



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “MEDITERRANEA”  
DI REGGIO CALABRIA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA  
XXXII CICLO**

---

**LO *IUS COMMUNE EUROPAEUM* SULLA PROPRIETÀ  
COME BASE PER LO SVILUPPO DI UNA NORMATIVA  
EUROPEA DI ARMONIZZAZIONE.**

Tesi di Dottorato del  
dott. Giovanni VOTANO

Relatore  
Ch.mo Prof. Giovanni D'AMICO

Coordinatrice  
Ch.ma Prof.ssa Carmela SALAZAR

---

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

*A mia madre.*

## Indice.

Introduzione.....	1
Capitolo I. La competenza normativa dell'Unione Europea in materia di proprietà.	
Sezione I. Il sistema nazional-europeo delle fonti del diritto.	
§ 1. Premessa metodologica.....	5
§ 2. Il diritto di proprietà nel sistema giuridico nazional-europeo: una disciplina strutturata su più livelli.....	7
§ 3. Le fonti del diritto europeo e il loro rapporto con le fonti nazionali.....	11
§ 4. Le competenze normative dell'Unione europea.....	18
§ 5. Una nuova piramide delle fonti del diritto.....	19
Sezione II. I fondamenti giuridici di una disciplina europea della proprietà.	
§ 6. Una normativa europea sulla proprietà: prospettiva <i>de iure condito</i> . L'art. 345 TFUE come ostacolo per un intervento dell'Unione europea.....	23
§ 6.1. (Segue). Un'indagine del dato testuale.....	24
§ 6.2. (Segue). L'interpretazione sistematica del dato normativo.....	26
§ 6.3. (Segue). L'interpretazione storica: un'indagine dei lavori preparatori.....	27
§ 6.4. (Segue). Le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza.....	29
§ 6.5. (Segue). La normativa europea di rango "costituzionale" sulla proprietà: l'art. 17 della Carta di Nizza come "ritorno al passato"?.....	31
§ 6.6. (Segue). Le direttive 93/7/CEE e 2014/60/UE sulla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro.....	37
§ 6.7. (Segue). La direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.....	38
§ 6.8. (Segue). Il Regolamento 1346/2000/CE sulle procedure di insolvenza transfrontaliera.....	39
§ 6.9. (Segue). La Direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria.....	40
§ 6.10. (Segue). L'armonizzazione del diritto successorio e la sua incidenza sui sistemi nazionali dei diritti reali.....	42
§ 6.11. (Segue). L'armonizzazione della normativa in materia di regimi patrimoniali tra coniugi.....	47
§ 7. Una normativa europea sulla proprietà: prospettiva <i>de iure condendo</i> .....	50
§ 8. L'esigenza di rivalutare il riparto delle competenze normative in materia di proprietà tra Unione europea e Stati membri.....	52
§ 9. Avvio dell'indagine sul concetto "europeo" di proprietà, contro la deriva dei concetti.....	53

Capitolo II. Analisi intra-sistemica. Decostruzione dei sistemi nazionali di tutela del diritto di proprietà.

§ 1. Premessa metodologica.....	57
§ 2. La proprietà nelle due grandi famiglie di <i>common law</i> e <i>civil law</i> : problemi di comprensione e comunicazione.....	57
§ 3. Indagine storico-comparativa: dallo <i>ius commune</i> europeo ad un punto di (irrimediabile?) rottura.....	59
§ 4. Il concetto di “ <i>Eigentum</i> ” nel sistema giuridico tedesco. Dal diritto germanico alla “Recezione” del diritto romano.....	61
§ 4.1. (Segue). La concezione “romanistica” della proprietà nel <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (BGB).....	65
§ 4.2. (Segue). Le eredità della tradizione germanistica.....	69
§ 4.3. (Segue). Il concetto costituzionale di “ <i>Eigentum</i> ”.....	71
§ 5. La “ <i>propriété</i> ” nel sistema giuridico francese.....	74
§ 5.1. (Segue). La proprietà nel <i>Code Napoléon</i> .....	78
§ 5.2. (Segue). Le incertezze sull’oggetto della proprietà e la riemersione della concezione germanistica.....	82
§ 6. La “ <i>property</i> ” nella tradizione di <i>common law</i> .....	84
§ 6.1. (Segue). La <i>real property</i> e l’adesione alla tradizione germanistica.....	87
§ 6.2. (Segue). La rilevanza della dimensione temporale.....	89
§ 6.3. (Segue). La <i>personal property</i> e la concezione germanistica come elemento invariante.....	93
§ 7. La proprietà nell’area scandinava.....	95
§ 7.1. (Segue). Il “diritto di accesso alla natura”: un modello per una disciplina europea dei “beni comuni”?.....	98
§ 8. Chiusura dell’analisi intra-sistemica ed avvio dell’indagine trans-sistemica...	103

