

Note alle considerazioni preliminari

(1) Appare significativo che, in materia proprietaria, le riflessioni della civilistica degli ultimi decenni si possano riassumere nella conferma dei dubbi sulla esistenza e sul valore di un modello unitario del dominio. Non è un caso, infatti, che Salvi (*Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, in questo *Commentario*, Milano, 1994, p. 3) inizi le proprie riflessioni affermando che il “problema della proprietà in termini generali ed astratti non esiste”.

(2) Il giudizio è di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, p. 2. Confesso di non essere perfettamente persuaso della inutilità di costruire il discorso giuridico con la utilizzazione di categorie formali; mi sembra opportuno affrontare i problemi sul piano teorico anche attraverso l'esame delle diverse impostazioni dottrinali dalle quali seguono soluzioni disciplinari diverse. Sul tema possono essere utili le ironiche riflessioni di F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare (artt. 2643-2645-bis)*, I, in questo *Commentario*, Milano, 1998, p. 465, nota 16.

(3) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 3.

(4) Sulle ricadute del sistema di diritto privato europeo sulla nozione e sul regime della proprietà dei paesi membri, si veda, da ultimo L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, Milano, 2008, p. 974.

(5) In maniera critica si veda N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in *Quadr.*, 1984, p. 223.

(6) Secondo l'opinione manifestata da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 936.

(7) S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 55.

(8) Gli argomenti svolti in passato per giustificare la tesi della prova assoluta posta a carico del solo attore in rivendica “oggi non interessano più ad alcuno e (...) comunque sono logicamente inattendibili”: A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 936. Per una esposizione delle due opinioni senza alcun riferimento storico, si veda L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, cit., p. 992.

(9) Anche il convenuto in rivendica deve giustificare, con qualsiasi mezzo di prova, la propria situazione possessoria o detentoria; con la conseguenza che “ove egli non produca alcun titolo, qualsiasi titolo sfoggiato dall'attore risulterà automaticamente migliore del suo”. Così A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 936.

(10) Per rendere più esplicita la presenza di simili tautologie si può ricordare la tradizionale giustificazione della regola “possesso vale titolo”, oggi contenuta nell'art. 1153 c.c. Il fondamento dell'acquisto, fin dal suo apparire nell'ultimo diritto consuetudinario francese, veniva individuato nelle esigenze di una rapida e sicura circolazione dei beni mobili. I trasferimenti mobiliari, si aggiungeva, sarebbero gravemente pregiudicati se l'acquirente fosse esposto all'azione di rivendica del proprietario. In altri termini, la sicurezza del commercio esige il sacrificio del proprietario che deve sopportare il rischio della infedeltà di colui al quale affida il mobile.

Non ci si accorge così di cadere in una petizione di principio; così facendo si scambia l'effetto della regola mobiliare con la sua giustificazione. Al contrario occorrerebbe dimostrare, e nessuno lo ha mai fatto, che sia equo e giuridicamente vantaggioso che il proprietario del mobile debba essere privato definitivamente del suo diritto per il solo fatto di volere premiare la buona fede dell'acquirente.

In senso critico, mi pare, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 707.

(11) B. ALBANESE, *Recensione* a R. ORESTANO, Introduzione allo studio storico del diritto romano, *Iura*, 1954, p. 239, ora in *Scritti giuridici*, IV, Torino, 2006, p. 1213.

(12) B. ALBANESE, *Recensione* a R. ORESTANO, cit., p. 1217.

(13) Occorre la massima cautela nell'applicare alle esperienze giuridiche del passato le concettualizzazioni moderne. Si tratta di una operazione possibile e utile, ma altamente rischiosa. Desidero fornire alcuni esempi di simili pericoli. Una questione ancora discussa è quella se l'antica *mancipatio* o la vecchia *traditio* debbano essere considerati come *negozi causali* o *astratti* di trasferimento, oppure se la *sponsio* o la *stipulatio* fossero o meno *negozi astratti*, in quanto facevano sorgere un'obbligazione *utroque loquente* senza alcuna menzione della ragione giuridica per cui si modificava una situazione preesistente (*dotis causa*, *donationis causa*, *novandi causa*, per garanzia, etc.).

Se la *mancipatio* o la *traditio* o la *sponsio* o la *stipulatio* siano o non siano negozi astratti è una questione che può essere affrontata a patto di essere consapevoli di utilizzare, non solo termini, ma soprattutto parametri, concetti e definizioni che sono propri di ordinamenti storici diversi da quello romano. Con l'ulteriore aggravante, aggiungo, che nel panorama dei diversi sistemi nazionali oggi esistenti, i concetti di causalità o di astrattezza non risultano facilmente assimilabili o comparabili se non a costo di semplificazioni che fanno correre il rischio di sintesi, a mio avviso, poco convincenti. Mi riferisco, in relazione a quest'ultimo rilievo, alle critiche al principio consensualistico che in diversi tempi e in molteplici opere hanno visto da protagonista il Prof. Sacco. L'illustre Maestro sottolinea, con l'arguzia ironica di cui ha il segreto, che le regole operazionali che apparentemente differenziano i vari sistemi oggi in vigore hanno spesso il sapore di formule declamatorie e come tali sarebbero quasi sempre caratterizzate da connotati mentitori. Sul principio dell'efficacia reale ho più volte espresso il mio dissenso su tali conclusioni e non mi sembra il caso di ribadire. Mi preme invece spendere qualche considerazione sui rischi che si corrono quando, senza le dovute cautele, si applicano al diritto romano concetti formulati dalla scienza giuridica moderna.

Un registro significativo di tali pericoli si può facilmente riscontrare in A. PALAZZO, *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. critica del dir. priv.*, 2002, p. 245.

Nota per prima cosa che l'Autore considera i suoi studi sui negozi gratuiti come fondamentali per gli sviluppi della civilistica in tema di causa dell'attribuzione; in particolare l'importanza dei suoi scritti sulla donazione sono testimoniati e confermati, sempre a giudizio dello stesso, "dalla più moderna elaborazione giurisprudenziale che quelle riflessioni ha, in molteplici occasioni, mostrato di accogliere" (p. 245). Per quanto riguarda le fonti del diritto romano, prese in considerazione ma non inserite nelle precedenti ricerche per la sede della collana attenta, a suo dire, agli interessi pratici, il P. ha cura di ribadire (p. 254) che "sino a tutta l'età classica la donazione non fu per il diritto romano un negozio autonomo, ma una possibile *causa* di negozi giuridici astratti", quali *mancipatio*, *traditio*, *in iure cessio* ovvero quali *stipulatio* o *acceptilatio*.

Sarà per le mie visuali dogmatiche preconcepite, ma non riesco a comprendere il significato e la coerenza logica di una simile affermazione: se un *quid* (donazione) diviene *causa* di una *stipulatio*, sarebbe ovvio affermare che siamo di fronte ad un negozio che non si può definire astratto. La locuzione "causa di un negozio astratto" è un ossimoro. Comunque, nell'affrontare le fonti del diritto romano, è bene evitare di compiacersi avventatamente della sicurezza del proprio giudizio. Mi sembra, però, che si possa dichiarare, con sufficiente grado di certezza, che nessun giurista, prima del IV secolo d.C., ragionando attorno alla struttura della *stipulatio* si sia mai espresso in termini di negozio causale o astratto. Esistono testimonianze alquanto diverse. Il primo giurista romano che propose, alla vigilia della nostra era, una linea distintiva, ossia delinearne i confini concettuali, tra *actum* e *contractum* annoverò la *stipulatio* nel vasto genere di significati ricompresi nel participio perfetto del verbo *agere*. Il verbo, come avviene per l'attore sulle scene teatrali, indica lo svolgimento solenne e rituale, sia con parole sia con ogni altro comportamento (*sive verbis sive re*), di un'attività giuridicamente rilevante. Labeone non ricomprese, pertanto, la *stipulatio* nel participio del verbo *contrahere* che invece meritava di avere un significato più ristretto, caratterizzandosi nella *ultra citroque obligatio*; così come avviene, proseguiva il giurista augusteo, nelle ipotesi di compravendita di locazione o di società, ossia nei casi in cui i Greci dichiarano esserci il *συναλλαγμα*. Questo insegnamento e il nome di quell'antico giurista che per primo escogitò, definendola, la figura del contratto ci viene tramandato, dai compilatori del Digesto, attraverso l'opera di Ulpiano. Sempre attraverso l'opera di Ulpiano, i redattori del *Corpus iuris* ci fanno sapere che altri giuristi (Aristone, Celso, Pomponio), sia pure con qualche divergenza, si posero sul solco tracciato da quell'antico giurista da annoverare, forse, tra i congiurati contro Cesare. Tutti avvalorarono la tesi secondo cui i contratti, anche quelli che non avevano un nome, producevano azioni o eccezioni a condizione che sotto l'accordo esistesse una causa (*subsist tamen causa*). La causa del contratto per i giuristi romani, sempre secondo l'insegnamento confermato e approvato da Ulpiano, si identifica nel *negotium*, ossia nell'affare che si contrappone alla *donatio*. La causa esiste quando, per esempio, "ti ho dato una cosa perché tu me ne darai un'altra, ho dato perché tu farai qualcosa"; quando, in altri termini, una prestazione (*datio rei*) non viene eseguita nell'esclusivo interesse del ricevente, ma anche nell'interesse di colui che la effettua.

In conclusione la testimonianza di Labeone (B. ALBANESE, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, p. 1170) "non costituisce, come a prima vista potrebbe sembrare, una testimonianza rivoluzionaria rispetto a tutta l'elaborazione dottrinale che condusse alla formazione della categoria ben circoscritta di *contractus* come negozio tipico fonte di *obligatio* (...)". Si può stabilire con un notevole grado di certezza, pertanto, che dalle fonti della giurisprudenza classica emerge (B. ALBANESE, *Recensione a G. ARCHI, La donazione*, Milano 1960, *Iura*, 1961, p. 251, ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, p. 1823) "l'inquadramento generale del *donare* come categoria contrapposta a quella del *negotium gerere*". La sistemazione dogmatica della donazione acquista, poi, nel diritto giustiniano, sempre secondo l'insegnamento di Albanese, nuovi e complessi lineamenti: "al proposito (...), malgrado la certa esistenza, ormai, di un vero *pactum donationis*, nella più riflessa ed attenta dogmatica giustiniana (quella delle *Institutiones*), la *donatio* è inclusa tra i *genera acquisitionum* e non tra i *contractus*" (p. 1830).

Alla luce di queste testimonianze non comprendo come si possa essere in sintonia con le conclusioni di Antonio Palazzo, il quale nega, anzi deve "senz'altro contestare che la concezione della causa come prerogativa esclusiva dei contratti a titolo oneroso tragga alimento dal diritto civile romano" (p. 248). "L'idea che la ragione giustificatrice del contratto risieda essenzialmente nella corresponsività delle prestazioni, (...), affonda le sue radici non già nella tradizione del diritto romano, (...), ma in un pregiudizio di natura dogmatica (...) germogliato nelle riflessioni giusnaturalistiche di Jean Domat" (p. 247).

In breve Antonio Palazzo si occupa di una serie di questioni circa la natura causale o astratta di atti giuridici quali *mancipatio*, *traditio*, *in iure cessio*, *stipulatio*, *acceptilatio*, *pollicitatio*, *pactum de non petendo*, e si interessa di tipi negoziali nel periodo classico, ossia di temi di cui non c'è traccia nelle fonti romane; e poi l'unica questione veramente

discussa dai giuristi romani, quella della causa del contratto, viene dal nostro Autore inopinatamente attribuita alle riflessioni di un giurista francese del XVII secolo.

Le riflessioni di P. sono condotte per ricordare ad “un giovane collega” che espone conclusioni viziate da visuali dogmatiche preconcepite e inficiate da letture parziali e frettolose. Il P. conclude la sua reprimenda nei miei confronti nel seguente modo che è interessante riportare fedelmente. La donazione è un negozio causale: “ciò smentisce categoricamente quelle affrettate e ingenuie ricostruzioni dottrinali che, affardellate da una falsa prospettiva storicistica, perseverano confusamente nei loro errori di metodo, i quali fuorviano inesorabilmente i risultati di un’indagine che soltanto pregiudizialmente e senza adeguata riflessione scientifica possono consistere nella affermazione di una assiomatica astrattezza della donazione” (p. 262). Un simile e categorico giudizio rende superfluo qualsiasi commento; una schiera di giuristi illustri, me escluso, si è occupato delle questioni e le loro riflessioni, alquanto distanti da quelle immaginate con ammirevole fantasia da Palazzo, sono contenute in un volume collettaneo a cura di L. VACCA, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995. A difesa delle mie considerazioni “storiche e dogmatiche” cito la recensione di V. Giuffrè comparsa in *Labeo*, 1998, p. 325.

(14) Mi sembra opportuno riportare al riguardo alcune riflessioni di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 13. “L’essere il sistema nella storia comporta però una (...) conseguenza degna di nota ovvero il suo essersi formato attraverso l’accumularsi dell’esperienza culturale dei giuristi. Storicamente questo sistema si è presentato sempre, ancorché in varia misura, come sistema aperto, cioè disposto ad apprendere, ma il significato ultimo della inserzione sistematica di ogni innovazione nel contesto del già costruito è proprio quello di rendere compatibile il nuovo con il collaudato. In questa direzione il diritto di proprietà si presenta come il deposito di una esperienza storica integrabile e rinnovabile con le apposite procedure, disponibile ad ogni giustificata revisione concettuale, ma non trascurabile senza motivo”.

(15) “Il giurista moderno che sappia assimilare con intelligenza adeguata la lezione fornita, in relazione a tanti problemi della sfera del diritto privato, dall’opera di impostazione e di soluzione realizzata dai giuristi romani acquisterà più agevolmente le doti della lucidità aliena da pregiudizi teorici e della continua ed equilibrata aderenza agli ideali d’una sostanziale equità”. Così B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, p. 14.

(16) Lo studio della storia del diritto è possibile, in primo luogo, “con congrua conoscenza del diritto moderno”; in secondo luogo la storia del diritto “va studiata e comunicata ai lettori e ai discenti in tutti quanti i suoi aspetti, cioè senza la pretesa assurda di subordinarla alle strutture vigenti nei diritti del giorno d’oggi”. In questo risiede l’essenza dell’insegnamento di A. GUARINO, *Diritto del presente e diritto del passato*, in *Labeo*, 1998, p. 105.

(17) Sulle orme dello studio di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, Milano, 1954, p. 145 ss.

(18) Per una esposizione ragionata della questione con le relative citazioni bibliografiche si veda A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 184 ss.

(19) P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, negli *Atti del Convegno di Pontignano 30 settembre 3 ottobre 1985*, Milano, 1988, p. 207.

(20) Nell’esame analitico si può persino scivolare nel paradosso distinguendo la proprietà della birra da quella della limonata: la prima sarebbe illecita prima di sedersi al volante, la seconda può essere consumata in tale circostanza. “Su questa china, sospinta da lontano dagli zefiri delle impostazioni analitiche, non si incontra però alcun limite preciso che contrassegni il confine (...) del sensato”. Così A. GAMBARO, *La proprietà*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit, p. 302, nota 21.

(21) Appare singolare che chi (P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 260) sottolinea come un momento fondamentale della letteratura del secolo scorso la rottura dello schema unitario della proprietà, abbia invece costruito sull’unitarietà concettuale del vincolo obbligatorio lo schema del rapporto giuridico (P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (noz.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 145).

(22) La proprietà non è solo un problema tecnico: non si può fare finta di ignorare che esso appartiene alla eterna questione del rapporto tra l’uomo e le cose. Forse l’approccio formalistico del giurista, quando si tratta della proprietà, è insufficiente. “In altre parole, ci si è accostati a quel nodo aggrovigliato di motivazioni che è la proprietà con la stessa candida disinvoltura con cui si può analizzare uno dei tanti istituti innocui della vita giuridica, per esempio il contratto di deposito, il patto di riscatto nella compravendita, l’intervento adesivo nel processo, e via dicendo; come se il discorso si potesse esaurire a livello della grammatica del giurista, della messa in opera del raffinato strumentario tecnico del suo usuale laboratorio”. Così P. GROSSI, voce *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 230.

