa dal proprietario" (22).

Di fronte al testo inequivocabile della norma ora in commento, ribadire che il legittimato passivo è soltanto il titolare sedicente di un infondato diritto reale e, conseguentemente, ripetere che l'azione negatoria sia improponibile negli altri casi significa, in un certo senso, voler tornare alla stretta tipicità delle azioni e dei rimedi processuali ed arrendersi agli inutili e pericolosi formalismi verbali dei *veteres*, già condannati da Gaio al tempo della redazione del suo famoso manuale.

Un ulteriore limite logico all'esercizio dell'azione è dato, sempre secondo l'opinione più diffusa (23), dalla seguente circostanza: le turbative o le molestie non devono sostanziarsi nel possesso del convenuto. A differenza di quanto accade nella rivendica, la situazione possessoria, si ripete, appartiene già a chi agisce in negatoria. A differenza della rivendica, si ribadisce con migliore tecnicismo verbale, manca la dissociazione tra titolarità e possesso: l'azione negatoria è, quindi, priva di qualsiasi carattere restitutorio o di qualsiasi finalità reipersecutoria.

L'argomento merita una breve smentita, o meglio, un'ovvia precisazione. Quella impostazione maggioritaria non si limita al terreno della pura teoria, la qual cosa riveste a miei occhi una particolare rilevanza, ma soprattutto, come normalmente si aggiunge per attirare l'attenzione o per far mostra di volere evitare sterili concettualizzazioni, influenza il tema pratico della prova dell'azione negatoria.

Che il convenuto della negatoria non sia un possessore alla stessa stregua del convenuto della rivendica è una circostanza indiscutibile; ma che l'antagonista del proprietario che agisce in negatoria possa essere un possessore, è altrettanto certo. Se è vera la definizione del possesso contenuta nell'art. 1140 c.c., ne discende che non esiste solo il possesso che corrisponde all'esercizio del diritto di proprietà, ma tanti altri tipi di possesso: quelli che si manifestano *in un'attività corrispondente all'esercizio di altro diritto reale* diverso dalla proprietà. Esistono quindi, per volere essere pedanti, possessi che corrispondono all'esercizio del diritto di usufrutto, all'uso, all'abitazione, all'enfiteusi, alle servitù, alla superficie e al pegno (artt. 1153 e 2789 c.c.). A differenza di molte opinioni autorevoli e divulgate in un recentissimo passato, sono convinto che nel nostro ordinamento esiste un unico concetto di proprietà, da cui si staccano tanti possessi diversi tra loro così come, tra loro, differiscono la proprietà e i diritti reali su cosa altrui.

Dal punto di vista squisitamente logico, niente impedisce che la sentenza dichiarativa della inesistenza del diritto altrui o la pronuncia inibitoria che ordini la cessazione delle turbative o delle molestie causate dal convenuto dell'azione negatoria, pongano termine a situazioni o ad attività *corrispondenti all'esercizio di diritti reali* limitati. La sentenza che accoglie le lamentele del proprietario esternate nell'esercizio dell'azione negatoria possono determinare la cessazione di possessi che, sebbene diversi rispetto a quello che esercita il convenuto della rivendica, comunque ostacolano *il diritto di godere e disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo*. La pretesa di

passare sul fondo altrui o la affermazione di essere creditore pignoratizio di un mobile altrui, possono compromettere la pienezza della facoltà di godimento e di disposizione. Conseguentemente quei comportamenti legittimano il proprietario all'esercizio dell'azione negatoria. La quale sarà indirizzata contro colui che, senza averne il diritto corrispondente, possiede il fondo come titolare di una servitù o nei confronti di chi possiede il mobile come titolare di un inesistente diritto di pegno (24).

In sintesi, se è vero che l'azione negatoria può essere utilizzata anche quando il convenuto non si vanta di esercitare un diritto reale limitato, è altrettanto vero che l'esercizio della negatoria può interrompere il possesso del convenuto quando le turbative e le molestie concretizzano l'esercizio di fatto di un potere che corrisponde ad un diritto reale limitato.