Capitolo III. Analisi trans-sistemica. Armonizzazione degli elementi strutturali del diritto di proprietà.

§ 1. Premessa metodologica.....	107
§ 2. Il concetto “europeo” di proprietà.....	108
§ 3. Profili generali. La proprietà “europea” come diritto assoluto.....	110
§ 3.1. (Segue). Il principio del <i>numerus clausus</i> dei diritti reali.....	118
§ 3.2. (Segue). Il principio della trasparenza.....	124
§ 3.3. (Segue). La proprietà conformata in funzione dell’interesse generale.....	125
§ 3.4. (Segue). I rimedi a protezione del diritto di proprietà.....	130

§ 4. Profili soggettivi del diritto europeo sulla proprietà.....	132
§ 4.1. (Segue). La proprietà nell'interesse altrui. Il <i>trust</i> .....	133
§ 5. Profili oggettivi del diritto europeo sulla proprietà.....	139
§ 5.1. (Segue). Il concetto di “cosa” nei codici civili europei e nella tradizione di <i>common law</i> .....	144
§ 5.2. (Segue). Le categorie fondamentali per una teoria generale dell'oggettività giuridica in chiave europea: oggetti, beni, cose.....	148
§ 6. Chiusura dell'analisi trans-sistemica ed avvio dell'indagine sull'armonizzazione delle regole operative del diritto di proprietà.....	157

#### Capitolo IV. Armonizzazione dei singoli statuti proprietari.

§ 1. La proprietà mobiliare.....	161
§ 2. Le regole sul trasferimento della proprietà mobiliare.....	162
§ 2.1. (Segue). Il sistema francese.....	165
§ 2.2. (Segue). Il sistema tedesco.....	167
§ 2.3. (Segue). Alcuni esempi di sistema causale fondato sulla <i>traditio</i> : la legge austriaca e olandese.....	169
§ 2.4. (Segue). Le regole a protezione dei terzi in buona fede: un possibile contemporaneo al principio “possesso vale titolo”.....	171
§ 2.5. (Segue). Una base per l'armonizzazione: elementi comuni e DCFR.....	172
§ 3. La proprietà mobiliare in funzione di garanzia.....	176
§ 3.1. (Segue). La riforma belga dei diritti di garanzia mobiliare.....	179
§ 3.2. (Segue). Alcuni modelli per l'armonizzazione delle garanzie mobiliari.....	185
§ 3.2.1. (Segue). L'art. 9 dello <i>Uniform Commercial Code</i> .....	185
§ 3.2.2. (Segue). Il libro IX del <i>Draft Common Frame of Reference</i> .....	188
§ 3.3. (Segue). Alcuni punti fondamentali per l'armonizzazione dei diritti di garanzia.....	192
§ 4. La proprietà immobiliare.....	193
§ 5. Le regole sul trasferimento della proprietà immobiliare.....	196
§ 5.1. (Segue). La legge francese.....	196
§ 5.2. (Segue). La legge tedesca.....	200
§ 5.3. (Segue). La legge olandese.....	202
§ 5.4. (Segue). Alcune considerazioni in tema di armonizzazione dei sistemi di pubblicità immobiliare.....	204
§ 6. La proprietà immobiliare in funzione di garanzia.....	207
§ 7. Beni di consumo e beni produttivi: una <i>summa divisio</i> più adatta agli assetti economici moderni.....	210
§ 8. Il corpo umano, le sue singole parti e i suoi prodotti.....	212

§ 9. Gli animali: oggetti, soggetti, o <i>tertium genus</i> ?	217
§ 10. La “proprietà virtuale”	221
§ 11. Conclusioni.	226

Bibliografia.