(23) Credo che sia proprio quello indicato nel testo il senso profondo della riflessione finale fatta da B. Albanese nel recensire nel 1954 l’opera di Orestano (per i riferimenti si veda la precedente nota 11). Si tratta di una conclusione che, come riconosceva lo stesso Maestro, “potrà urtare o sorprendere” (p. 1220): “oggi, chi segue un indirizzo

consapevolmente storico nello studio del diritto romano offre, con ciò stesso, la prova di essere fuori dalla tradizione romanistica". In particolare, proseguiva l'autore, il dominio è il concetto centrale dell'esperienza giuridica romana e della stessa società romana dalle XII tavole a Giustiniano. "A questa centralità del diritto di proprietà sono stati fedeli, in egual misura, tutti gli ordinamenti giuridici che hanno gravitato nell'ambito della tradizione romanistica. Ma ora che proprio quel fulcro essenziale del sistema viene mutando la sua struttura, sulla scorta delle variazioni strutturali della società, una frattura irreparabile si appresta tra la tradizione romanistica (...) e tutti i moderni sistemi giuridici, anche quelli apparentemente ispirati alla tradizione. Che questa frattura non sia, ai più, ancor visibile è un fatto certo".

Per un'impostazione diversa e rassicurante si vedano le recentissime considerazioni di M. MICELI, *Spunti di riflessione storica sul concetto di proprietà: elementi di continuità e discontinuità*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, IV, Milano, 2010, pp. 262 ss.

(24) C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., p. 89.

(25) Accettando l'insegnamento di B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, cit, p. 84, sono convinto che il termine *quirites* vada scritto con l'iniziale minuscola.

(26) Gai, *Inst.*, 2, 40. *Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure quiritium dominus, alius in bonis habere.*

(27) Gai, *Inst.*, 2, 7.

(28) L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 220.

(29) La complessa tematica legata all'*actio Publiciana* ha dato origine ad un ampio dibattito non ancora sopito: L. VACCA, *Actio Publiciana, traditio di res Mancipi, e possessio bonae fidei*, ora in *Appartenenza e circolazione dei beni*, Padova, 2006, pp. 131 ss. Sulla questione delle proprietà, o meglio di più forme di proprietà, nell'ordinamento romano, si vedano le recenti considerazioni di M. MICELI, *Spunti di riflessione storica sul concetto di proprietà: elementi di continuità e discontinuità*, cit., pp. 259 ss.

(30) Al riguardo si può ricordare che, nel primo diritto francese (VI-XII secolo), non veniva accordata alcuna azione per reclamare la cosa mobile di cui si era perso il possesso: da ciò l'adagio *meubles n'ont point de suite*. Molti, a mio avviso senza alcun fondamento, attribuiscono a questo adagio dell'antico diritto consuetudinario francese la regola molto più recente secondo cui *en fait de meubles la possession vaut titre*.

(31) Per avventura poteva succedere che tutti questi poteri si concentrassero in un unico soggetto che diveniva titolare della proprietà del bene. "Sia ben chiaro che questa proprietà non è però una realtà monolitica, la sua unità è occasionale e precaria, e ciascuna frazione porta in sé la tensione ad autonomizzarsi e la forza a realizzare lo smembramento (...). Questa relatività soggettiva e questa unità tanto fragili hanno delle motivazioni precise (...): si assommano nella volontà dell'ordinamento di costruire l'appartenenza partendo dalla cosa e di condizionarla alle esigenze di questa". Così P. GROSSI, voce *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 246.

(32) "Quando la rivoluzione francese liberò la proprietà terriera da tutti i vincoli feudali, (...) la volle unitaria e compatta". A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 203.

"La strada che porta a una proprietà autenticamente moderna corre sorretta e orientata dalla coscienza sempre più viva che essa è un corpo semplice, unilineare, la struttura più semplice possibile; l'approdo è quello d'una semplicità assoluta". P. GROSSI, voce *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 247.

(33) Normalmente si sottovaluta il cambiamento di prospettiva del nostro codice: per tutti si veda C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., p. 49.

(34) Coerentemente sottolineato da C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., p. 84.

(35) P. GROSSI, voce *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 249.

(36) P. GROSSI, voce *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 253.

(37) Per le citazioni si rinvia a P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, cit., p. 262.

(38) È opinione pacifica, che non merita di essere smentita, quella che proclama la sostanziale estraneità della bipartizione tra diritti reali e diritti obbligatori nella tradizione dei paesi di *common law*. Appare singolare, comunque, che le prime riflessioni su un concetto di situazione giuridica soggettiva di vantaggio in termini di "diritto" si trovano nell'opera di Guglielmo di Ockham, filosofo francescano inglese vissuto tra il 1290 ed il 1349. Per riferimenti più precisi rinvio a B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, cit., p. 197, nota 310.

(39) A. GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 31 ss.

(40) Risale all'originario processo romano, quello per *legis actiones sacramenti* la distinzione (*Gai, Inst., 4.16*) tra l'azione *in rem* per la tutela di posizioni soggettive assolute, e l'*actio in personam* per la difesa dei crediti.

“Non è senza interesse rilevare come la fondamentale distinzione tra le *actiones* elaborata nell'esperienza romana si sia riverberata, presso i moderni, nella fondamentale distinzione tra i diritti soggettivi”. Così B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, cit., p. 200. Nelle *vindicationes*, ossia nell'azione *in rem* per eccellenza, l'attore affermava, senza ricorrere al termine *ius*, una situazione di vantaggio a proprio favore (*hominem meum esse aio*); mentre nelle azioni *in personam*, per esempio nelle *condictiones*, proclamava un dovere (*oportere*) a carico del convenuto. “Basterebbe questa originaria assenza d'ogni richiamo al *ius* (in accezione soggettiva di vantaggio) nei formulari relativi alla *actiones* per fare intendere come l'odierno concetto di diritto soggettivo non ha le proprie dirette radici nella tradizione romana” (B. ALBANESE, op.loc. ult. cit., nota 319).

(41) G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 756.

(42) Normalmente chi si occupa del diritto di proprietà si è espresso in modo critico sull'uso della nozione di rapporto giuridico. Si vedano C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., p. 116; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., pp. 187 nota 8, 205 nota 45, 211. Quest'ultimo autore considera poco influenti, “non avendo resistito al vaglio della critica logica”, tutte quelle concezioni che mirano a sostituire il concetto di diritto soggettivo con la nozione di rapporto giuridico. Nelle opere appena citate viene elencato un apparato bibliografico, a fondamento della impostazione suggerita, talmente vasto e ricco da troncarsi sul nascere qualunque perplessità. Mi limito a ribadire, nonostante l'autorevolezza delle indicazioni contrarie, che quella del rapporto giuridico è la terminologia con la quale si esprime il nostro codice: per la dimostrazione basta leggere l'art. 1321 in comparazione con la disposizione meno precisa e puntuale contenuta nell'art. 1098 del primo codice unitario.

(43) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., p. 140.

(44) R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, p. 413.

(45) Corte cost. 3 febbraio 1992, n. 25. Sulla questione da ultimo si veda A. GAMBARO, *La proprietà*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 327.

(46) In generale si vedano le interessanti considerazioni di M. TRIMARCHI, *La proprietà: profili generali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano 2007, pp. 3 ss; A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, pp. 115 ss.

(47) C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., p. 85.

Il richiamo alla materialità delle cose rappresenta la demarcazione più netta tra l'idea di *propriété* contenuta nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e quella di *private property* inserita nella Costituzione federale americana. Quest'ultima “designa tutti i diritti patrimoniali suscettibili di scambi di mercato, ivi compresi quindi anche i crediti ed i contratti che possono essere ceduti”. Si vedano al riguardo le riflessioni di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., p. 32. Si tratta, in breve di una nozione di appartenenza molto più ampia di quella esistente nell'ordinamento francese e di riflesso in quello italiano. La nozione americana di *private property* non appare poi coincidente con il *law of property* inglese; sul punto da ultimo M. SERIO, *Property (diritto inglese)*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, Milano, 2009, pp. 139 ss.

(48) In proposito è stato posto in luce come l'attuale struttura della proprietà privata comporta il rispetto, anzi meglio, la valutazione positiva delle devianze individuali rispetto all'etica comunitaria. “La proprietà è uno dei pochi istituti giuridici che, nella tradizione giuridica occidentale, è stato costruito e pensato per ospitare le condotte devianti, innovative e rischiose rendendole lecite e protette in un'area circoscritta dall'ordinamento”. Così A. GAMBARO, *La proprietà*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 307.

(49) Le opinioni più accreditate scolorano la facoltà di disposizione in quella del godimento; la distinzione viene considerata come “un problema concettuale di scarso rilievo”. Così C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., p. 115.

(50) La definizione dell'art. 832 c.c., con il suo riferirsi alle due facoltà, appare formulato in maniera assai infelice. “Il godimento richiama un sentimento umano. (...). Il verbo disporre, poi, genera un'anfibologia. Originariamente esso

designava il potere di alienare". Così annota A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., p. 212.

Non mi sembrano pienamente convincenti le considerazioni sul tema svolte da A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, in *Studi di diritto privato*, diretti da A. Dalmartello e L. Mengoni, Milano, 1998, pp. 33 ss.

(51) La letteratura sulla nozione costituzionale della proprietà è sconfinata e al dibattito hanno contribuito sia studiosi di formazione civilistica che giuristi di formazione pubblicistica: per un panorama ragionato delle questioni trattate si veda A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., pp. 39 ss.

(52) La collocazione del diritto di proprietà nell'ambito dei rapporti economici non implica, di per sé, una riduzione di valore rispetto ai diritti elencati tra i rapporti civili e quelli etico-sociali che vengono trattati per primi, dopo i principi fondamentali, nel testo costituzionale. "Ritenere che la disciplina costituzionale del lavoro manifesti un valore costituzionalmente debole perché essa è inserita nel Titolo dedicato ai rapporti economici sarebbe decisamente improponibile, ed infatti non risulta proposto". Così annota A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., p. 67.

(53) Per più precisi riferimenti giurisprudenziali e dottrinari rinvio a C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., pp. 18 ss.

(54) Per un certo periodo di tempo, a seguito dell'istituto di origine giurisprudenziale della "accessione invertita" o "occupazione appropriativa" consacrato dalla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 1464 del 1983 per disciplinare la situazione che si verifica quando su un fondo occupato in via di urgenza si realizza l'opera pubblica senza un valido provvedimento espropriativo, a favore del proprietario fu ordinata non l'indennità di espropriazione, ma il risarcimento del danno da illecito, equivalente almeno al valore reale del bene, con prescrizione quinquennale dal momento della trasformazione irreversibile dell'immobile. Con la inevitabile conseguenza che nei confronti della pubblica amministrazione non si sarebbe potuto esercitare la pretesa restitutoria, ma soltanto la tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., così come si legge *ex plurimis* nella sentenza costituzionale n. 384 del 1990.

In un momento successivo, a far data ossia dall'art. 5 *bis* della legge n. 359 dell'8 agosto 1992, l'integrale risarcimento del danno del bene illegittimamente occupato e trasformato risulta ridotto ad un (quasi) normale indennizzo per espropriazione. La legittimità costituzionale della nuova normativa in tema di accessione invertita è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 148 del 1999. La Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dal 2000, ha manifestato molti dubbi sulla correttezza della costruzione giurisprudenziale italiana. Alla fine la Corte costituzionale, con le sue sentenze gemelle n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 5 *bis* della legge n. 359 dell'8 agosto 1992 sulla base, tra gli altri, di un nuovo principio che nella motivazione della sentenza n. 349 è sintetizzabile nel modo seguente. Ai sensi del primo comma del novellato art. 117 Cost., sono incostituzionali le norme ordinarie che contrastano con la normativa, "che rimane pur sempre ad un livello subcostituzionale", della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (C.E.D.U.) come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Per le indicazioni delle riviste che hanno pubblicato le due sentenze con le relative note di commento si rinvia a M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 1037 nota 35.

È molto ampia la bibliografia sul tema della estinzione del diritto di proprietà del privato con contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà stessa da parte della pubblica amministrazione: si vedano per tutti M. COMPORI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 196; G. RAMACCIONI, *Accessione invertita vs. acquisizione sanante*, in *Riv. critica del dir. priv.*, 2010, pp. 170 ss.

(55) Il mito della proprietà assoluta e la conseguente salvaguardia costituzionale dell'integrità del valore di mercato dei beni privati sono regole "estrane alla costituzione economica italiana: quella scritta, come quella vivente nel sessantennio post-costituzionale". C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 413.

Al riguardo è opportuno aggiungere che la Corte costituzionale con la sua "sentenza n. 283 del 1983, ha confermato il principio del serio ristoro, precisando che, da una parte, l'art. 42 Cost. non garantisce all'espropriato il diritto ad un'indennità esattamente commisurata al valore venale del bene e, dall'altra, l'indennità stessa non può essere (in negativo) meramente simbolica od irrisoria, ma deve essere (in positivo) congrua, seria, adeguata". Così è stabilito testualmente nella parte motiva della sentenza costituzionale n. 348 del 24 ottobre 2007.

(56) C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., p. 410, ove sono ricostruite in estrema sintesi ("per non suggerir argomenti pericolosi alla politica italiana di oggi"), le tappe del costituzionalismo degli Stati Uniti e della Germania.

Tutto parte dal 1789 quando, di qua e di là dell'oceano Atlantico, si inaugurarono due modi profondamente diversificati di intendere il ruolo e il senso della proprietà privata nel contesto di una carta costituzionale. Si rinvia alla brillante e convincente esposizione della questione costituzionale della proprietà privata contenuta nelle pagine di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., pp. 21 ss.

(57) Tale disposizione ha perso molto della sua rigidità originaria: M. TRIMARCHI, *La proprietà: profili generali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit. p. 5. "I giudici europei interpretano e applicano le normative dei Trattati e della Cedu con grande, per così dire, libertà di lettura dei testi": C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., p. 411.

(58) La versione ufficiale della Convenzione, pubblicata in francese e in inglese, è allegata alla legge n. 848 del 4 agosto 1955 di ratifica ed esecuzione della Convenzione e del relativo Protocollo addizionale. Tale Protocollo all'art. 1 stabilisce: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento di imposte o di altri contributi o delle ammende."

(59) Fu per prima la Corte di Giustizia, agli inizi degli anni '70, a sancire che i diritti fondamentali, tra i quali anche la proprietà, fanno parte dei "principi generali" dell'ordinamento comunitario; per riferimenti più precisi si veda C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., pp. 411 e 423.

(60) Le sentenze più rilevanti sono citate da M. TRIMARCHI, *La proprietà: profili generali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit. p. 15.; M. COMPORTEI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., p. 197 nota 6.

(61) In questo senso M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, cit., p. 1056.

(62) Il Trattato di Lisbona all'art. 6 aggiunge l'adesione dell'Unione alla C.E.D.U. Ammesso che l'adesione sia possibile da parte di un organismo che non sia un Stato, occorre aggiungere che la Costituzione europea o la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, pur restando ancora in attesa della difficile ratifica degli Stati, riconosce il diritto di proprietà nel capitolo delle libertà. Si vedano al riguardo le considerazioni di M. TRIMARCHI, *La proprietà: profili generali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit. p. 6; M. COMPORTEI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., p. 190; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., p. 423.

(63) Per più precisi riferimenti si veda la precedente nota 54, alla quale è opportuno aggiungere, per ulteriori richiami, V. SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 687 ss.; M. MICELI, *Spunti di riflessione storica sul concetto di proprietà: elementi di continuità e discontinuità*, cit., pp. 267 ss.

(64) Prima della sentenza n. 348/2007 della Consulta, si era fatta strada presso alcuni giudici (*ex plurimis* Cass., sez. I, sentenza n. 6672 del 1998; Cass., Sez. un., sentenza n. 28507 del 2005) l'idea di disapplicare direttamente le norme legislative interne che risultassero in contrasto con quelle C.E.D.U., come interpretate dalla Corte di Strasburgo. La Consulta ha bocciato tale indirizzo statuendo che "il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale (...) di esclusiva competenza del giudice delle leggi." Sul panorama delle opinioni espresse in dottrina sul tema si veda M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, cit., pp. 1035 ss.

(65) "Non sembra però che tale spostamento sia da approvare, sia perché è del tutto improprio e antistorico l'inserimento della proprietà fra le libertà, sia perché i diritti fondamentali dell'uomo sono solo di natura personale, e non già quelli di natura patrimoniale." Così M. COMPORTEI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., p. 192.

(66) La giurisprudenza della Corte di Strasburgo "si basa sulla tesi per la quale la proprietà è un *diritto dell'uomo* equiparabile alle *libertà inviolabili*". In questi termini si è espresso Salvi (*La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., p. 416), il quale prosegue osservando (p. 429) che la normativa europea, ignorando la dimensione sociale dei diritti, attribuisce la prevalenza alla costituzione economica definendo "i diritti patrimoniali come diritti di libertà garantiti *nella maniera più assoluta* (per usare l'espressione del *code civil*)".

Interessanti, ma non pienamente convincenti, le riflessioni svolte sul tema da V. SCIARRINO, *Proprietà, danno patrimoniale e non*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 698 ss.