Fatta questa precisazione sul possesso del convenuto dell'azione negatoria, si può facilmente affrontare e risolvere il problema (pratico) della prova. Al riguardo, d'altra parte, non vengono prospettate opinioni contrastanti; e nemmeno io ne avvanzerò. Come emerge dal principio della distribuzione dell'onere della prova nella dialettica processuale, all'attore incombe quello di provare il proprio diritto di proprietà e non anche quello della inesistenza del diritto vantato dal convenuto. Sarà costui, caso mai, a dovere dimostrare l'esistenza del diritto reale o personale sulla cosa del proprietario.

A questo punto si verifica una curiosa circostanza che merita di essere segnalata.

Coloro che (25) reputano priva di un reale fondamento dogmatico la severa e antiquata teoria della necessità della prova assoluta (*probatio diabolica*) gravante esclusivamente sul rivendicante, sottolineano poi che chi agisce con la negatoria non ha l'onere di fornire, invece, la prova rigorosa della propria titolarità, ma può dare la dimostrazione, con ogni mezzo ed anche in via presuntiva, dell'esistenza di un titolo valido di proprietà del bene. Al convenuto della negatoria incombe, per converso, l'onere di provare l'esistenza del diritto di porre in essere l'attività denunciata come lesiva dall'attore. Propongono, pertanto, un alleggerimento dell'onere probatorio nell'azione negatoria rispetto alla rivendica, quegli stessi giuristi che, anche per la rivendica, suggeriscono al giudice di attenuare l'onere probatorio anticamente imposto solo all'attore, dando ragione a chi, tra l'attore e il possessore, dimostri di vantare il titolo migliore o più probabile o più plausibile. Quegli stessi autori dichiarano la loro proposta interpretativa preferibile all'ottuso rigore dell'altra per evidenti ragioni di praticità, di equità e di semplicità. Solo nella loro prospettiva, aggiungono con un tocco di correttezza democratica che mai guasta, i due antagonisti della rivendica si trovano su un piano di assoluta parità.

In ultima analisi, gli stessi fautori dell'ammorbidente dell'onere della prova nella rivendica finiscono per proporre poi un'ulteriore attenuazione di ogni intransigenza nella prova della azione

negatoria. Non si rendono conto, a mio avviso, che così operando, pur professando il contrario, prospettano il medesimo metro di valutazione probatoria nelle due azioni reali: appare per loro sempre preferibile la tesi e la dottrina *du droit meilleur* tra i contendenti.

È comunque pacifico che la prova fornita dall'attore circa la propria titolarità debba essere valutata con minore severità rispetto a quanto è richiesto in occasione della rivendica. Sul punto la conclusione appare unanime, ma le motivazioni appaiono contrastanti.

## AZIONE DI REGOLAMENTO DI CONFINI

*Quando il confine tra due fondi è incerto, ciascuno dei proprietari può chiedere che sia stabilito giudizialmente.*

*Ogni mezzo di prova è ammesso.*

*In mancanza di altri elementi, il giudice si attiene al confine delineato dalle mappe catastali.*

## AZIONE PER APPOSIZIONE DI TERMINI

*Se i termini tra fondi contigui mancano o sono diventati irriconoscibili, ciascuno dei proprietari ha diritto di chiedere che essi siano apposti o ristabiliti a spese comuni.*

SOMMARIO: 1. Le azioni confinarie.

### **1. Le azioni confinarie.**

Le due ultime azioni disciplinate espressamente dal codice a tutela del proprietario riguardano i fondi. Si tratta di due rimedi che si prefiggono, il primo (art. 950 c.c.), di individuare giudizialmente la linea di confine tra immobili contigui, e il secondo (art. 951 c.c.), di apporre, se mancano o sono diventati irriconoscibili, i segni o i manufatti di solito utilizzati a questo scopo. A differenza della rivendica e della negatoria che riguardano i proprietari a prescindere dall'oggetto del loro diritto, sembra che il codice, con le due azioni confinarie, faccia da sponda alla famosa teoria, che tanto seguito ha ancora nelle opinioni dei giuristi, della pluralità delle odierne nozioni di proprietà.

L'azione di regolamento dei confini, che inizia su istanza di un proprietario ma si svolge nell'interesse di entrambi i confinanti, conduce ad una sentenza che, attraverso l'individuazione di una linea di confine prima incerta, delimita la esatta estensione dei due immobili. Questo rimedio dà luogo a qualche discussione. Conviene, pertanto, liquidare con poche battute la seconda azione confinaria, quella che è rubricata come azione per apposizione dei termini, soffermandosi poi sulla prima tutela immobiliare.