## **Introduzione.**

Da alcuni decenni in dottrina ci si interroga sull'opportunità di elaborare un "Diritto privato europeo", cioè un insieme di principi comuni a tutti gli Stati membri dell'Unione che interessino i vari settori del diritto privato. Notevoli passi avanti sono stati compiuti in questa direzione, dati i numerosi interventi di armonizzazione delle normative nazionali già realizzati. In questo quadro di riforme, tendenti ad un progressivo avvicinamento dei sistemi giuridici degli Stati membri, il giurista è chiamato a interrogarsi sulla direzione che lo sviluppo del diritto privato europeo intraprenderà in un prossimo futuro.

Sino ad ora gli interventi dell'Unione europea hanno riguardato principalmente il settore delle obbligazioni e dei contratti. La disciplina del diritto di proprietà è stata, invece, demandata quasi interamente ai legislatori nazionali, soprattutto in ragione delle enormi differenze esistenti in questo ambito tra le varie tradizioni giuridiche europee. Certamente, intraprendere un'opera di armonizzazione della disciplina proprietaria rappresenta un'impresa ardua, ma anche necessaria, perché le differenze tra i regimi giuridici esistenti nei 28 Stati membri costituiscono barriere invisibili per l'integrazione dei mercati e dunque per lo sviluppo di quel Mercato Europeo Comune che si pone come uno dei primari obiettivi dell'Unione (!).

Più in generale, lo studio del diritto di proprietà nella dimensione europea consente di rimettere in discussione, attraverso l'indagine comparata, le scelte effettuate dai singoli legislatori nazionali, anche in funzione di un adeguamento di queste scelte alle nuove esigenze emergenti nel contesto socio-economico contemporaneo.

Poste queste premesse, una ricerca volta a sviluppare un settore giuridico ancora quasi del tutto inesistente – quale quello del diritto europeo sulla proprietà – esercita una forte attrattiva per il giurista. Con il presente lavoro cercheremo, pertanto, di valutare se sussistono i presupposti per avviare una tale impresa di armonizzazione della disciplina del diritto di proprietà nell'ambito dell'Unione europea.

In questa prospettiva, il primo problema da affrontare riguarderà lo spazio che, ad oggi, può riconoscersi ad una disciplina europea del diritto di proprietà. Il giurista è, infatti, chiamato a valutare se, in base alle norme contenute nei Trattati, possa

---

<sup>1</sup> L'obiettivo di creare un mercato unico tra gli Stati membri non può essere raggiunto mediante la semplice abolizione delle barriere doganali, poiché se ciascuno Stato membro regola diversamente le attività economiche e produttive viene a crearsi una sorta di "barriera tecnica invisibile" che, di fatto, impedisce la circolazione di beni e servizi su mercati diversi da quelli del Paese di produzione. Si impone, dunque, l'esigenza di introdurre regole uniformi per facilitare la circolazione dei beni.

afferinarsi che l'Unione europea è competente a introdurre regole sul diritto di proprietà vincolanti per tutti gli Stati membri. Per fornire una risposta alla questione appena delineata occorrerà ricostruire l'attuale assetto dei rapporti tra fonti nazionali e fonti europee, allo scopo di individuare con precisione l'ambito di competenza normativa dell'Unione europea.