(67) S. RODOTA', *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, a cura di M. Comporeti, Milano, 2005, p. 159. Per una antologia delle critiche espresse al riguardo, si veda C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., p. 412.

(68) C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., p. 430. L'autore si pone poi l'interrogativo se non è ormai "arrivato il momento di domandarsi, come ha fatto la Corte costituzionale tedesca (...) se la

cessione di sovranità nazionale anche giurisdizionale, che con allegra baldanza è andata avanti per un paio di decenni (...), non debba trovare un qualche argine”.

(69) Esprime un giudizio analogo, ma su altri presupposti M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, cit., p. 1044.

(70) Per gli ultimi aggiornamenti sulla questione si vedano le citazioni e le riflessioni di R. CONTI, *Occupazione acquisitiva, espropriazione e trasferimenti coattivi*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 488 ss.

(71) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., pp. 871 ss.; S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 810; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., pp. 941 ss.

(72) Per un esauriente esame delle ipotesi di doppie tutele si rinvia a A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., pp. 894 ss.

(73) “Le corti sembrano avvertire un vincolo a dovere qualificare sotto una precisa etichetta, da cui dedurre poi la disciplina per il caso concreto (...)”. Così annota S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 811. Al riguardo, prosegue la autrice (p. 813), i giudici italiani sono continuamente “chiamati a tracciare linee di confine spesso sfuggenti.”

(74) Da ultimo si vedano B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 629; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 981; A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da F. Galgano, Padova, 2004, pp. 54 ss.; S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 817, nota 20. Non sembra prendere posizione sul tema, limitandosi ad esporre le ragioni contrapposte A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., p. 897.

(75) Sulla questione si dovrà inevitabilmente tornare per opportuni approfondimenti. Per il momento è bene richiamare un'avvertenza da tempo formulata ma spesso ignorata: “Il campo della responsabilità civile è solcato, ad opera delle norme sul possesso, da scavi asimmetrici”. In questo modo si è espresso R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 15.

(76) Dopo tutto quello che è stato scritto sull'argomento, “resta da chiedersi se sia possibile o anche solo utile procedere, come fa la dottrina, a una classificazione delle azioni.” S. SATTA, voce *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 824.

Sulla contrapposizione tra azioni reali e personali si vedano le puntuali riflessioni di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., pp. 872 ss.; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., pp. 948 ss.

(77) Esprime molti e fondati dubbi sulla validità concettuale della classificazione dal punto di vista processuale B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 621 ss.

(78) Raggiunge con altri argomenti la medesima conclusione L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 952.

(79) Gai, *Inst.*, 4, 11. *Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est eum rem perdidisse, cum quia debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

(80) Con una immaginazione paradossale ma convincente, si potrebbe prospettare la cancellazione dal nostro codice della rivendica, la più tipica delle azioni a difesa della proprietà. Ebbene, in tale situazione ipotetica e assurda si potrebbe tuttavia dimostrare che lo spessore della difesa proprietaria rimarrebbe immutato: infatti per ogni lesione della proprietà sono rinvenibili nel nostro sistema rimedi di natura diversa basati su azioni contrattuali, quasi-contrattuali, o recuperatorie di vario genere. Per la dimostrazione dell'assunto si rinvia alle magistrali pagine di R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., pp. 19 ss.

(81) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., pp. 875 ss. Dal punto di vista processuale si vedano le citazioni aggiornate in B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 633 ss. Per la validità della categoria delle azioni reali, si è pronunziato C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 412.

(82) Come accade nella motivazione di Cass. Sez. Un., 9 luglio 1976, n. 2593, in *Giust. civ.*, I, pp. 1597 ss.

(83) Per esempio F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, in De Martino-Resta-Pugliese, *Della Proprietà*, artt. 810-956, Bologna-Roma, 1962, p. 469.

(84) Pur con diverse motivazioni si vedano sul punto A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 1993, III, p. 82; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., p. 892.

(85) Dal punto di vista strettamente processuale esprime qualche perplessità B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 633 ss.

(86) “Questa rilevanza fondamentale del processo, quale evento centrale e rilevatore del concreto divenire dei fenomeni giuridici, presenta connotazioni particolarmente marcate (e storicamente uniche) nell’esperienza romana (...)” Così B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987, p. 5.

(87) J. DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, (trad. it. Aloj), Napoli, 1838, p. XII. L’A., nato a Clermont, una delle enclavi nella Consuetudine della Auvergne, ove si applicava il diritto romano, fu convinto da Blaise Pascal a realizzare il disegno gigantesco di una sintesi cristiana del diritto, ricavandola dal *Corpus iuris*. Nel 1683, all’età di quasi sessanta anni, partì per la capitale e mostrò il piano dell’opera al Re il quale, pregandolo di restare a Parigi, gli assegnò una cospicua pensione. Il primo volume della sua opera fu pubblicato nel 1689 e due altri seguirono, ma l’ultimo vedrà la luce dopo la sua morte. I tre libri di Domat ebbero un successo enorme. Già nei primi anni del ‘700 si realizzarono due traduzioni olandesi, tre edizioni inglesi e ben sei traduzioni italiane, senza contare che il francese era allora la lingua delle lettere conosciuta in tutta Europa.

Domat fu e viene considerato *un romaniste solide*, per ragioni di nascita prima che di scelta cosciente. È certo che lo scrittore non aveva alcuna intenzione di resuscitare un ordinamento le cui regole erano inapplicabili; era perfettamente consapevole di adoperare un metodo diverso da quello usato dai giuristi romani e, d’altra parte, il suo approccio ai testi di Giustiniano può risultare piuttosto ingenuo se paragonato con l’arte sofisticata dei romanisti formati dalla pandettistica tedesca. Eppure Domat voleva dimostrare, riuscendoci perfettamente, che nel diritto romano *la raison semble avoir été éclairée d’un flambeau divin*.

L’importanza dell’opera di Domat nella formazione di una intera generazione di giuristi che renderanno possibile la redazione del *Code* del 1804, si ricava da una lettera del 1704 il cui testo e il profilo del relativo autore è riportato in A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 72. “Avevo naturalmente poca inclinazione per la scienza del diritto civile, e mi sembrava, quando da giovane volevo studiarla, che la ragione che lì si coltivava non era per niente la ragione umana e quello che si chiama buon senso, ma una ragione particolare, fondata su una moltitudine di leggi che si contraddicevano le une con le altre, e di cui ci si riempiva la memoria senza perfezionare lo spirito... La lettura del libro del sig. Domat mi ha fatto cambiare parere e mi ha fatto scoprire in questa scienza una ragione che io fino ad allora non avevo scoperto.”

Note al commento dell'art. 948.

(1) Se si parte dal presupposto che il diritto regola i conflitti tra persone concernenti le cose “le tecniche di intervento del diritto rimangono all'incirca uniformi, salvo differenze accidentali”. Così testualmente R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 491.

(2) La assolutezza del diritto reale non implica che non sia necessaria la collaborazione di altri soggetti: “deve in concreto intendersi non tanto come possibilità che il diritto sia fatto valere nei confronti di *tutti*, quanto, più correttamente, come possibilità che il diritto sia fatto valere nei confronti di *chiunque* ne provochi una lesione.” Così si esprime con coerente precisione E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del “conflitto tra fondi”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 183.

(3) Valgono per la rivendica delle aziende gli stessi argomenti adoperati per escludere l'esercizio delle azioni possessorie: per tutti si vedano A. GIUSTI, *Le azioni possessorie e di nunciazione (artt. 1168-1172)*, in questo *Commentario*, Milano, 1990, p. 211; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 985.

(4) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, cit., p. 935.

(5) R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., pp. 361 ss; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 14; S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 821.

(6) A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebitato*, cit., p. 59.

(7) Risultano assolutamente condivisibili le soluzioni prospettate sulla funzione e sull'oggetto dell'azione da G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, Torino, 2006, pp. 40 ss. Dal punto di vista squisitamente logico, però, la individuazione dello scopo perseguito con l'esercizio dell'azione dovrebbe, a mio avviso, seguire e non precedere la individuazione dei protagonisti.

(8) R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 353.

(9) La enunciazione è R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 33.

(10) Rinvio alle considerazioni svolte da A. GIUSTI, *Le azioni possessorie e di nunciazione (artt. 1168-1172)*, cit., pp. 21 ss.; G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 124 ss.

(11) La coesistenza di due sistemi di protezione paralleli, quello basato sul titolo e quello fondato sulla semplice relazione di fatto, non risponde, per seguire le opinioni più accreditate, a criteri di logica rigorosa ma sono semplici accidentalità storiche e là, dove e quando si realizzano, possono essere spiegate in modi diversissimi. È questa, in estrema sintesi, la tesi formulata da R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., pp. 9 ss. I due sistemi paralleli, prosegue il Maestro, sono stati edificati nel diritto romano in modo assai chiaro con la “giustapposizione di *actiones* e di *interdicta* e la conseguente serie di contese petitorie e possessorie.”

Mi sembra opportuno, a questo punto, proporre alcune rapide precisazioni sulla nozione di possesso nel diritto romano; più avanti tali considerazioni renderanno più spedita la soluzione della questione inerente la prova della proprietà nella rivendica.

L'uso del verbo *possidere* (unione dell'arcaico prefisso *pots-*, denotante l'idea di potere, e il verbo *esse* o il verbo *sedere* ed esiste pure la forma *sidere*) e dei suoi derivati *possessio* e *possessor* si trova in documenti giuridici di epoca abbastanza recente, e precisamente all'inizio del II secolo a. C. In età più antiche, per il riferimento alle situazioni possessorie, si adoperò il sostantivo *usus* e anche il verbo *uti*. Si tratta di una terminologia attestata nelle XII tavole e che è rimasta viva fino alla scadenza temporale della esperienza giuridica romana. Mentre il termine più recente suscita l'idea specifica del potere, il termine più remoto richiama il concetto di utilizzazione. È comune ai due termini la circostanza che dopo un determinato periodo di tempo, si realizza, tanto dall'*usus* che dalla *possessio*, la nascita di uno stabile potere giuridico.

La differenza semantica segnalata “non sembra autorizzare una tesi piuttosto diffusa in dottrina, e secondo la quale *usus* e *possessio* sarebbero da considerare concetti giuridici differenti, sia storicamente (...), sia funzionalmente (...).” È questo l'insegnamento di B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 7; nonché *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6, 3 secondo la testimonianza di Cicerone*, ora in *Scritti giuridici*, Torino, 2006, III, p.

488. Sulla questione risultano particolarmente interessanti le citazioni, le considerazioni e le puntualizzazioni svolte da G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996, pp. 24 ss.

Il possesso espresso con la terminologia elementare dell'*usus* o dell'*uti*, quindi, nella storia del pensiero giuridico precede, come appare logicamente spiegabile, la nascita del concetto complesso di *dominium*. I giuristi romani, comunque, formularono in maniera assolutamente chiara e netta la peculiarità più evidente che caratterizza il possesso nella sua più generale accezione, specie in contrapposizione al *dominium*: la sua natura di fatto. Il possesso è *res facti, non iuris* (D. 41, 2, 1, 3 Paul. 54 *ad ed.*); *nec possessio et proprietas misceri debent* (D. 41, 2, 52 Ven. 1 *int.*); *nihil commune habet proprietas cum possessione* (D. 41, 2, 12, 1 Ulp. 72 *ad ed.*). Con la conseguenza, quindi, che *in interdicto possessio, in actione in rem proprietas vertitur* (D. 44, 2, 14, 3 Paul. 72 *ad ed.*, e in senso conforme Gai, *Inst.*, 4, 148).

A partire da Costantino si determinò, sotto il profilo terminologico, una notevole confusione tra *possessio* e *dominium*. Vengono qualificate come *possessio* o come *possidere*, sovente con l'aggiunta di precisazioni del tipo *firma, firmiter, inconcusse* e, in relazione al titolare, *securus* ipotesi che i classici avrebbero individuato con termini allusivi a poteri di tipo dominicale. Non si trattò solo di confusioni terminologiche; si produssero notevoli conseguenze anche sul piano sostanziale e sulle quali tornerò più avanti.

Altra questione che meriterebbe un più adeguato approfondimento è poi quella della possibilità di configurare, nel presente, la vendita del possesso o comunque la possibile sussistenza di un contratto traslativo del possesso; da ultimo la piena configurabilità è stata prospettata e auspicata da B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, in *I possessi*, di B. Troisi e C. Cicero, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, pp. 209 ss. L'Autore osserva preliminarmente (p. 210 nota 1296) che "come è noto, il diritto romano ammetteva che il possesso per sé potesse vendersi, locarsi, concedersi a precario (...); una simile opinione non può essere condivisa, tra l'altro, per le considerazioni storiche appena abbozzate nella presente nota.

(12) Per riferimenti più completi e puntuali rinvio a A. GIUSTI, *Le azioni possessorie e di nunciazione* (artt. 1168-1172), cit., pp. 25 ss.; G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 120 ss.

(13) È anche sulla base di tale ulteriore riflessione basata sull'equa ripartizione dell'onere della prova "che anche presso di noi la dottrina del titolo migliore trova sempre maggiori consensi ed autorevoli adesioni, ad ulteriore conferma del fatto che la scomparsa della *probatio diabolica* dal sistema non rappresenta affatto un'ipotesi peregrina." Così testualmente annota, osservando criticamente la dottrina prevalente, E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica* (note critiche sulla teoria del "conflitto tra fondi"), cit., p. 183. In senso conforme G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 150 ss.

(14) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 937.

(15) Si continua ad osservare "che il tralazio insegnamento sulla c.d. *probatio diabolica* nella rivendica è ormai da tempo eroso (...). In questo senso da ultima si è espressa B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 659.

(16) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 936.

(17) Si vedano le pertinenti osservazioni svolte al riguardo da G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 164 ss.

(18) Questa mia conclusione è stata fortemente criticata da B. ZUFFI, *op. ult. cit.*, pp. 661 e 665 ss. Si osserva, infatti, che "nel nostro ordinamento il possesso è riguardato come una fattispecie produttiva di una serie di effetti, ma inidonea a fondare una presunzione di titolo (...). Confesso di non comprendere il rilievo; desidero al riguardo ribadire che il possesso nel nostro ordinamento prescinde dalla esistenza di un titolo giustificativo e mai, quindi, può essere riguardato come surrogato o presunzione di un titolo.

(19) Ai sensi dell'art. 2943 c.c., in forza del richiamo operato dall'art. 1165 c.c., l'azione di rivendica svolge anche il compito decisivo di interrompere il decorso dell'usucapione a favore del convenuto. Si tratta di una funzione che, per tutto il periodo classico, fu sconosciuta alla rivendica romana. Per riferirsi alle interruzioni le fonti utilizzano i termini *usurpare* e *usurpatio*, probabilmente derivati da *usus* e *rumpere*. In età classica, nonostante la brevità del periodo (biennale o annuale) richiesto per usucapire, l'*usurpatio* doveva realizzarsi *naturaliter* ossia per effetto della perdita materiale del possesso: e non "per effetto dell'inizio d'una *rei vindicatio* da parte del *dominus* contro il possessore che stava usucapendo". In questi termini B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 113, al quale si rinvia per l'indicazione delle fonti.

(20) È opportuno precisare che la regola francese della *possession vaut titre*, dalla quale deriva in modo indiretto il meccanismo acquisitivo previsto dal nostro art. 1153 c.c., ha determinato, almeno per la dottrina lì prevalente, la conseguenza che in materia mobiliare non è ammessa la rivendica, a meno che il vecchio proprietario non dimostri la furtività del mobile. Per la categoria dei mobili, nel sistema transalpino, è giocoforza far coincidere il possesso con il titolo, ossia con la proprietà. È divenuta opinione diffusa che il possessore di un mobile, in ogni caso e per il semplice

fatto del possesso, diviene proprietario di guisa che nel commercio mobiliare possesso e proprietà diventano sinonimi. Discostandosi dal diritto romano, in Francia, dopo la codificazione del 1804, non esiste più la proprietà mobiliare ma semplicemente il possesso: *meubles n'ont pas de suite*. Sul tema mi permetto di rinviare al mio *Del possesso di buona fede di beni mobili (artt. 1153-1157)*, in questo *Commentario*, Milano, 1988, pp. 37 ss.

Va poi osservato che nel nostro ordinamento al possesso non può essere attribuito il valore di una presunzione di proprietà. Sul punto si vedano R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., pp. 370 ss., e, in senso critico, S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 823.