Il secondo rimedio confinario differisce dalla precedente azione perché la linea di demarcazione dei fondi contigui è certa. La ragione della previsione di questa autonoma tutela appare discutibile, per non dire incongrua (1). A ben vedere il codice disciplina un'azione di natura reale al solo scopo di concedere al proprietario una somma di denaro, oppure, scrivendolo in modo meno banale, un provvedimento giudiziale che obblighi il vicino a partecipare alle spese per la installazione di segnali materiali e permanenti che rendano visibili i confini. Siamo sicuramente in presenza della più inutile delle azioni. Al riguardo basta considerare che ciascuno dei proprietari può sempre recintare il proprio fondo senza chiedere il permesso al vicino (art. 841 c.c.). D'altra parte, nei centri abitati, ciascuno dei confinanti può costringere il vicino a contribuire per la metà alle spese di costruzione dei muri di cinta (art. 886 c.c.).

Qualche spunto teorico ed applicativo lo offre, invece l'azione di regolamento dei confini che presuppone una incertezza oggettiva o soggettiva dei limiti spaziali dei due appezzamenti contigui,

“ossia un’incertezza derivante dalla mancanza di un limite apparente o un’incertezza soggettiva, derivante dalla contestazione del limite apparente” (2). Presentando in questo modo appropriato l’azione, ne deriva che le questioni discusse riguardano il tema della prova, quello della natura della tutela e quello, infine, delle differenze con la rivendica. A giudicare dalla quantità delle decisioni adottate dai giudici su tali profili (3), sembra di essere finiti, come si è sostenuto, “fra le più complesse questioni irrisolte della civilistica europea” (4). Per la verità si tratta di temi discussi da millenni e che ormai possono reputarsi come risolti (5).

Le dispute riguardanti le delimitazioni dei fondi, nel sistema romano, non si esaurivano di certo con l’*actio finium regundorum* (6), che rappresenta sicuramente l’antecedente della disposizione contenuta nel nostro art. 950 c.c. Si tratta di un’azione che apparteneva alla categoria dei *iudicia divisoria* (7). La caratteristica principale di tali processi era quella di non potersi procedere alla distinzione tra attore e convenuto (8). Da ciò derivavano sicure implicazioni in ordine al regime della prova. In questa categoria di azioni non poteva trovare applicazione il normale regime della distribuzione dell’onere della prova; si doveva prescindere, in altri termini, dal broccardo *actore non probante reus absolvitur* (9). Di una simile ed antica impostazione vi è indelebile traccia nell’attuale art. 950. Nell’esercizio del rimedio esiste una libertà di mezzi di prova assai inusuale in materia immobiliare; si stabilisce addirittura che in mancanza di prova del luogo ove posizionare il confine, il giudice non può rigettare la domanda e si dovrà attenere ai risultati delle mappe catastali.

Questa indeterminatezza dei ruoli processuali dei contendenti, tipica dell’antica azione di regolamento di confini consente, ancora oggi, di distinguerla dalla rivendica.

Attualmente la giurisprudenza, premiando una fortunatissima metafora elaborata da una raffinata dottrina (10) enunciata nei primi decenni del secolo scorso (11), ama ripetere un criterio così enunciato: l’azione è di regolamento di confini e non di rivendica se “il conflitto sorge tra fondi anziché fra titoli” (12). Scritto con formula diversa, si può affermare che se i contendenti pongono un conflitto tra i rispettivi titoli, si è in presenza di una rivendica; se i litiganti disputano, invece, attorno alla estensione materiale dei rispettivi fondi limitrofi, si ha un’azione di regolamento dei confini (13). Dalla soluzione del dilemma dipende, come osservano la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, il tipo di prova richiesta: se il conflitto è tra fondi, dovrebbe prevalere quello tra i contendenti che appare dotato del titolo migliore.

Si ripropone, anche a questo proposito, quella circostanza curiosa già rilevata a proposito della distinzione tra rivendica e negatoria. In ultima analisi, gli stessi fautori dell’ammorbidente dell’onere della prova nella rivendica finiscono per proporre poi un’ulteriore attenuazione di ogni intransigenza nella prova della azione di regolamento di confine. Non si rendono conto, a mio avviso, che così operando, pur professando il contrario, prospettano il medesimo metro di

valutazione probatoria in tutte le azioni reali: appare per loro sempre preferibile la tesi e la dottrina *du droit meilleur* tra i contendenti. Diviene così evanescente la proposta linea di differenziazione tra rivendica e rimedio confinario.