Tale indagine consentirà non solo di stabilire se sia legittima l'introduzione di norme sul diritto di proprietà da parte del legislatore europeo, ma anche di chiarire definitivamente la posizione che le fonti europee occupano nell'attuale sistema delle fonti del diritto, il che assume particolare rilievo alla luce della circostanza che una futura normativa europea sul diritto di proprietà dovrà necessariamente confrontarsi con un substrato normativo ben consolidato, rappresentato dalla tradizione giuridica dei singoli Stati membri, e dovrà altresì tener conto dei principi contenuti nei trattati internazionali, su tutti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Nell'esaminare tale profilo sarà, soprattutto, necessario individuare i criteri di composizione delle eventuali antinomie normative che dovessero emergere nel momento in cui l'interprete pone in relazione le varie fonti che compongono il c.d. sistema di tutela multilivello dei diritti. L'ipotesi di conflitti tra norme è, infatti, tutt'altro che peregrina, atteso che le varie fonti nazionali e sovranazionali che oggi disciplinano il diritto di proprietà sembrano avere alla loro base concezioni assiologiche incompatibili, in quanto rispondenti a idee filosofico-politiche discordanti. Ne risulta un quadro giuridico estremamente ricco e, tuttavia, anche confuso, sul quale si impone la riflessione ordinante del giurista, chiamato a fornire un contributo di chiarezza in ordine ai rapporti tra le diverse fonti, nella prospettiva di porre le basi che consentiranno di edificare con sistematicità e coerenza il nuovo sistema di tutela del diritto di proprietà.

Dopo aver fatto chiarezza sulla competenza normativa attribuita all'Unione europea dai Trattati e sull'attuale assetto del sistema "integrato" (2) delle fonti del diritto, soffermeremo l'attenzione sulla norma contenuta nell'art. 345 TFUE, che, *prima facie*, sembrerebbe escludere la competenza dell'Unione europea in materia di diritto di proprietà. Ove, all'esito di una tale riflessione, dovesse risultare uno spazio per un intervento del legislatore europeo in funzione di armonizzazione delle normative nazionali, si potrà compiere un passo ulteriore e cominciare a costruire le fondamenta di questo nuovo sistema europeo del diritto di proprietà, allo scopo di avviare uno sviluppo coerente di questo settore. È chiaro, infatti, che il legislatore europeo, nell'introdurre un nuovo apparato di norme sulla proprietà, non potrà imporre autoritativamente concetti "europei" totalmente slegati dalle tradizioni giuridiche dei Paesi membri.

---

<sup>2</sup> Per tale volendosi intendere quel sistema risultante dalla considerazione unitaria dei vari ordinamenti nazionali e sovranazionali.



Ciò rende necessaria la ricostruzione di queste tradizioni giuridiche, il che esige un'indagine intra-sistemica di tipo storico-comparatistico, all'esito della quale dovremmo esser in grado di elaborare un concetto di "proprietà" condiviso da tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Partendo da questo concetto, sarà quindi possibile, attraverso un'analisi trans-sistemica, individuare una serie di categorie ordinanti fondamentali da cui prendere le mosse per elaborare i principi generali che dovranno governare la normativa europea sulla proprietà. Già a questo livello tenteremo di enucleare una serie di profili che costituiscono potenziali barriere per il libero scambio tra gli Stati membri e che quindi andrebbero disciplinati a livello europeo, mediante regole armonizzate, in funzione della massima efficienza del mercato comune.

Posti i principi regolatori della materia, ci sposteremo nell'insidioso campo delle regole operative che compongono i singoli statuti proprietari, dato che è ormai pacifica l'erroneità di una riflessione che si concentri esclusivamente su una disciplina generale e unitaria del diritto di proprietà<sup>(3)</sup>. Invero, le regole che governano il diritto in questione variano a seconda del bene che ne forma oggetto, in quanto esse sono il frutto di un bilanciamento tra l'interesse egoistico del proprietario e l'interesse pubblico che il singolo bene coinvolge in maniera più o meno ampia<sup>(4)</sup>. Da qui l'esigenza di concludere la ricerca mediante l'indagine delle regole operative, mutevoli in relazione al tipo di oggetto che si prende in esame, nel tentativo di individuare, di volta in volta, quelle norme che, configurandosi come potenziali ostacoli per il corretto funzionamento del Mercato Europeo Comune, pongono le più pressanti esigenze di armonizzazione. A tal fine, prenderemo le mosse dalla tradizionale e ampiamente condivisa distinzione tra proprietà mobiliare e immobiliare, soffermando l'attenzione soprattutto sulle regole che disciplinano il trasferimento del diritto (e sulle relative formalità), nonché sull'uso della proprietà in funzione di garanzia, poiché si tratta di profili che presentano implicazioni transfrontaliere particolarmente rilevanti e che quindi potrebbero manifestare una forte necessità di un intervento del legislatore

---

<sup>3</sup> Sul punto, S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 309, afferma emblematicamente che «la parola "proprietà" non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa, perché possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesi. In ogni caso l'uso di essa, con le cautele e i chiarimenti necessari, anche se si protrarrà ancora nel prossimo futuro, non può ormai mantenere l'illusione che all'unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto».