(21) (*Iustiniani Inst.* 4, 6, 2.) *Sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit.*

(22) Si potrebbe pensare, in prima battuta, che quell'unico caso di esercizio della rivendica da parte del possessore, nella realtà, non esisteva o che, comunque, non fosse stato inserito nei libri del Digesto. Più esattamente si potrebbe congetturare che gli autori delle *Institutiones* facessero riferimento ad una fattispecie classica sicuri che essa sarebbe stata poi inserita nei *Digesta*, i cui compilatori dimenticarono però di includere. La congettura appare molto improbabile. Se le due opere vennero pubblicate quasi contemporaneamente (le *Istituzioni* il 21 novembre del 533 e il Digesto il successivo 16 dicembre) e se i tre autori delle *Istituzioni* (Triboniano, Teofilo e Doroteo) facevano parte della squadra dei compilatori del Digesto, non appare credibile ipotizzare tanta sciattezza nel coordinamento tra queste due parti del *Corpus* giustiniano.

(23) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 930. "Sulla rivendicazione del proprietario si modellano le azioni di rivendica dell'enfiteusi e dell'usufrutto": C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 415.

(24) L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, cit., p. 987.

(25) B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 654. Anche il mandatario all'acquisto con procura è legittimato ad agire con la rivendica nell'interesse del mandante, dato che tale azione, come in genere quelle di tipo restitutorio, rientrano nell'ordinaria amministrazione essendo rivolte alla salvaguardia della situazione patrimoniale del mandante. Così A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 931.

(26) S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 810. Ammiro la scintillante ricchezza terminologica di cui fa mostra l'autrice e della quale ho riprodotto una brevissima antologia. Non riesco a comprendere, lo confesso, la distanza che viene intravista tra la definizione dell'art. 832 c.c. che attribuisce, anzi attribuiva, al proprietario "il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo" e la puntualizzazione della scrittrice citata che, dichiarando ormai obsoleto l'interesse all'investitura piena come era prevista un tempo del codice, prospetta la esistenza di un nuovo diritto a possedere e disporre del bene, così come questo si concretizza nella direttiva 44\99\Ce sulla vendita ai consumatori. Non mi sembra che esista una differenza sostanziale tra la proprietà del '42 e quella che emerge dalla normativa comunitaria. Oggi invece, a parere della Ferreri, è doveroso ripetere che "non è la proprietà a condizionare in modo esclusivo e probabilmente nemmeno più intenso la nostra vita; che i rapporti obbligatori hanno preso il sopravvento e spostano ricchezze e rappresentano poste di bilancio più significative" (*op. cit.*, p. 809).

(27) S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, cit., p. 60; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 418.

(28) G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., p. 44.

(29) L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, cit., p. 980.

(30) S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 815.

(31) Può dirsi superato "il dubbio che il nostro ordinamento ponga qualche restrizione al concorso tra azione reale rivendicatoria e azione personale restitutoria"; più esattamente "si può sorvolare sulla questione (...) del rapporto tra azioni vertenti sulla validità dei negozi e azioni ripristinatorie del possesso (rivendica o ripetizione)". S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 817. Su tali considerazioni dichiaro il mio dissenso.

(32) L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, cit., pp. 982 ss.

(33) In senso sostanzialmente conforme, sia pure con qualche distinguo, si vedano S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., pp. 821 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 417.

(34) È proprio questo il risultato, da condividere senza riserve, dello studio condotto su tutte le sentenze emesse in materia dalla Corte di Cassazione dal 1942 ad oggi, da G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 167 ss.

(35) È opinione diffusa, della quale non sono personalmente convinto, che per la prima volta nel periodo intermedio presso i giuristi d'oltralpe, forse imitando una sorta di *actio publiciana* della quale però non avevano compreso esattamente la funzione, si era andata consolidando l'esigenza di attenuare la difficile prova (*diabolica*) richiesta all'attore in rivendica. Con ogni probabilità per consolidare un simile risultato, pienamente appagante sul piano equitativo, i redattori del *Code* dimenticarono di nominare e quindi di disciplinare l'azione di rivendica, il cui semplice nome richiamava alla mente tutte la difficoltà interpretative che i giuristi medievali non erano riusciti a decifrare.

(36) In senso conforme si vedano A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 936 ss.; e, anche se con qualche riserva, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 422. In senso contrario si è espresso A. NATUCCI, *Rivendica e "probatio diabolica"*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 545.

(37) S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, cit., p. 53; B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 655.

(38) Di solito il principio viene indicato dalla dottrina civilistica con un brocardo più semplificato che individua il convenuto come colui che ha la *facultas restituendi*. Ho preferito invece l'espressione più estesa perché essa è contenuta nel Digesto (D. 6. 1.9 *Ulp. 16 ad ed.*) in un brano sul quale torneremo e che documenta l'esistenza di un reale dibattito presso i giuristi romani.

(39) La soluzione contenuta nel codice "risulta opportuna ed adeguata": è questa l'opinione di G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., p. 134. In senso conforme si è espresso L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, cit., p. 989.

(40) Così S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, cit., p. 52, alla quale rinvio anche per le citazioni bibliografiche.

(41) Manca "ogni fondamento, logico e testuale, alla tesi per la quale i classici avrebbero negato, per difetto di legittimazione passiva, la rivendica contro il detentore *nomine actoris*"; anzi non pochi passi del Digesto, "suonano a conferma della tesi opposta, della tesi cioè per la quale nulla ostava, in età classica e nel processo formulare, dal punto di vista della legittimazione passiva, all'esercizio della rivendica contro il detentore e contro il possessore (...)". Si veda M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, Palermo, 1970, pp. 60, 63, nonché pp. 92, 100, 102, 110.

(42) Per le epoche anteriori il problema della distinzione dei ruoli processuali non si poneva. Le posizioni delle parti nella *vindicatio rei* della *legis actio sacramenti in rem* si distinguevano solo sulla base di un dato temporale. Poiché entrambi i contendenti pronunziavano i medesimi *verba sollemnia* circa l'appartenenza della cosa (*rem meam esse*), Gaio (*Inst.* 4, 16) li distingue rispettivamente chiamando l'attore come colui *qui prior vindicaverat* e il convenuto semplicemente come *adversarius*. Il ruolo dei due contendenti e dei differenti presupposti delle rispettive legittimazioni cominciò a delinarsi nel nuovo regime della rivendica nell'*agere in rem per sponsionem* che era pur sempre una ipotesi di *legis actio*, rito parallelo, entro certi limiti temporali, con la rivendica *per formulam petitoriam*. Si veda M. MARRONE, voce *Rivendicazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1989, XLI, pp. 8 ss.

(43) Parafrasando una critica rivoltami, in un diverso contesto, da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 705. Sulla questione è opportuno ripetere, continua l'autore, "il famoso detto di Holmes secondo cui *the life of the law has not been logic, it has been experience*."

(44) M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, cit., p. 51. In particolare si deve poi aggiungere che le affermazioni della giurisprudenza classica, quando vengono inserite nei testi giustiniane, "perdono i punti di riferimento entro i quali erano state espresse, per apparire delle massime di portata generale e sempiterna (...) che tradisce il lungo travaglio, pieno di contraddizioni, nell'ambito del quale erano state concepite". Così testualmente ha scritto V. GIUFFRÈ, "Necessitas probandi", *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli, 1984, p. 25.

(45) D. 6. 1. 9 (*Ulp. 16 ad ed.*): *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

Desidero annotare che il brano riportato prende spunto, come risulta dalla sua parte iniziale, da un quesito nato intorno alla prova nella rivendica. Sul passo torneremo a riflettere più avanti, ossia al momento dell'esame dell'intricato problema della prova richiesta al rivendicante.

(46) B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 37.

Occorre essere consapevoli, però, che i giuristi classici avevano una concezione generica e non unitaria del possesso. “Il possesso rilevante ai fini dell’usucapione non corrispondeva del tutto al possesso *ad interdicta*: diversa era la *ratio* dell’usucapione rispetto a quella della tutela giudiziaria di uno stato di fatto.” M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, cit., p. 79.

(47) G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto uti possidetis*, cit., pp. 58, 70, 76, 79, 87 e 104.

(48) Gai, *Inst.*, 4, 148. *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrobi.*

Si vedano le osservazioni svolte al riguardo da G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto uti possidetis*, cit., pp. 81 ss.

(49) D. 6, 1, 24 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) *Is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere quam alio possidente petere.*

Rinvio sul punto alle convincenti riflessioni, anche per il periodo giustiniano, formulate da G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto uti possidetis*, cit., pp. 81 ss., 114 ss.

(50) Gai, *Inst.*, 4, 153. *Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur.*

Al riguardo, conformemente alle fonti, si può parlare di una *possessio per alium*. “In sostanza (...) la situazione possessoria di fatto realizzata da un *alius* venne intesa come un servizio (*ministerium*) giuridicamente rilevante reso al soggetto che l’ordinamento giuridico considerò possessore per *alium*.” Così testualmente B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 25.

(51) Sulla forma avversativa (*non solum... sed etiam*) della riflessione di Gaio si vedano le considerazioni di B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 36.

(52) Vi è un passo delle Istituzioni di Giustiniano (J. 4, 15, 4) che sviluppa e illumina il pensiero espresso da Gaio nel pezzo delle istituzioni citato alla precedente nota 48. Si tratta di un brano “stranamente trascurato dagli studiosi e che costituisce, invece, una preziosa, consapevole enunciazione teorica.” Così G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto uti possidetis*, cit., p. 110.

Per parte mia aggiungo che ho ricostruito il pensiero di Gaio prendendo a modello il modo di esprimersi del secondo comma dell’art. 1140 c.c.: allo scopo di fare risaltare la distanza terminologica che descrive la medesima relazione con la cosa. Per il codice si può possedere o direttamente o per mezzo di un’altra persona che ha la detenzione della cosa, che è proprio colui che Gaio chiama possessore a nome di altri.

(53) D. 41, 5, 2, 1.

(54) D. 16, 3, 31, 1 (Tryph. 9 *disput.*) (...) *latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt (...). Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituendo sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit (...).*

(55) M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, cit., p. 102.

(56) M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, cit., pp. 191 s.

(57) B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 58.

Volendo sviluppare, in relazione a quanto scritto nel testo in corrispondenza delle precedenti note 44 e 45, un’ipotesi suggestiva della diversità di contesto che spieghi il discorde parere di Ulpiano rispetto a Pegaso, si può pensare che al tempo del giurista severiano il precedente *modus procedendi per formulas* non corrispondeva più, almeno come frequenza di impiego, alle nuove prassi cognitive che noi chiamiamo *extra ordinem*. Prima la *formula* era il programma del giudizio che, sotto la vigile direzione del pretore, determinava i compiti e i poteri istruttori del giudice; il magistrato prefissava, altresì, il provvedimento che il giudice era autorizzato a pronunciare a conclusione del processo. La *formula* costituiva, in buona sostanza, l’oggetto dell’accordo scritto che, con l’assenso e sotto la direzione del magistrato, le parti raggiungevano nella *litis contestatio*. D’altra parte al convenuto non conveniva rifiutare l’accordo senza giustificazioni, perché sarebbe incorso nelle conseguenze negative a carico dell’*indefensus*. In una tale situazione

processuale i contendenti, i loro patroni e lo stesso giudice, conoscevano preliminarmente ciò che sarebbe stato oggetto del riscontro probatorio dei fatti: fatti che fondavano la pretesa dell'attore, ovvero estintivi della pretesa che nella prospettazione del convenuto dovevano paralizzare le richieste avversarie. In buona sostanza era il *praetor* a distribuire l'onere della prova fra i contendenti. Il suo compito era abbastanza semplice quando la *formula* era espressamente prevista nell'editto e occorreva solo adattarla al caso concreto. Quando invece si trovava di fronte ad un caso nuovo, ossia non nominato, il pretore doveva costruire una *formula* non prevista nell'editto contribuendo alla relativa *conceptio verborum*. Ciò doveva verificarsi con maggiore frequenza allorché si andava affermando il nuovo *modus procedendi*.

Al tempo di Ulpiano iniziava ormai a prevalere la figura del funzionario magistrato-giudice che non doveva più rispondere ai quesiti posti dal *praetor* e accuratamente puntualizzati nella *formula* (*si paret ...; nisi paret absolvito*). Le *formulae* cominciarono a trasformarsi (*paulatim* avrebbe scritto Gaio) in pastoie burocratiche assai rigide e la loro redazione appariva come un ostacolo al nuovo modo di procedere c.d. *extra ordinem*. Era lo stesso funzionario che, istruendo e giudicando, avrebbe dovuto sciogliere il quesito della condanna alla restituzione, a prescindere dalla precisa configurazione del potere sulla cosa tenuta dal convenuto. La posizione del convenuto nella rivendica ha ormai perso, probabilmente, quei connotati di accurata precisione fissati dai *quidam ut Pegasus*: non il possesso tutelato dagli interdetti, ma la generica relazione materiale con la cosa erano sufficienti, nel nuovo contesto, per emettere una condanna alla restituzione a carico dei convenuti (*qui tenent et habent restituendi facultatem*). Non sarebbe passato molto tempo dall'opinione di Ulpiano, per assistere, nel 342, alla abolizione di tutte le *formulae* giuridiche che generano nei processi insidie per tutti a causa delle loro sottigliezze.

In questo senso si è espresso, anche se indirettamente, V. GIUFFRÈ, "Necessitas probandi", *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, cit., p. 126.

(58) "I classici non ebbero una concezione unitaria del possesso (...). Ond'è che i giureconsulti romani, secondo il loro costume – di non perdere di vista le esigenze concrete della realtà – non procedettero alla determinazione di un concetto di *possessio* comunque valido". M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, cit., p. 79.

"In ogni caso, è certo che la caratteristica fondamentale della *possessio civilis* fu quella d'esser contrapposta alla *naturalis possessio*, al semplice *tenere*, a ciò che oggi chiamiamo detenzione." B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 59.

(59) L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà (dir. rom.)*, cit., p. 220. A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1985, XXXIV, p. 456.

(60) Rinvio sul punto alle considerazioni sviluppate da G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 127 ss.

(61) Gai, *Inst.*, 2, 43. *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.*

(62) "Lealtà è forse il termine che rende meno imperfettamente, per noi, il complesso, e per alcuni versi ormai non del tutto penetrabile, significato del termine *fides*." B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 97, nota 350.

(63) B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 100.

(64) Esprime un giudizio pieno di riserve sull'art. 1147 cc. che "contiene un trattatello definitorio" R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 359.

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

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

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

(66) Risulta pienamente condivisibile l'opinione secondo cui non esiste nel nostro ordinamento l'idea che il possesso fondi una sorta di presunzione di proprietà: da ultimo si vedano le considerazioni e i richiami bibliografici svolti da S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 823. Per i motivi ripetutamente indicati nel testo del mio commento, non sono convinto, invece, che nello scontro tra i due contendenti della rivendica, al fine della attenuazione dell'onere probatorio dell'attore, possa giocare un ruolo più o meno decisivo il convincimento del convenuto "sulla solidità del titolo al quale egli pensa di riallacciare il proprio possesso" (*op. ult. cit.*, p. 830).

(67) S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, cit., p. 52; G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 134 e 151 ove è precisato che la indicazione del detentore "sia solo un utile espediente volto a favorire il proprietario nell'intento di recuperare il bene nel caso in cui ignori il possessore"; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, cit., p. 989.

Desidero segnalare l'opinione solitaria, piena di fascino ma piuttosto priva di convincenti argomentazioni, espressa da R. Nicolò (*La trascrizione. La trascrizione delle domande giudiziali. Dispense al corso* a cura di D. Messinetti, III, Milano, 1973, p. 178). Le vere domande di rivendicazione sono quelle esercitate contro il possessore. È vera rivendica, prosegue l'autore, quella che "tende, previo l'accertamento della titolarità del diritto, alla reintegrazione del possesso. Il soggetto passivamente legittimato all'azione di rivendicazione è il possessore in senso tecnico. (...) Così è ovvio che non sono certo domande di rivendicazione le domande con cui si tende a recuperare la detenzione (...) sul fondamento di un rapporto di natura personale col detentore". Successivamente (*op. cit.*, p. 186) l'autore del quale riferiamo il pensiero, scrive, tuttavia, che il "soggetto passivamente legittimato all'azione di rivendica è il possessore o detentore attuale (nel momento, cioè, in cui si propone la domanda) della cosa".

(68) Per le indicazioni giurisprudenziali e per un commento sulle stesse si rinvia a A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 931 ss.

(69) Con l'espressione *laudatio auctoris*, la dottrina e la giurisprudenza indicano oggi la proclamazione effettuata dal detentore circa la identità del proprio dante causa; tale dichiarazione viene fatta allo scopo di ottenere la estromissione del convenuto dalla rivendica. Al riguardo si vedano da ultimi L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, cit., p. 989; B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 655.

L'uso di quel sintagma latino, nel significato appena indicato di *autore o dante causa*, appare però alquanto equivoco. Anche se in alcuni testi classici il termine *auctor* viene adoperato nel suo significato moderno, esso in origine ebbe un significato profondamente diverso. È importante precisarne il significato più risalente, perché il termine nacque probabilmente in connessione con la rivendica e con un uso ancora oggi ricorrente, sebbene con terminologie diverse.