D'altra parte è per me privo di senso ripetere che nel caso di rivendica si assiste ad *un conflitto tra i titoli* dei litiganti. Il possesso, infatti, ossia il potere vantato dal convenuto della rivendica, è una mera situazione di fatto che prescinde dalla esistenza di qualsiasi titolo giustificativo. Il possessore, anche se non prova alcunché, va lasciato nel godimento del bene se il rivendicante non riesce a fornire la dimostrazione in base alla quale, fugando ogni ragionevole dubbio, il giudice perviene alla conclusione che non possa esistere altro proprietario diverso dall'attore (14).

Tornando al criterio discretivo tra le due azioni, può succedere che la incertezza della linea di confine dipenda dalla pretesa di uno dei confinanti alla porzione esclusiva di una parte del fondo limitrofo, per averlo acquistato per il tramite del possesso esclusivo protratto per il tempo necessario per l'usucapione. È evidente, in un caso del genere, che l'azione non è più diretta alla fissazione di confini incerti, ma si è trasformata in una rivendica. Ed allora, il contendente che invoca il possesso esclusivo della striscia contestata non può limitarsi a criticare la posizione possessoria della controparte, ma dovrà fornire la prova della proprietà, così come questa è richiesta nella rivendica.

La questione merita un ulteriore approfondimento. Si legge in alcune massime giurisprudenziali che l'eccezione di usucapione non è ammissibile nelle azioni confinarie (15). Si aggiunge che ogni discussione che verta sulla usucapione trasformi il rimedio confinario in quello di rivendica, ponendo a carico di colui che la eccepisce il tipico aggravamento dell'onere della prova riscontrabile a proposito della rivendica. La determinazione giurisprudenziale è accettabile, però in essa si annida un equivoco. Che la usucapione sia bandita dalla materia confinaria è frutto della acritica ripetizione, durata anche nel diritto intermedio, di un principio esistente nel diritto romano, ma che non ha niente da spartire con la nostra azione.

Poco sopra osservavo che, come ci insegnano i romanisti, le questioni dei confini non erano argomento esclusivo dell'*actio inter vicinos finium regundorum*. Nella *Lex XII Tabularum*, e quindi prima che emerga il concetto stesso di proprietà, erano dettate norme dettagliate nella materia dei confini: *intera quinque pedes aeterna auctoritas esto*. Si fissava l'ampiezza della striscia di terra (*confinium*), larga circa un metro e mezzo, che si doveva lasciare incoltivata fra due fondi per consentire il *circumactus aratri*. Una simile *limitatio* aveva connotati sacrali e, diremmo oggi, presentava un prevalente interesse di stampo pubblicistico. Da ciò la conseguente inusucapibilità (*aeterna auctoritas*) del *confinium* stesso. Ogni qual volta nei *verba* decemvirali era predicata la eternità dell'*auctoritas*, voleva dire che non era possibile l'usucapione: così come avveniva per le

cose furtive (16) (*furtivae rei aeterna auctoritas esto*) e per gli acquisti degli stranieri muniti di *commercium* da un *mancipio dans civis* (*adversum hostem aeterna auctoritas esto*) (17). L'*actio finium regundorum* ha poco da spartire con tale antichissima materia e con le sue implicazioni sacrali e pubblicistiche che sottraevano la striscia larga *quinque pedes* all'*usus* e, quindi, alla *potestas* dei *patres* (18).

Rimane un ultimo problema che ovviamente non ha riscontro nelle fonti romane: la trascrivibilità dell'azione di regolamento di confini. Contrariamente all'opinione espressa dalla migliore dottrina (19), per il principio della stretta tipicità dei casi soggetti alla pubblicità immobiliare, a mio avviso, l'azione confinaria non ha più ragione di essere trascritta. La nuova dizione dell'art. 2826 c.c., d'altra parte, non richiede che sia contenuta nella nota di trascrizione la indicazione di almeno tre confini dell'immobile. Se ciò è vero non si comprende l'opportunità di trascrivere una domanda che miri ad ottenere una sentenza che accerti i limiti tra i fondi attigui.