<sup>4</sup> Già a partire dalla metà del Novecento si afferma l'idea per cui l'angolo prospettico da cui il giurista deve osservare la proprietà non è solo quello della volontà del proprietario e dei suoi poteri sulla cosa – come avveniva tradizionalmente, dal diritto romano sino ai codici ottocenteschi –, ma anche (e soprattutto) quello della cosa stessa, da analizzare nei suoi caratteri strutturali. Un ribaltamento di prospettiva che determina il superamento della visione individualistica tipica del giusnaturalismo e dei codici di impostazione liberale – che concepivano la proprietà in maniera rigidamente unitaria, come estensione del soggetto nel mondo fisico – a favore di una visione che concepisce l'istituto al plurale: «dalla proprietà» si passa «alle proprietà», diversificate secondo i diversi statuti giuridici delle cose.

europeo. Infine, la nostra indagine si concentrerà su una serie di oggetti giuridici dalle caratteristiche del tutto peculiari, sulla cui natura è ancora aperto il dibattito dottrinale e che, per le loro caratteristiche strutturali e per gli interessi che coinvolgono, non possono essere disciplinati esclusivamente a livello nazionale.

## **CAPITOLO I. LA COMPETENZA NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI PROPRIETÀ.**

### **SEZIONE I. IL SISTEMA NAZIONAL-EUROPEO DELLE FONTI DEL DIRITTO.**

#### **§ 1. Premessa metodologica.**

La prima questione da porre alla base di una riflessione su un possibile, futuro, intervento del legislatore europeo volto a regolamentare in maniera unitaria e coerente il diritto di proprietà (o, quantomeno, taluni specifici profili di esso) in tutti gli Stati membri concerne lo spazio che può legittimamente riconoscersi in detto settore ad una normativa europea <sup>(5)</sup>. Per tentare di fornire una risposta al quesito, è necessario indagare i principi che governano l'interazione tra il diritto europeo e gli ordinamenti nazionali, allo scopo di stabilire se le istituzioni europee siano effettivamente competenti a introdurre nuove norme in materia di diritto di proprietà e di individuare la concreta portata di queste norme, cioè di stabilire se esse potranno disciplinare *ex novo* il diritto di proprietà in tutti i suoi aspetti ovvero se dovranno limitarsi a regolare specifici profili e dunque ad integrare la normativa di portata generale già esistente nei singoli Stati membri.

Tale indagine prenderà le mosse dall'esame di due fondamentali profili. Il primo concerne la posizione che le fonti europee occupano nell'ambito del sistema nazionale delle fonti del diritto. Il secondo è relativo agli spazi di competenza normativa che gli Stati membri hanno riconosciuto, con la ratifica dei Trattati istitutivi, all'Unione europea.

L'esame del primo profilo consentirà di comprendere le modalità attraverso cui una futura normativa europea sul diritto di proprietà andrà ad incidere sui sistemi giuridici nazionali e, in particolare, sull'ordinamento italiano. In questa prospettiva, si tenterà di costruire, sulla base di un'attenta valutazione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, una teoria delle fonti improntata a sistematicità e coerenza, con l'obiettivo di fornire agli operatori giuridici gli strumenti per risolvere le eventuali

---

<sup>5</sup> Cfr. G. D'AMICO, *Le ragioni di un convegno. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, in *Proprietà e diritto europeo*, (a cura di) G. D'AMICO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 8.