La *auctoritas*, collegata etimologicamente con *augere* e da cui deriva il personifico *auctor*, è menzionata dalle XII Tavole insieme all'*usus*. Il suo significato originario appare confuso, ma si tratta sicuramente di una conseguenza del *mancipium* corrispondente, grosso modo e secondo le opinioni più diffuse, alla più evoluta responsabilità per evizione del venditore. In concreto, se uno, avendo acquistato con *mancipatio*, veniva convenuto in rivendica da un terzo, costui, nella fase *in iure* poteva *laudare auctorem*, ossia, facendone il nome, poteva denunciare al rivendicante di avere acquistato da un determinato *mancipio dans*. Quest'ultimo, in quanto *auctor* e dietro intimazione, doveva presentarsi *in iure* ad una data fissata durante la quale subiva dal convenuto *mancipio accipiens* una solenne interrogazione: *quando in iure te conspicio, postulo ane far auctor?* Il chiamato se rifiutava (*defugere auctoritatem*) o non riusciva ad evitare la soccombenza del *mancipio accipiens* rispetto al terzo, veniva condannato al *duplum* del corrispettivo pagato. Per descrivere questa complessa procedura in alcuni brani del Digesto (D. 21, 2, 63, 1) si usò l'espressione *laudare auctorem*. Per più complete citazioni si rinvia a B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 93, nota 329.

Dovrebbe risultare chiaro, a questo punto, che l'uso della stessa espressione usata oggi per indicare il dante causa del detentore potrebbe ingenerare confusione. Questa precisazione servirà più avanti quando si tratterà la prova nella rivendica.

(70) Si vedano le persuasive osservazioni svolte sulle integrazioni della regola introdotte via via dalla giurisprudenza S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, cit., p. 53.

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

(72) Ne costituisce un esempio la riflessione di G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., p. 135.

(73) Per gioco, desidero proporre una soluzione alternativa a quella indicata nel testo per il caso del convenuto in rivendica che sia detentore *nomine actoris*. Posto che il semplice detentore, indicando il nome del suo dante causa, può ottenere di essere estromesso dal processo, colui che ha ottenuto la detenzione dall'attore potrà pretendere lo stesso trattamento, indicando il suo dante causa, con la conseguenza, piuttosto paradossale, che il rivendicante si troverà nella doppia veste di attore e convenuto. D'altra parte la detenzione del convenuto *nomine actoris* presuppone che il rivendicante sia ancora possessore. Continuando nel paradosso, si arriva alla ulteriore conseguenza di una rivendica esercitata dal proprietario che è anche possessore.

Siamo forse di fronte a quell'unica caso (*uno casu qui possidet nihilo minus actoris parte optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit*) indicato nelle Istituzioni di Giustiniano e per la cui trattazione più opportunamente si rinviava ai libri del Digesto e che mai è stato individuato con certezza dagli interpreti. Per una convincente proposta di soluzione dell'enigma si veda M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, cit., p. 187.

(74) Per i riferimenti giurisprudenziali e per gli ulteriori argomenti, di ordine logico e storico, che dimostrano la assurdità del requisito della perdita involontaria del possesso da parte dell'attore rivendicante, rinvio a S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., pp. 816 ss.; nonché, voce *Rivendicazione* (*dir. vig.*), cit., p. 54; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 927.

(75) S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 818.

(76) Tale modo di esprimersi è tipico delle massime giurisprudenziali, le quali precisano che il requisito del possesso in capo al convenuto non ammette surrogati. L'affermazione appare eccessiva ed errata se con essa si intende giustificare la possibilità di rigettare la domanda di rivendica avanzata contro un non possessore. Il criterio della atipicità dei rimedi a difesa della proprietà suggerisce invece che un'azione di rivendica contro chi non è possessore debba essere valutata alla stregua di un'azione personale. Non si deve confondere una semplice questione sul nome dell'azione effettivamente esercitata, con un problema sostanziale di rigetto della domanda in conseguenza di un'imprecisa identificazione della stessa. Sul tema si rinvia alla rigorosa riflessione di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 934.

(77) Quello segnalato nel testo è un fenomeno molto più frequente di quanto si possa immaginare. Spesso è successo che le scelte teoriche del codice, o meglio le sue classificazioni, rispondano ad una logica legata ad impostazioni del passato, le quali, a loro volta, sono ormai divenute obsolete proprio sulla base di nuove soluzioni normative. Per fare alcuni dei tanti esempi possibili si può cominciare segnalando la scelta del codice di disciplinare il contratto nel libro delle obbligazioni e non in occasione del terzo libro del codice, anche se il contratto è diventato ormai fonte diretta di diritti reali: l'unica spiegazione plausibile appare la vischiosa vitalità di una tradizione millenaria. Si mostra ancora affascinante, specie nelle raccolte e nelle catalogazioni delle massime giurisprudenziali, l'inscindibile binomio tra le obbligazioni e i contratti. Si può continuare chiedendosi perché i redattori del codice, pur prevedendo la ipotesi del trasferimento del credito nell'ambito del medesimo principio operativo della efficacia reale di cui all'art. 1376, abbiano poi regolamentato la fattispecie della cessione dei diritti di credito in occasione della disciplina generale delle obbligazioni e non, come forse sarebbe stato più logico, a proposito degli effetti del contratto.

Lo stesso fenomeno si verifica anche nella materia possessoria. Prima, ossia dal diritto romano classico fino al tempo del nostro primo codice unitario, la buona fede e il titolo erano due requisiti strettamente legati tra loro: non era configurabile, infatti, l'esistenza della prima in mancanza di un titolo contrattuale. Oggi, con la nuova definizione di possesso, l'eventuale titolo giustificativo non gioca alcun ruolo. Né, al riguardo, giova appigliarsi ad alcune fattispecie acquisitive legate al possesso, ove, come avviene negli artt. 1153 e 1159 c.c., il riferimento del titolo è sempre rivolto alla sua astratta idoneità a trasferire la proprietà e non a giustificare la semplice immissione nel possesso.

(78) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 932; nello stesso senso si è del pari espresso L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, cit., p. 998.

(79) Il problema era già stato segnalato da R. NICOLÒ, *La trascrizione. La trascrizione delle domande giudiziali. Dispense al corso* a cura di D. Messinetti, III, cit., p. 188.

(80) "Nel codice civile non si rinviene una regolamentazione dei modi di acquisto e di perdita del possesso. La disciplina del fenomeno dell'acquisto e della perdita del possesso, in assenza di una normazione del legislatore, è rimessa ai principi". Così testualmente si esprime C. CICERO, *Le fattispecie possessorie*, in *I possessi*, di B. Troisi e C. Cicero, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, cit., p. 89.

(81) La semplice detenzione, anche quella per ragioni di servizio o di ospitalità può essere la fonte idonea dell'atto di immissione nel possesso. Al riguardo è opportuno ricordare che la regola francese secondo cui *la possession vaut titre* nacque proprio per risolvere il caso del detentore infedele il quale, abusando della fiducia del proprietario e violando l'obbligo di restituzione, immettesse altri nel possesso del mobile.

(82) "Si può, in altre parole, acquistare, e rispettivamente perdere, il possesso e non anche il diritto al possesso". Così si esprimeva A. MONTEL, *Il possesso*, nel *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1962, p. 215. Sulla problematica ammissibilità di un contratto che abbia per oggetto il trasferimento del semplice possesso, da ultimo si guardino le riflessioni e i riferimenti bibliografici di R. CATERINA, *Il possesso*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., pp. 417 ss.

(83) La sottovalutazione delle essenziali riflessioni fatte sopra nel testo in materia possessoria, hanno condotto le opinioni più accreditate a "considerare non riuscito il tentativo di un autore, peraltro già criticato in dottrina". La citazione,

che mi riguarda, è presa da A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 93. Per la replica rinvio al mio *Le azioni a difesa della proprietà*, estratto da *Beni, proprietà e diritti reali*, vol. VII, del *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 27 nota 45.

(84) In senso conforme a quanto scritto, per esempio, da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 745; C. CICERO, *Le fattispecie possessorie*, in *I possessi*, di B. Troisi e C. Cicero, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, cit., p. 90.

(85) Si tratta di una opinione assolutamente prevalente e convincente: si veda per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 745, ove sono elencate e criticate le opinioni contrarie che ravvisano nella consegna un atto negoziale. In senso problematico, anche se conclude per la tesi prevalente, si veda, da ultimo, R. CATERINA, *Il possesso*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 410.

Occorre poi osservare che la *traditio* dell'ordinamento romano assumeva una rilevanza negoziale; è opportuno aggiungere che nel nostro ordinamento la consegna del bene, a differenza di quanto avviene in altri sistemi, non svolge alcuna funzione nel trasferimento del diritto.

(86) Prescindendo da tutte le argomentazioni che ho dedicato alla materia e che non mi pare il caso qui di richiamare o ripetere, desidero precisare che le opinioni espresse al riguardo sono compattamente schierate su posizioni opposte alle mie conclusioni. Come esempio cito soltanto il pensiero di Nicolussi (*Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 53): negli acquisti *a non domino* collegati al possesso "il titolo opera piuttosto come causa giustificatrice del possesso del terzo nei confronti del proprietario (...). Per questo motivo è richiesto un titolo idoneo al trasferimento della proprietà, proprio perché solo così esso è in grado di fondare l'attribuzione al terzo di una vera e propria situazione possessoria sul bene, invocabile cioè anche nei confronti di quell'altro terzo che è il titolare del diritto reale".

(87) Si vedano le importanti valutazioni svolte sulla odierna inadeguatezza della regola possessoria da M. COMPORTI, *Per una diversa lettura dell'art. 1153 cod. civ. a tutela dei beni culturali*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Tomo I, Milano, 1995, pp. 416 ss. Un riferimento al tema è pure contenuto in S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 823.

(88) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 932 e 935.

(89) Anche se il sequestro giudiziale degli immobili si esegue con la trascrizione ai sensi dell'art. 679 c.p.c., il rischio di cadere negli inconvenienti evidenziati a proposito dell'art. 2653 n. 1 c.c., dovrebbe essere scongiurato per la esistenza della responsabilità, nei confronti delle parti litiganti, del custode. Questi, che secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice può essere anche uno dei contendenti, è tradizionalmente indicato con il vecchio nome di sequestratario e acquisisce un *munus publicum* di ausiliario del giudice nell'interesse della giustizia, oltretutto nell'interesse della parte che risulterà vittoriosa.

(90) S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 819, ove è anche offerto un panorama dei sistemi che si regolano "diversamente nel formante giurisprudenziale o legale".

(91) M. MARRONE, voce *Rivendicazione (dir. rom.)*, cit., p. 19.

(92) *Ragione, buon senso e ovvietà* sono le espressioni più frequenti che si leggono nelle pagine di presentazione di S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali (artt. 2697-2698)*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1987, pp. 1 ss. Il principio contenuto nell'art. 2697 c.c. è da ritenere "talmente assodato da non essere riportato nella codificazione francese né nel primo codice civile unitario italiano, né in quelli attuali degli altri ordinamenti": così annota testualmente G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., p. 138.

(93) Cass. 6 dicembre 1974, n. 4049; Cass. 14 febbraio 1975, n. 583 alle quali vanno aggiunte le numerose sentenze più recenti citate da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 937, nota 141; B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 660, nota 121.

(94) Così B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 664. Fatico a comprendere la disapprovazione espressa dall'autrice citata (*op. loc. ult. cit.*, nota 131) alla tesi contraria manifestata al riguardo dalla Ferreri.

(95) Copio e condivido il termine più volte ripetuto nella introduzione dell'articolo scritto da S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., pp. 809 ss.

(96) Per quanto oggi si ama ripetere che ormai la proprietà non riesce più a condizionare in modo esclusivo e intenso la nostra vita: "i rapporti obbligatori hanno preso il sopravvento e spostano ricchezze e rappresentano poste di bilancio più significative". S. FERRERI, *op. ult. cit.*, p. 809.

(97) Anche se poi propongono soluzioni diverse, gli scrittori indicano nella tradizione il fondamento della teoria della *probatio diabolica*: si vedano A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 936; E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del "conflitto tra fondi")*, cit., p. 183; B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 657, 661.

(98) Si vadano le citazioni in C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., pp. 421 ss.; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., pp. 992 ss.

Contesta, a mio parere esattamente, l'opinione diffusa che scorge nella giurisprudenza della Cassazione l'artefice dell'attenuazione dell'*onus probandi* a carico esclusivo dell'attore G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 157 ss.

(99) S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 831.

(100) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 937.

(101) S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, cit., p. 55.

(102) Per più precise indicazioni rinvio a S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., pp. 827 s.

(103) B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 661 e 665, ove si osserva che il possesso è una fattispecie "inidonea a fondare una presunzione di titolo, essendo neutra dal punto di vista probatorio". L'affermazione è in sé pienamente condivisibile, ma risulta assolutamente inconcludente in sede di prova nella rivendica. Sulla questione si vedano i riferimenti bibliografici indicati da E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del "conflitto tra fondi")*, cit., p. 184, nota 55; nonché per la giurisprudenza G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., p. 160.

(104) B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 666. L'idea che nel nostro sistema attuale possa rivivere l'*actio Publiciana* può essere accettata solo se verrà dimostrata la contemporanea presenza di due ordinamenti distinti, così come avveniva, ad esempio, per il *ius civile vetus* e in contrapposizione al *ius honorarium*, ovvero per il *dominium ex iure quiritium* rispetto all'*habere in bonis*.

(105) Seguendo le sofisticate analisi suggerite da U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., pp. 122 ss.

(106) Per tutti si veda A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 936; al quale, per completezza, conviene aggiungere gli altri scrittori citati da E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del "conflitto tra fondi")*, cit., p. 183, nota 50.

(107) Risultano esemplari le pagine dedicate ai criteri fissati dall'ordinamento per l'attribuzione dei poteri giuridici sui beni da R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., pp. 3 ss.

(108) Viene da sorridere nel pensare che alcuni giuristi francesi, prima della codificazione napoleonica, per sottrarsi all'influenza del diritto romano, abbiano disseppepillato l'antico adagio germanico secondo cui *mobilia non habent sequelam*, che costituì il modello dell'art. 2279 del *Code civil*. Tale disposizione sancì la fortunata massima, fonte di svariate interpretazioni, secondo cui *en fait de meubles, la possession vaut titre*. Per queste notazioni mi permetto di rinviare al mio *Del possesso di buona fede di beni mobili (artt. 1153-1157)*, in questo *Commentario*, Milano, 1988, pp. 9 ss.

(109) R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 4.

(110) Non sono pienamente convinto della congruenza dell'esempio. Si tratta però di un'opinione assai diffusa presso i nostri commentatori che scrivevano sotto il vigore del primo codice unitario. "Alcune legislazioni moderne hanno istituito un modo di prova di una semplicità notevole. L'iscrizione del diritto su di un registro fondiario pubblico, la tenuta del quale è circondata da tutte le garanzie necessarie, permette di stabilire riguardo ad ogni persona l'esistenza innegabile del preteso diritto". Così scriveva A. BUTERA, *La rivendicazione*, Milano, 1911, p. 353.

Per citazioni più appropriate, ma pur sempre in linea con quella più antica opinione, si veda R. KNUTEL, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, Milano, 1991, I, pp. 301 ss.

(111) R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 9.

(112) “*Sacramenti actio generalis erat*” (Gai, *Inst.* 4,13). La generalità, con ogni probabilità, deriva dalla circostanza che la *legis actio* in questione fu l'unica forma per il processo di accertamento; si applicava, in altri termini, quando una *lex* non prevedesse altri moduli.

(113) Il termine *iudicatum* risale ad una fase molto antica e deriva, come si intuisce da Varrone (*De lingua Lat.*, 6,61), dal verbo *dicare* (proclamare solennemente) e da *ius*. Da *dicare* deriva *vindicare* (affermare con veemenza un potere), *praedicare* (proclamare pubblicamente), *indicare* (mostrare a segni), *iudicare* (proclamare la fine della lite), *abdicare* (proclamare un rifiuto o un abbandono), *dedicare* (consacrare con formule solenni). Per comprendere il significato originario della espressione giuridica *ius dicare*, si può pensare al parallelo varroniano *sic enim aedis sacra a magistratu, pontifice praeunte, dicendo dedicatur*; è agevole il paragone tra *iudicare* ossia il finire (decidere) *quibusdam verbis dicendo* una lite e la dedica di un tempio operata da un magistrato *dicendo verba* suggeriti (*praeire*) da un pontefice. Un simile modo di intendere *iudicare* è da escludere per il processo formulare, ma appare pienamente coerente con una impostazione religiosa della arcaica *legis actio*. B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 129, nota 442.

(114) B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 137.

(115) Si trovano elencate in V. GIUFFRÈ, “Necessitas probandi”, *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, cit., p. 38, nota 8. Sulla questione si vedano le riflessioni di G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit., p. 108.

(116) V. GIUFFRÈ, “Necessitas probandi”, cit., p. 50.

(117) V. GIUFFRÈ, “Necessitas probandi”, cit., p. 54.

(118) Esempio al riguardo risulta una annotazione di G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit., pp. 117 s. L'autore commentando un brano del Digesto (D. 5,1,62 (Ulp. *ad ed.*) in tema di distribuzione dell'onere della prova tra un *petitor* e un altro che *possessor sit*, osserva che la “precisazione del giurista (...), formulata in tema di *bonorum possessio*, viene, infatti dai commissari giustinianeî spogliata di ogni riferimento al ristretto ambito originario ed inserita in una parte generale, comprensiva di tutti i *iudicia*: dietro questo spostamento di sede non è difficile scorgere l'assunzione di una consapevole posizione programmatica e l'intento di fornire un'indicazione che possiamo considerare *lato sensu* normativa”.

(119) V. GIUFFRÈ, “Necessitas probandi”, cit., p. 142.

(120) M. MARRONE, voce *Rivendicazione (dir. rom.)*, cit., p. 10.

(121) Gai, *Inst.* 4, 93. Spiegando *l'agere in rem per sponsionem*, conclude “*ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse*”.

(122) Il brano è riportato nella precedente nota n. 45.

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

(124) J. *Inst.* 4, 15, 4. *Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitoem iudicare solet.*

(125) Il riferimento contenuto nelle istituzioni rappresenta “una preziosa, consapevole enunciazione teorica” che sta alla base della “spiccata cura e organicità con cui la materia delle prove, insoddisfacente nelle precedenti codificazioni, è affrontata nella Compilazione giustiniana”. Così si esprime G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit., p. 109.

(126) Non appare del tutto pacifico tra gli specialisti che le due *leges* fossero contrastanti. Sulla questione rinvio da ultimo a G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit., p. 108.

(127) I *rescripta* e anche le *epistolae* emanate dagli imperatori, a quanto sappiamo, non avrebbe potuto abrogare una *lex generalis*, quale era sicuramente il *iussum* di Costantino. Sulla questione si veda V. GIUFFRÈ, “Necessitas probandi”, *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, cit., p. 163.

(128) Dal Codice Teodosiano: CTh. 11,39.12 (Impp. Arcadius et Honorius AA. Aeternali proconsuli Asiae) (a.396). *Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut ratione praepostera petitor ab eo quem pulsat informari suas postulet actiones, cum omnem probationem exigere oporteat ab eo qui vindicare nititur, non ab eo, qui se iuste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti probationum necessitas imponenda est, praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.*

(129) “*Et est sciendum quod rei vindicatio aliquando datur directa, aliquando directa utilite, aliquando utilis directo, aliquando utilis utilite*”. Così scriveva, come si trattasse di uno scioglilingua, Cino da Pistoia. Si veda A. SCIUMÈ, voce *Rivendicazione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1989, XLI, p. 36, nota 50.

(130) Per rappresentare la astrusità della prova richiesta al rivendicante, si possono elencare le formule escogitate come sinonimi della *probatio diabolica*: *dominium difficilis admodum probationibus esse norunt omnes; dominium est difficilis probationis; dominium difficilis esse probationis omnes scribentes ubique tenent; dominium cuius probatio difficillima est*. Per l’indicazione degli autori rinvio a A. SCIUMÈ, voce *Rivendicazione (dir. interm.)*, cit., p. 38.

(131) L’espressione *veteris iuris definitio*, nel linguaggio delle cancellerie imperiali, assume il significato di regola giuridica dell’antico ordinamento. Normalmente nelle costituzioni imperiali si legge di *antiqui* o di *veteres* o di *antiqua regula* o di *veteris iuris* o di *iureconsulti* o di *legum conditores* sempre in stretto rapporto al *definire* o alla *definitio*. Il significato di tutte queste espressioni è proprio quello di *regula iuris antiqui*. Sulla questione si veda B. ALBANESE, *Definitio periculosa, un singolare caso di duplex interpretatio*, ora in *Scritti giuridici*, Palermo, 1991, I, p. 777.

(132) Il catalogo dei poteri contenuti all’origine nella nozione di *patria potestas* è certificata, ancora al tempo di Gaio, dalle diverse funzioni assolve dalla cerimonia della *mancipatio*: matrimoniale, testamentaria e traslativa, solo per elencare le sue applicazioni più importanti. La *mancipatio* venne sicuramente annoverata tra le *legis actiones*. In epoca antica tutti gli atti contenenti *verba sollemnia* esprimenti una *vindicatio* erano inclusi nel *lege agere*. Per i riferimenti si rinvia a B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 15, nota 25.

(133) Gai, *Inst.* 2, 102: (...) *is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat* (...). Nel medesimo significato si può del pari citare l’*actio familiae erciscundae* che per i giuristi romani equivaleva ad *actio de hereditate dividenda*. Per le citazioni di altre numerose ipotesi nelle quali il termine *familia* si riferisce al complesso dei beni corporali di una persona, rinvio a B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 49, nota n. 70.

(134) Per la dimostrazione dell’assunto, sul quale non ho alcuna competenza, rinvio a M. MARRONE, *L’effetto normativo della sentenza (corso di diritto romano)*, Palermo, 1975, pp. 76 ss.

(135) D. 41,2,1 (Paul. 54 ad ed.) *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit; quam Graeci κατοχην dicunt. Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderit. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.*

Sugli aspetti storiografici e sulle probabili interpolazioni del brano, si vedano le considerazioni di G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto uti possidetis*, cit., p. 102, nota n. 288.

(136) Sul tema rinvio alla precedente nota n. 11.

(137) B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 92.

(138) D. 41,3,1 (Gai 21 ad ed. prov.) *Bono publico usucapio introducta est, ne (...) diu et fere semper incerta dominia essent.*

(139) Si veda il riferimento contenuto nella precedente nota n. 124.

(140) L’acquisto a titolo originario non si concretizza solo con la usucapione, ma anche nelle altre ipotesi che, pur sempre collegate con il possesso, sono descritte nel brano di Paolo riportato nella precedente nota n. 135.

(141) G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto uti possidetis*, cit., p. 106.

(142) Il termine *praescriptio* non ha nessuna relazione con il medesimo termine che compare nel processo formulare romano, ma corrisponde a *παράγραφε* che nei diritti greci indica ogni mezzo processuale di difesa del convenuto.

(143) V. GIUFFRÈ, “Necessitas probandi”, *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, cit., p. 162.

(144) B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 124.

(145) Si tratta di una opinione diffusa, ma, come è stato dimostrato analizzando le massime della Cassazione per oltre un cinquantennio, anche errata. Si vedano al riguardo le riflessioni conclusive svolte da G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 157 ss.

(146) Mi permetto di richiamare l'attenzione su quanto scritto prima in corrispondenza della precedenti notte nn. 64 e 65.

(147) A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, cit., p. 173.

(148) P. GROSSI, voce *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 251.

(149) Per i riferimenti si veda la precedente nota n. 124.

(150) G. AMENTA, *La prova nell'azione di rivendica*, cit., pp. 169 ss.

(151) In senso contrario A. NATUCCI, *Rivendica e "probatio diabolica"*, cit., p. 527; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 936, il quale così testualmente annota, portando a modello le esperienze inglese e francese. Il convenuto "dovrà mostrare anch'esso un titolo giustificativo della sua situazione possessoria, perché, ove egli non produca alcun titolo, qualsiasi titolo sfoggiato dall'attore risulterà automaticamente migliore del suo".

"La pressi sembra assegnare al convenuto un ruolo attivo con onere di contestare volta a volta" le affermazioni dell'attore: S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 834.

(152) In senso decisamente contrario B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 664; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 994.

(153) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 927; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 968, nota n. 97.

(154) R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 20.

(155) Sulla questione mi permetto di rinviare a C. ARGIROFFI, *Causa ed effetti reali del contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* a cura di L. VACCA, Torino, 1995, pp. 427 ss.

(156) È opportuna, come ci insegnano gli specialisti, qualche precisazione sull'uso moderno di questi aggettivi in riferimento alle varie generazioni dei giuristi romani. L'aggettivo "classico" si riferisce alla eccellenza dei giuristi del Principato e delle loro opere. "Tuttavia, non sarebbe corretto interpretare i termini *preclassico* e *postclassico* in senso svalutativo: quasi che, ad esempio, l'opera dei giuristi repubblicani debba ritenersi meno importante di quella dei giuristi del Principato; o che il diritto dell'età imperiale tarda, e quello giustiniano, debbano considerarsi corrotti rispetto a quello delle epoche precedenti". Così testualmente B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, cit., p. 18, nota n. 12.

(157) B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 229.

(158) M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 467.

(159) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 895.

(160) Così testualmente R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., pp. 15 e 361.

In senso parzialmente conforme A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 895. Lo scrittore configura tre ipotesi di concorso tra rimedi *ex proprietate* e tutela aquiliana. Una prima ipotesi, piuttosto rara, consente al proprietario di scegliere liberamente il ricorso a una delle due tutele. Una seconda ipotesi, piuttosto frequente nell'insegnamento della giurisprudenza, esclude il concorso e concede il rimedio *ex art. 2043* solo quando risulta estinto il diritto di proprietà. La terza ipotesi, chiamata anche della tutela compensativa della proprietà, ricorre quando il proprietario non può ottenere altro che un ristoro monetario, il quale non è condizionato dai requisiti dell'illecito, non è esperibile contro l'autore dell'illecito, né vede come legittimato attivo la vittima dell'illecito.

Parla di “nebbie che avvolgono i confini tra rimedi restitutori e risarcimento”, A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 273.

(161) “Va escluso, comunque, il suo carattere traslativo o derivativo”: così M. PARADISO, *L'accessione al suolo* (artt. 934-938), in questo *Commentario*, Milano, 1994, p. 55. In senso conforme C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 349. Scrive di condotte produttive di effetti espropriativi per il *dominus* A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 268.

(162) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 913; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 961.

(163) M. PARADISO, *L'accessione al suolo* (artt. 934-938), cit., p. 221.

(164) “Il principio di attrazione reale della proprietà della cosa principale risponde ad un’elementare esigenza di economicità giuridica, cioè l’esigenza di salvaguardare il razionale godimento del bene, pregiudicato dalla concorrenza di diritti altrui su singole porzioni del bene stesso”. In questo modo, pienamente convincente, si è espresso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 350.

(165) R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 366; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 356; R. CATERINA, *Il possesso*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 427.

(166) In senso contrario si esprime A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 911. Il quale così osserva: “ciò è inconsequenziale, poiché la conseguenza dell’accertamento può ben essere la *litis aestimatio* come avveniva nel diritto romano”. La motivazione non può essere condivisa se è vero, come è vero, che i giuristi romani hanno discusso per secoli sull’elenco dei soggetti convenibili con l’azione petitoria in quanto potevano essere identificati solo in coloro che avevano la possibilità di restituire la cosa rivendicata. Al riguardo non bisogna poi dimenticare che nella formula della *rei vindicatio* la condanna al pagamento della *litis aestimatio* era subordinata all’evento della mancata restituzione della cosa controversa. La *litis aestimatio* corrispondeva al valore della cosa (*quanti ea res est*). La determinazione del suo valore era di regola affidata all’attore il quale procedeva mediante giuramento (*ius iurandum in litem*). “Al riguardo è naturale pensare che l’attore, pur sotto il vincolo del giuramento, sarebbe andato al di là del valore medio di mercato della cosa rivendicata; quanto meno perché, magari inconsciamente, sarebbe stato guidato da criteri di valore affettivo. Il *iudex*, dal canto suo, avrebbe poi condannato nel *quanti ea res est*, secondo la stima fattane dall’attore con *ius iurandum*”. Così testualmente M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, cit., p. 19.

Sotto questo profilo mi prego di continuare ad appartenere alla categoria, biasimata da Gambaro (*op.cit.*, p. 913), di coloro che risultano ancorati al dogma della funzione necessariamente restitutoria della rivendica, anche per il diritto romano.

(167) Sono convincenti i motivi di interesse sociale indicati, a giustificazioni dell’usurpatore, da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 919. “Non si deve dimenticare infatti che una tutela solo per equivalente monetario cancella la funzione della proprietà come contenitore delle libertà individuali; ma che, d’altra parte, una tutela di carattere restitutorio inibisce le attività dei non proprietari disincentivando quindi il dinamismo sociale”.

In senso conforme, ma accentuando il parallelismo con l’azione di arricchimento L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, I rimedi generali*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 967.

La tutela della proprietà trova una smentita nelle vicende disciplinate dagli artt. 935 e ss. “Proprio queste norme, d’altra parte, hanno fornito elementi a chi ha tentato di accreditare l’esistenza di un principio generale secondo cui l’iniziativa connotata dalla buona fede sarebbe favorita pure quando violi il diritto altrui”. Così si è espresso A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 272.

(168) “Si è più volte osservato che la fattispecie dell’art. 937 c.c. presenta una serie di punti di contatto con quella dell’art. 2038 c.c.”. A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 302, nonché pp. 285 ss.

(169) Tutte le conseguenze della responsabilità del possessore di cose altrui, quali ad esempio la restituzione dei frutti e il rischio del perimento, “sarebbero cumulabili con l’obbligo del risarcimento del danno discendente dalla norma generale sull’illecito (2043 cc)”. Così si esprime C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 781. Le contrarie indicazioni del prof. Sacco, continua l’autore (*op. cit.*, p. 782) “appaiono incoerenti là, dove attribuiscono alla disciplina del possesso ora funzione integrativa ora funzione sostitutiva della disciplina dell’illecito. Occorre piuttosto considerare che il possesso di cosa altrui è una situazione dannosa che obbliga al risarcimento se è illecito il fatto che l’ha prodotta. Deve allora escludersi l’illecito se il possesso deriva dall’indebito, che per definizione è un fatto non illecito”.

(170) In questo senso e con argomenti ben convincenti si è espresso A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 933 s. Vanno poi considerate con la massima attenzione le puntuali riflessioni

critiche svolte dall'autore (*op. loc. ult. cit.*) sull'obbligo risarcitorio parametrato in teoria sul valore di mercato che spesso si basa su alchimie pseudo logiche. In generale, sulla obbligazione di consegna, si veda U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, pp. 148 ss.

Interessante, anche se poco persuasiva, è, poi, la questione se la espressione *in mancanza*, in luogo di quella *non potendo* che compariva nel primo codice unitario, concretizzi la nascita una obbligazione facoltativa "caratterizzata appunto dalla facoltà per il debitore di sostituire all'unica prestazione dovuta un'altra prestazione, senza il consenso dell'altra parte". Così si esprime sulla questione che ha ricevuto ben scarsa attenzione, senza però prendere posizione, S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, cit., p. 58.

(171) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 764. L'autore aggiunge alcune precisazioni che a me riescono poco chiare. "Il possesso che legittima l'acquisto dei frutti può essere diretto o indiretto. Al possessore indiretto competono tuttavia solo i frutti civili. Al possesso deve equipararsi la detenzione autonoma. L'equiparazione, espressamente prevista dal codice tedesco, trova ragione nella medesima esigenza di tutela dell'aspettativa di chi in buona fede utilizza fruttuosamente la cosa".

(172) Sul tema si vedano le considerazioni di E. MOSCATI, *Mala fides superveniens non nocet? (per la rilettura di un dogma)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 333. In senso problematico, mi pare, A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 161.

(173) Si discute se tale equiparazione sia conseguenza della avvenuta conoscenza della lesione (potenziale) del diritto dell'attore che conviene in giudizio il possessore di buona fede o se sia, piuttosto, conseguenza della costituzione in mora derivante dalla domanda giudiziale. Per una accurata e documentata esposizione delle due diverse impostazioni si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 769.

(174) A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 367.

(175) Per le citazioni da ultima S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 817, nota n. 20.

(176) Per riferimenti più precisi rinvio a U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, cit., p. 151.

(177) M. AMBROSOLI, *I diritti reali e la responsabilità extra contrattuale*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 1039.

(178) Per le indicazioni delle prime sentenze che avviarono il filone si veda R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 365, nota n. 27.

(179) In riferimento alle due norme nelle quali si intrecciano regole attinenti alla circolazione *mortis causa* con atti *inter vivos*, si vedano le riflessioni contenute in A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., pp. 227 ss. e 235 ss. Da ultimo R. CATERINA, *Il possesso*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 433.

(180) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 897.

(181) Almeno su questo punto non pare ci sia contrasto con A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 104.

(182) In senso conforme S. FERRERI, voce *Rivendicazione (dir. vig.)*, cit., p. 58, la quale aggiunge che "su questo punto la legislazione attuale ha un contenuto più esplicito di quella previgente regolando, fra l'altro, la possibilità di cumulo fra l'azione già intentata nei confronti del primo possessore e quella intrapresa contro chi gli è succeduto". Faccio questa citazione perché, come vedremo meglio in seguito, non riesco a comprendere come la stessa scrittrice possa (*Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 817, nota n. 20) "sorvolare sulla questione che ha provocato un certo dispendio di energie in Italia del rapporto tra (...) rivendica e ripetizione". Non bisogna sottovalutare la circostanza che a me sembra decisiva e in base alla quale, a differenza della rivendica, l'attore in ripetizione non può agire contro il terzo subacquirente.

(183) Lo smarrimento di cosa determinata può equipararsi ad una impossibilità parziale nel caso in cui non è possibile provarne il perimento: sulla questione rinvio a U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, cit., pp. 468, 746 ss.

(184) Occorre prendere atto che esistono questioni sulla rivendica che hanno appassionato gli studiosi del processo civile, ma che sfuggono alla attenzione dei civilisti: per l'approfondimento di tali profili si veda di recente B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 667 ss.

(185) “Il proprietario che voglia reclamare, oltre al valore della cosa, il risarcimento del danno da illecito dovrà proporre la relativa domanda”: così testualmente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 425, nota n. 34. D'altra parte, annota poi l'autore (*op. ult. cit.*, nota n. 37), “poiché l'azione di rivendicazione ha per oggetto la restituzione della *eadem res* (...), nel caso in cui la cosa sia venuta a mancare per distruzione della stessa o per altra causa, già prima del processo, è esperibile soltanto l'azione personale o di risarcimento dei danni diretta ad ottenere il valore pecuniario della cosa”. In senso conforme, da ultimo L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 998.

(186) Per tutti R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 358; R. CATERINA, *Il possesso*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 433.

(187) In senso contrario, ma senza spiegazioni, L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 998; nonché con motivazioni fondate sull'opinione prevalente A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., pp. 166 ss.

(188) In senso decisamente contrario, da ultima, S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 817.

(189) “Tali particolarità non sono sfuggite alla dottrina più attenta”. Così annota A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 107, nota n. 28.

(190) Per spiegare il motivo per cui l'art. 2037 c.c. accolla all'*accipiens* il rischio economico per il perimento fortuito della cosa, da tempo si è cercato, con risultati a mio avviso poco convincenti, di importare dalla Germania la cosiddetta teoria del saldo. Sulla questione si veda da ultimo A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., pp. 351 ss.

Spiega in modo diverso la responsabilità per il fortuito stabilita dall'art. 2037 c.c. a carico dell'*accipiens*, A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 106, nota n. 27. L'autore pone per prima cosa una netta demarcazione tra l'obbligazione restitutoria derivante dall'indebito e quelle scaturenti dalle ipotesi contrattuali quali, ad esempio, dal comodato, dal deposito e dalla locazione. Per contro, prosegue l'autore, “l'*accipiens indebiti*, che è per lo più possessore della cosa e quindi si comporta come un proprietario, è obbligato a restituirla per il fatto di averla ricevuta senza diritto (indebitamente) onde la consapevolezza di tenerla e di comportarsi come un proprietario senza averne diritto è motivo di accollo del rischio del perimento fortuito della cosa”. Se non mi inganno, questa argomentazione riceve una evidente smentita dalla lettera dell'art. 948 c.c. che, come è noto, libera il possessore soccombente dall'obbligo restitutorio e dal conseguente risarcimento, se la perdita del possesso non deriva da fatto proprio del convenuto. Non credo che la storia millenaria dell'azione di rivendica possa, sul punto della identità dei due protagonisti, essere messa in dubbio. Devo infine notare che per Nicolussi (*op. cit.*, p. 121, nota n. 42), ai sensi del secondo comma dell'art. 2037 c.c. occorre “tener conto del fatto che, in caso di danneggiamento imputabile, il *solvens*, oltre alla restituzione, può contare altresì sul risarcimento del danno”. Confesso di avere letto più volte la disposizione citata e di non avere trovato traccia di quanto asserito dall'autore. Forse disponiamo di due versioni diverse del medesimo codice.

Successivamente l'autore (*op. cit.*, p. 179) mostra, se non sbaglio, adesione a quella opinione “secondo cui la restituzione del valore rientrerebbe in una nozione in senso lato di risarcimento, donde l'idea di una illiceità della condotta lesiva”. In conclusione (*op. cit.*, p. 182) per lo scrittore citato, “l'art. 2037 c.c. sembra quantomeno alludere alla responsabilità proprio dove la esclude per l'*accipiens* di buona fede”. In definitiva, aggiungo e concludo la disputa, non riesco a comprendere il vero motivo in base al quale il Nicolussi non prende mai in esame la disposizione dell'art. 948 c.c.

(191) “Compulsando le norme se ne trae la conferma. Nel caso di mala fede gli artt. 935, 937 e 2037 c.c. prescrivono di calcolare l'obbligo in relazione al valore. In caso di buona fede dovrebbe prevalere, invece, la concezione patrimoniale dell'arricchimento, così come emerge dal combinato disposto degli artt. 2037, ult. co., 936, 1150, 944 cc.” Così si esprime testualmente, trovandomi pienamente d'accordo, A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 578.

(192) Per un esauriente e aggiornato indice delle citazioni, rinvio a A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., pp. 54 ss.

(193) Sulle scelte teoriche sottese a queste terminologie, si vedano le interessanti riflessioni di G. VISENTINI, *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218-1222)*, in questo *Commentario*, Milano, 2006, pp. 349 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, cit., pp. 470 ss.

Gli interpreti del *code*, sulla scorta del loro art. 1148, continuano a identificare la *causa non imputabile* con la *causa estranea*, o meglio, “*la cause étrangère*”. G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil suos la direction de J. Ghestin*, vol. IV, Paris, 1982, pp. 577 ss.

(194) Il concetto di caso fortuito e quello correlato di forza maggiore sono estranei alle fonti romane; sono, però, nozioni elaborate dalla pandettistica tedesca sulla casistica offerta dall'opera di Giustiniano. Si vedano al riguardo le

osservazioni di L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 1073 ss.

(195) Perviene alla medesima conclusione circa la assoluta inconciliabilità dell'indebito con la normativa della responsabilità per inadempimento, sia pure sulla base di diverse argomentazioni, A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 106, nota n. 27. Per un inventario delle opinioni prevalenti si veda A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 350.

(196) "È questa una materia che più di qualsiasi altra esige un'analisi storica e casistica". Così si esprime testualmente U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, cit., pp. 635 ss., al quale si rinvia.

(197) L'obbligo di restituzione, in particolare quello di consegnare cosa certa e determinata, è, forse, l'unica categoria di obbligazioni suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, giusta la disposizione contenuta nell'art. 2930 c.c. Ciò significa che il comportamento del debitore adempie una funzione assai modesta, se non nulla, ai fini del soddisfacimento dell'interesse del creditore. Ciò significa ancora che l'inadempimento può concretizzarsi soltanto nella impossibilità sopravvenuta per perimento della cosa, e infine, che tale perimento è addossato al debitore quando è a lui imputabile in base ad un nesso di causalità oggettiva, indipendentemente ossia da qualunque esame sulla colpa del debitore o del suo atteggiamento psicologico. Sulla questione rinvio a M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, pp. 22 ss.

(198) Uno dei problemi più discussi è il coordinamento tra la nozione di impossibilità liberatoria (art. 1218) e la norma di cui all'art. 1176 c.c. che impone al debitore nell'adempiere un grado di diligenza rapportato a quella del buon padre di famiglia. Sul tema rinvio a U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, cit., pp. 468 ss.

(199) Circa i rapporti tra i due sistemi di responsabilità rimangono fondamentali le pagine di L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. comm.*, I, 1954, p. 289; *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. comm.*, 1956, II, pp. 360 ss.; voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1072.

(200) Il meccanismo della responsabilità per fatto illecito, così come questo è disciplinato dall'art. 2043 c.c., risulta incompatibile con la disciplina concreta della rivendica. A conferma della verità dell'assunto, a parte le precedenti riflessioni, si possono richiamare le articolate considerazioni formulate dal prof. Sacco che, a proposito dei danni cagionati dal possessore, conclude in questo modo (*Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, cit., p. 362): "abbiamo qui l'esempio di un fatto illecito che genera una sanzione diversa da quella prevista dall'art. 2043". D'altra parte, aveva premesso l'illustre scrittore (op. cit., p.358), la obbligazione restitutoria del possessore "potrà implicare deroghe agli artt. 1148 e ss. c.c. solo per far posto all'applicazione delle norme sulla ripetizione d'indebito (art. 2033 e ss.), che peraltro ricalcano gli artt. 1148 e ss. citati".

Prospetta una differenza di presupposti tra la rivendica e l'azione delittuale A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 913.

Secondo l'opinione espressa da Caterina (*Il possesso*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, cit., p. 433) pare che il legislatore abbia implicitamente escluso l'applicazione dell'illecito extracontrattuale nei confronti del possessore che deve restituire. "Bisogna ora accennare all'ipotesi che egli danneggi la cosa o la alieni efficacemente. (...) Sempre traendo ispirazione dall'art. 2038 c.c., sembra ragionevole ritenere che in caso di alienazione (...) il proprietario possa esigere, a sua scelta, il valore della cosa o il corrispettivo ricevuto. Si può ipotizzare che gli stessi principi si estendano al danneggiamento o alla distruzione della cosa". Non riesco a comprendere il motivo per cui alla distruzione della cosa da parte del possessore si dovrebbe applicare la norma che riguarda l'alienazione della cosa ricevuta indebitamente, e non l'art. 2037 c.c. previsto espressamente per il perimento della cosa.

(201) Lo si legge espressamente in F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, Milano, 1959, p. 324; per una critica a tale impostazione U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, cit., pp. 666 ss.

(202) In senso conforme si è espresso U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, cit., p. 484. Prospetta, invece, una inversione dell'ordine della prova G. VISENTINI, *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218-1222)*, cit., p. 416.

(203) "La limitazione all'arricchimento (...) della responsabilità dell'*accipiens* di buona fede costituisce testuale conferma dell'impossibilità di giustificare l'intero fenomeno alla luce delle regole risarcitorie previste in tema d'inadempimento delle obbligazioni". U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, p. 409. In senso parzialmente conforme, in riferimento alla tutela compensativa, si esprime A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 905.

(204) Si veda l'ampia bibliografia citata di recente da S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., p. 817, nota 20; B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 629.

(205) A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 87.

(206) Mi permetto di citare i miei (ormai non più recenti) scritti sul tema: *Sul concorso delle azioni di rivendicazioni e di ripetizione*, in *Riv. civ.*, 1976, II, p. 608; *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980; *Caducazione del contratto ad efficacia reale*, Napoli, 1984; *La rivendica del venditore*, in *Riv. civ.*, 1991, II, p. 1.

(207) Rimangono comunque ferme le perplessità che suscita la materia della pubblicità immobiliare in vicende, come quella possessoria, nelle quali il titolo gioca un ruolo assolutamente secondario. Per queste considerazioni rinvio sopra nel testo di questo commento, in corrispondenza delle precedenti note 78 e 79.

(208) Per la verità si tratta di una interpretazione assolutamente prevalente e pienamente convincente: per tutti, sul punto, si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., pp. 424 ss.

(209) Appare ovvio che la distruzione della cosa da parte di chi è obbligato a restituirla si presta ad una valutazione diversa e più complessa rispetto alla semplice attività di alienazione. “Ma pur cogliendo la differenza tra i profili lesivi l'autore non ne trae le conseguenze dovute”. Così testualmente si esprime A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 156. Sono io l'autore cui si fa riferimento nella citazione. Credo che la reciproca incomprendimento derivi dalla seguente circostanza, per me indecifrabile: in uno studio vasto e articolato dedicato al potere di disposizione risulta quasi ignorata la norma dell'art. 948 c.c. Se non sbaglio, l'unico riferimento alla disposizione della rivendica (*op. cit.*, p. 202) contiene brevi riferimenti all'art. 1153 c.c. e alla donazione.

(210) Per quel che vale è interessante, sotto il profilo dei rapporti intersoggettivi tra i protagonisti, rilevare che le tre relazioni presupposte ed esistenti nella vicenda petitoria, si ritrovano identiche nel caso, tra gli altri, della regola “possesso vale titolo”. Nell'art. 1153 c.c., a differenza della norma sulla rivendica che invece sorvola sui particolari del collegamento tra convenuto possessore e acquirente, vengono considerate dettagliatamente le relazioni tra l'alienante non proprietario e l'acquirente. Quest'ultimo poi, per divenire proprietario, deve ricevere la consegna del mobile dal proprio dante causa. Nella regola possessoria risultano appena abbozzate le relazioni che intercorrono tra il beneficiario della regola e il precedente proprietario del mobile che perde la titolarità del bene. Più esattamente si intuisce che deve mancare qualsiasi relazione tra i due, in quanto, dal punto di vista storico, il beneficio possessorio giova all'acquirente solo se è terzo, ossia non conclude alcun negozio, con il precedente titolare del mobile. Infine, nell'art. 1153 c.c., risultano del tutto ignorate le relazioni tra il precedente proprietario e l'alienante non titolare che vende al terzo di buona fede. In estrema sintesi le tre posizioni soggettive del proprietario, dell'alienante possessore e dell'acquirente sono del tutto identiche sia nella vicenda della rivendica, sia in quella del beneficio mobiliare: appaiono diversi le angolature esaminate e i temi delle discipline intersoggettive affrontate dalle due normative. Per ulteriori approfondimenti, mi permetto di rinviare al mio *Del possesso di buona fede di beni mobili (artt. 1153-1157)*, cit., pp. 62 ss.

(211) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 425, nota n. 33.

(212) Così si esprime da ultimo A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 350.

(213) Nel nostro ordinamento esistono tre categorie di acquisti *inter vivos*: a titolo originario, a titolo derivativo e quelli *a non domino*. Delle tre categorie, solo le prime due possono ambire a formare, sul piano della dogmatica giuridica, fenomeni comparabili e contrapponibili perché logicamente coerenti e compiuti. Al contrario quella denominata con la formula acquisti *a non domino*, nonostante i tentativi di alcuni autori, non può assumere i connotati di una categoria logica unitaria. Si tratta solo di un elenco di casi assolutamente diversi gli uni dagli altri. Per le ipotesi rientranti nella formula dell'acquisto dal non proprietario si deve ammettere che, se è vero che tutte le fattispecie normative ad essa riferibili sono riconducibili ad una medesima o almeno analoga finalità politica, risulta altrettanto vero che va scartata la possibilità di una trattazione unitaria che pretenda di assurgere a teoria unitaria logicamente strutturata. Al riguardo basta riflettere su una circostanza: esistono casi di acquisto *a non domino* che concretizzano un acquisto a titolo originario ed ipotesi che invece vanno annoverate tra gli acquisti derivativi. Tra i primi si possono menzionare la regola “possesso vale titolo” e la usucapione abbreviata, tra le seconde l'acquisto dall'erede apparente.

(214) “La buona fede è (...) persino in linea con la disciplina degli acquisti *a non domino* pure nella quale la tutela è misurata in base a questo elemento soggettivo”: così testualmente A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 90.

In tutti gli acquisti dal non titolare gioca sempre un ruolo essenziale la buona fede dell'acquirente; l'art. 2038 c.c., al contrario, ignora lo stato psicologico del terzo avente causa e si affida esclusivamente alla buona fede dell'alienante. Non mi pare quindi che la normativa sulla alienazione della cosa ricevuta indebitamente sia in linea con le costanti della disciplina degli acquisti *a non domino*.

(215) Sulle varie opinioni circa le conseguenze della scelta rimessa al creditore, in mancanza della restituzione in natura, si veda A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 349.

(216) Si discute se è configurabile una solidarietà tra l'*accipiens indebiti* e il terzo nei confronti di chi ha pagato l'indebitato: A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebitato*, cit., p. 351; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 117.

(217) In senso contrario l'opinione prevalente, la quale si può felicemente sintetizzare con le parole di A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 88. L'autore osserva che risultando evidente "la qualità di *non dominus*, di non legittimato dell'*accipiens indebiti* di cosa determinata, onde le alienazioni di chi si trovi in tale situazione si prestano bene a diventare un modello per una regola generale sul danno come lesione del potere di disposizione".

Si potrebbe controbattere che mentre la qualifica di *non dominus* è data direttamente ed espressamente attribuita dal legislatore nel caso del convenuto soccombente nell'azione di rivendica, la qualifica di *non dominus* dell'*accipiens indebiti*, oltre ad essere contraria alla storia concettuale della *condictio*, nel silenzio del codice appare solo come una opinione dottrinale, sia pure, occorre riconoscerlo, assolutamente maggioritaria.

(218) "Pur essendo legittime le pretese esercitate nei confronti del primo e del secondo convenuto, il proprietario non può realizzare un doppio risarcimento per il medesimo danno". Così si esprime incisivamente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 425.

(219) In senso contrario e con diversa motivazione si veda A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 118. Sicché, conclude l'autore, "quando il terzo paga al proprietario si eliminano in pari tempo sia l'arricchimento del terzo sia l'arricchimento del venditore". Con il che, aggiungo, non si riesce a comprendere il vero motivo per il quale l'art. 948 c.c. dispone in modo completamente diverso a vantaggio del proprietario che vuole ottenere dal terzo la restituzione del proprio bene.

(220) Al riguardo in dottrina si è avanzata l'ipotesi di essere davanti ad una surroga legale: U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di dir. priv.*, cit., pp. 772 ss.; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 88.

(221) A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., pp. 111 e 119.

(222) L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 176. In senso conforme si sono espressi, tra gli altri, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitato*, cit., p. 414; A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebitato*, cit., p. 350.

(223) Occorre ricordare, ripetendo cose già scritte, che se il proprietario vittorioso agisce nei confronti del terzo avente causa dal possessore soccombente, questa seconda azione non può che essere una nuova rivendica, il cui esercizio serve a recuperare in natura il medesimo bene oggetto della precedente iniziativa giudiziaria. Se l'attore delle due rivendiche non ottiene dal nuovo possessore la restituzione materiale della cosa, vuol dire che il convenuto è diventato *aliunde* proprietario. Comunque, a colui che ha esercitato vittoriosamente la prima rivendica, ma inutilmente la seconda, rimane pur sempre il valore monetario del bene e il risarcimento già corrisposti dal primo convenuto soccombente. Anche questo è il significato dell'ultima disposizione contenuta nell'art. 948 c.c.: *salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione*. Qualcosa di simile avrebbe dovuto disporre l'art. 2038 c.c., ove fosse nel vero l'opinione prevalente e se il codice non avesse dettagliatamente disciplinato l'atto traslativo intercorso tra l'*accipiens indebiti* e il terzo.

(224) Il riferimento all'art. 1153 c.c. non è causale o frutto di una mia stravaganza: come ho scritto alla precedente nota n. 210 il beneficio mobiliare prevede una sceneggiatura che si sviluppa con gli stessi protagonisti della vicenda rivendicatoria. Il proprietario del mobile (rivendicante) che vede vanificata la propria titolarità a favore del terzo di buona fede (nuovo possessore ex art. 948 c.c.); costui conclude un contratto idoneo al trasferimento della proprietà con *chi non è proprietario* (primo convenuto della rivendica) e che è lo stesso soggetto che lo immette nel possesso. Se la consegna del mobile il terzo acquirente non la riceve dal suo alienante, deve essere esclusa la sua buona fede. Mentre nella regola possessoria si indaga il rapporto giuridico tra l'alienante non proprietario e il terzo acquirente, ignorando l'obbligo restitutorio dell'alienante nei confronti di chi sta perdendo la titolarità del mobile, nella norma sulla rivendica si approfondisce solo quest'ultimo profilo, ignorando l'altro profilo intersoggettivo dettagliatamente disciplinato dall'art. 1153 c.c. Comunque, in ordine al bene, le posizioni sostanziali dei tre protagonisti, in entrambe le fattispecie, sono identiche.

(225) M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 572; C.M. BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1969. I, p. 535; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 21; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitato*, cit., p. 93; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, p. 627.

(226) Le norme immediatamente successive all'art. 1153 c.c. non sono mere applicazioni del beneficio mobiliare. Per brevità accenno solo ad uno degli articoli che seguono la disposizione sulla usucapione istantanea. La *erronea credenza* dell'art. 1154 c.c. non salva l'acquirente che conosce la illegittima provenienza del mobile. Per converso il terzo, anche se in mala fede, non viene pregiudicato, ma conserva il suo diritto conseguito in forza dell'art. 1376 c.c., se

un possessore intermedio o il suo diretto dante causa sia effettivamente divenuto proprietario. Per ulteriori approfondimenti mi permetto di rinviare al mio *Del possesso di buona fede di beni mobili (artt. 1153-1157)*, cit., pp. 181 ss.

(227) Normalmente per designare, nel panorama dei diversi sistemi traslativi della proprietà in conseguenza del contratto, la regola contenuta nell'art. 1376 c.c. si suole denominare con l'espressione *principio consensualistico*. Si veda in questo senso, per esempio, F. GALGANO, *Degli effetti del contratto, artt. 1372-1386*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 113. Al riguardo sono convinto che il termine *consensualistico* non corrisponde al tenore della norma dedicata, come si legge sua nella rubrica, al *contratto ad effetti reali*. Quella formula, che fonda sul consenso il trasferimento, è quantomeno equivoca sotto il profilo storico.

(228) In senso contrario si esprime A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 91. "Quanto all'elemento soggettivo, la buona fede è sintomatica della scelta restitutoria e oltretutto persino in linea con la disciplina degli acquisti *a non domino* pure nella quale la tutela è misurata in base a questo elemento soggettivo". Proseguendo con quanto già scritto nella precedente nota n. 190, si rafforza un mio convincimento: io adopero una versione del codice diversa rispetto a quella utilizzata dall'autore citato.

(229) Per la dimostrazione dell'assunto mi permetto di rinviare a C. ARGIROFFI, *Caducazione del contratto ad effetti reali*, Napoli, 1984, pp. 113 ss.

(230) Sul concorso tra rivendica e ripetizione, a differenza delle opinioni prevalenti e di quella opposta da me professata che al riguardo ostentano comunque tante sicurezze, manifesta molti dubbi U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 484. "Sul punto l'ordinamento non offre elementi testuali degni di considerazione; e ciò, se non toglie ogni fondamento alla teoria del *concorso alternativo*, è sufficiente a negare che essa abbia il sicuro avallo dell'ordinamento positivo".

Sui rapporti tra *reivindicatio* e *condictio*, vanno poi segnalate le riflessioni di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 905. L'autore, in riferimento alla tutela compensativa, evidenzia che "sotto un profilo giuridico è (...) evidente l'analogia strutturale tra l'ipotesi di cui all'art. 940 c.c. e lo schema della *condictio ob rem*".

(231) Nella ipotesi dell'indebito si verifica qualcosa di simile di quello che accade per la cosiddetta tutela compensativa della proprietà. Questo tipo di tutela (si veda sopra il testo in corrispondenza della nota n. 168) si attiva quando non è più proprietario chi, avendo perso la materiale disponibilità della cosa, si vede riconoscere solo una indennità in luogo della restituzione della cosa. Tutto ciò si accompagna ad una conseguenza inevitabile e della massima importanza. La tutela compensativa, a differenza di quanto avviene per l'azione petitoria, non ammette difese alternative o il concorso di provvidenze cumulabili o la possibilità di iniziare percorsi giudiziari successivi.

Note al commento dell'art. 949.

(1) Si tratta di un'opinione molto diffusa: A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 940; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 1001; B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 672.

(2) Per i riferimenti rinvio a S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 29, nota n. 8.

(3) La vaghezza della norma fa correre il rischio di interpretazioni e di insegnamenti che si collocano fuori dai confini della ragionevolezza. Questo ha esattamente osservato A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 898. L'autore poi riporta un esempio di fattispecie concreta per dimostrare le conclusioni paradossali che si possono trarre al riguardo. "Se il mio vicino è uso gettare spazzatura sul mio balcone urlando che lo fa in quanto lo considera di sua proprietà", si potrà agire con un'azione reale e imprescrittibile. "Ove invece l'immondizia sia lanciata con regolarità, ma nottetempo e senza pretese giuridiche, potrà agire solo con un'azione prescrivibile", a patto di avere identificato l'autore dell'illecito e con l'onere aggiuntivo della prova del suo dolo o della sua colpa ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Nella sua funzione risarcitoria l'azione negatoria non è facilmente distinguibile dalla normale responsabilità per fatto illecito. Sulla differenza tra le turbative contro cui si reagisce con l'azione petitoria e quelle contrastabili con l'azione delittuale, si vedano i riferimenti bibliografici indicati da S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., p. 44, nota n. 50 e (per la giurisprudenza) p. 28, nota n. 5.

(4) "Con il rimedio inibitorio si confonde spesso la riduzione in pristino delle opere fatte in esercizio del diritto vantato. Ciò è veniale: in realtà, una volta accertato che tale diritto non esiste, non vi è bisogno di ricorrere alla negatoria per condannare l'autore alla distruzione". A. GAMBARO, *Artt. 948-951*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da P. Cendon, III, Torino, 1991, p. 258.

(5) Tale presunzione sembra contestata da S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., p. 39.

(6) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 941.

(7) S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., p. 31.

(8) Anche se le ipotesi che autorizzano la richiesta di un provvedimento inibitorio appaiono simili, tanto nell'azione negatoria che nelle azioni nunciatricie, l'accertamento dell'azione petitoria sembra rivestire i caratteri della definitività che non sono riscontrabili, invece, nelle procedure cautelari che presuppongono un successivo giudizio di merito.

(9) L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 1003.

(10) D. MARCHETTI, voce *Azione confessoria e negatoria (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, p. 844.

(11) *Si arbor in vicini fundum impendent, quindecim pedes altius sublucator. Si glans in emem caduca siet, domino legere ius esto.*

(12) Per un loro elenco, con le relative citazioni della compilazione giustiniana, si veda M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, pp. 407 ss.

(13) Fino al II secolo a.C., le tre antiche forme della *via*, *actus* e *iter*, secondo l'opinione prevalente dei romanisti, avrebbero comportato per il loro titolare una specie di appartenenza proprietaria della striscia di terreno ove si esercitava il passaggio. In senso diverso si veda A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, Milano, 1981, pp. 16 ss.

(14) Sulla questione non abbiamo attestazioni specifiche nelle fonti: "è probabile che chi affermava quella pretesa, in età assai antica, (...) avrà pronunciato una *vindicatio* di questo tipo: *hoc ego iter per fundum Cornelianum ex iure quiritium meum esse aio, etc.*, e identica sarà stata la contrapposta *vindicatio*. Solo in età progredita, crediamo, la *vindicatio* sarà stata diversa, probabilmente con riferimento alla pertinenza di un *ius* (*eundi, agendi, aquae decendae etc.*); e la *contravindicatio* avrà ceduto il posto ad una negazione della *vindicatio* avversaria". Così B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, p. 88.

(15) L'azione a difesa delle servitù solo nel diritto giustiniano assume la denominazione di *confessoria*: A. CORBINO, voce *Servitù* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, p. 260.

(16) Si discute al riguardo se si tratta di due azioni distinte o della medesima azione: di *actio negativa* scrive Gaio nelle sue Istituzioni (4, 3). Sulla questione si veda A. PEZZANA, voce *Azione confessoria e negatoria* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, p. 839.

(17) La legittimazione attiva spetta anche al comunista e al condomino. Anche l'usufruttuario è legittimato ad esperire l'azione negatoria, però il nudo proprietario diviene litisconsorte necessario, vista la inutilità della sentenza resa in sua assenza. Sono legittimati anche l'enfiteuta e il titolare di uso o di abitazione ed anche il concessionario di un bene pubblico. Sulla questione si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 428.

(18) Gli specialisti del diritto romano discutono di un'altra azione chiamata *prohibitoria* che probabilmente fu introdotta da Giustiniano e i cui contorni non risultano ben delineati rispetto alla *negatoria*. Sull'argomento rinvio a A. PEZZANA, voce *Azione confessoria e negatoria* (*dir. rom.*), cit., p. 840.

(19) Nel medesimo senso si veda da ultima B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., pp. 643 e 673.

In senso contrario C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 426. L'autore citato scrive testualmente: la nostra "è un'azione a difesa della proprietà volta a far dichiarare l'inesistenza di diritti reali affermati dai terzi sulla cosa e a far cessare le eventuali turbative o molestie che manifestino l'esercizio di tali diritti". L'illustre scrittore così prosegue (*op. cit.*, p. 429): "legittimato passivo è chiunque affermi un diritto reale sul bene dell'attore o sia autore di ingerenze sul presupposto della titolarità di un diritto reale".

(20) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 429. L'autore però avverte che "in tal senso non vi è un'espressa indicazione del codice".

(21) Per le citazioni rinvio a S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., pp. 40 ss.

(22) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 883. Sulla questione si vedano le interessanti riflessioni svolte da E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del "conflitto tra fondi")*, cit., pp. 177 ss.

(23) In questo senso S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., p. 38, alla quale si rinvia per esaurienti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

"Infatti, la negatoria, a differenza della rivendica, è esperita dal proprietario che non ha perduto il possesso del bene, non essendoci stata una dissociazione tra titolarità e possesso": così testualmente si è espresso L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 1009. In senso conforme si era in precedenza espresso A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 945.

(24) Questa ipotesi riporta indietro l'orologio della storia, quando, prima dell'uso della terminologia dell'azione *confessoria* per indicare le azioni petitorie a tutela dei diritti reali minori, l'azione negatoria si contrapponeva, come immagine speculare, alle *vindicationes* dei vari *iura in re aliena*. L'azione *negatoria*, oggi sicuramente esercitabile contro un sedicente titolare di un diritto di pegno, non si pone di fronte concettualmente alla azione *confessoria* esercitabile dal creditore che ha perduto il possesso della cosa ricevuta in pegno, ma, come si legge nella rubrica dell'art. 2789 c.c., alla *rivendicazione della cosa da parte del creditore pignoratizio*.

(25) A questo punto cito soltanto due tra i tanti autori che si sono occupati, per ultimi, della questione: B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 673; S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., p. 39.

Note al commento degli artt. 950 e 951.

(1) “È molto dubbia l’opportunità di riservare uno spazio autonomo a simile azione”. Così A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 956; nonché, in senso conforme C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 441; B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 679.

(2) C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 435.

(3) S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., p. 45.

(4) L. MAGANZANI, *Rivendica e regolamento di confini. Una distinzione problematica*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 475.

(5) Si tratta di un’opinione diffusa: per le citazioni si veda E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del “conflitto tra fondi”)*, cit., p. 163, nota n. 4.

(6) Per un esame delle diverse *controversiae agrorum* rinvio a L. MAGANZANI, *Rivendica e regolamento di confini. Una distinzione problematica*, cit., pp. 482 ss.

(7) B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, pp. 104 ss.

(8) *Gai, Inst. 4, 42. “Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare: veluti si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum”.*

(9) L. MAGANZANI, *Rivendica e regolamento di confini. Una distinzione problematica*, cit., p. 492.

(10) Si tratta di un giudizio da condividere, così come è testualmente enunciato da E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del “conflitto tra fondi”)*, cit., p. 170.

(11) W. BIGIAVI, *Regolamento di confini e rivendica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 244.

(12) Per un esame approfondito e per le citazioni si vedano S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., pp. 45 s., note n. 54 e 55; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., pp. 1017 ss.

(13) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 948.

(14) Perviene alla medesima conclusione E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del “conflitto tra fondi”)*, cit., pp. 181 ss.

(15) “Le radici di questo orientamento affondano in un equivoco che la dottrina più attenta ha già chiarito”. Così si esprime S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., p. 52. In senso sostanzialmente conforme L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà, Le azioni petitorie*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro-U. Morello, I, cit., p. 1026; B. ZUFFI, *Le azioni a difesa della proprietà*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di R. Conti, cit., p. 678.

(16) La inusucapibilità di cose rubate (XII tab. 8,17) di cui non conosciamo i dettagli formali, la apprendiamo da Gaio (*Inst.*, 2,45) “(...) *nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet (...)*” e (*Inst.*, 2,49) “(...) *vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse (...)*”. Ai verba decemvirali erano probabilmente ispirate le parole della legge Atinia del II secolo a C.: “*quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*”.

(17) Sulle difficoltà interpretative cui dà luogo XII tab. 6,4 rinvio a B. ALBANESE, *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6, 3 secondo la testimonianza di Cicerone*, ora in *Scritti giuridici*, cit., pp. 492 ss.

(18) Appaiono interessanti le riflessioni svolte sull’argomento, in riferimento ai giuristi italiani e francesi del secolo scorso, da E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del “conflitto tra fondi”)*, cit., p. 165, nota n. 7.

(19) A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 955; S. FERRERI, *Le azioni petitorie minori: negatoria e regolamento di confini*, cit., p. 51.