antinomie che dovessero sorgere tra le norme europee e quelle nazionali in tema di proprietà <sup>(6)</sup>. Un'indagine di questo tipo è essenziale al fine di garantire un armonico coordinamento tra la futura normativa europea sul diritto di proprietà e i singoli ordinamenti nazionali degli Stati membri, atteso che quando le norme europee sul diritto di proprietà entreranno in vigore troveranno una base giuridica già consolidata nelle fonti dei singoli ordinamenti nazionali. L'esigenza di costruire un sistema delle fonti armonico e coerente si fa ancora più pressante alla luce della circostanza che mentre le fonti sovranazionali – e, in particolare, la C.E.D.U. e la Carta di Nizza – sembrerebbero far propria una visione “classica e liberale” dell'istituto, fondata sull'idea giusnaturalista della proprietà come diritto fondamentale dell'essere umano, le normative nazionali parrebbero aderire a una concezione diversa, in base alla quale il diritto di proprietà è riconosciuto e garantito allo scopo di realizzare non solo l'interesse egoistico del proprietario al libero sfruttamento delle utilità connesse al bene che costituisce oggetto del suo diritto, ma anche (e soprattutto) al fine di assicurare la realizzazione di interessi superindividuali, che fanno capo all'intera collettività, con conseguente imposizione di una serie di limiti alle facoltà di godimento spettanti al titolare del diritto. Non può, dunque, escludersi che la normativa europea sulla proprietà possa presentare dei profili di incompatibilità con le previgenti normative degli Stati membri <sup>(7)</sup>.

Il secondo profilo di indagine, avente ad oggetto l'ambito di competenza normativa che gli Stati membri hanno attribuito all'Unione europea, permetterà di stabilire se le Istituzioni europee possano effettivamente intervenire per regolare la materia del diritto di proprietà o se, viceversa, questa competenza debba ritenersi attribuita in via esclusiva agli Stati membri. Infatti, l'art. 345 del Trattato sul

---

<sup>6</sup> Se, in passato, la gestione del sistema delle fonti e la composizione delle eventuali antinomie era relativamente semplice, dovendosi tener conto essenzialmente della normativa nazionale – ed, infatti, gli studi del diritto di proprietà prendevano le mosse dall'esame del dato codicistico, letto alla luce dei principi costituzionali ed arricchito dalla legislazione speciale sui singoli statuti proprietari –, oggi il compito dell'interprete è molto più complesso, dovendosi gestire un sistema di tutela multilivello dei diritti che si struttura su diversi piani di riferimento. Rilevanti indicazioni sul concetto e sul contenuto del diritto di proprietà si rinvengono, infatti, non più solo all'interno del codice civile, nella legislazione speciale e nella Carta costituzionale, ma anche nei Trattati internazionali e, fra questi, in particolare, nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 1 prot. add. CEDU) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 17). In un quadro di riferimento così articolato, lo studioso è chiamato a svolgere una funzione essenziale, cioè quella di strutturare un sistema delle fonti armonico e coerente, di ridare sistematicità ad un complesso di norme oltremodo frammentato e confuso, mediante l'individuazione di regole certe di composizione dei conflitti normativi.

<sup>7</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. NIVARRA L., *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, in *Europa e Diritto privato*, fasc. 3, 2011, pp. 589 e ss., nonché C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, II ed., in *Il Codice Civile. Commentario*, (fondato da) P. SCHLESINGER e (diretto da) F. D. BUSNELLI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 65-84.

Funzionamento dell'Unione Europea <sup>(8)</sup>, nello stabilire che «*I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*», sembrerebbe porre un ostacolo allo sviluppo di una normativa europea sulla proprietà, poiché parrebbe affidare in via esclusiva ai legislatori nazionali il compito di disciplinare il fenomeno proprietario <sup>(9)</sup>. L'espressione "lasciare impregiudicato" è, però, eccessivamente vaga e non è chiaro se la norma impedisca effettivamente al legislatore europeo di interferire nei sistemi di diritto di proprietà degli Stati membri <sup>(10)</sup>. E ciò impone di indagare i meccanismi di riparto delle competenze normative tra Unione europea e Stati membri e di verificare se, in effetti, l'art. 345 TFUE costituisca un ostacolo all'intervento dell'Unione in materia di diritto di proprietà o se, viceversa, la norma risponda a una *ratio* differente.

L'esame dei due profili indicati consentirà di formulare una risposta al primo, fondamentale, quesito della presente ricerca, ossia di stabilire quale spazio potrà avere una normativa europea sul diritto di proprietà nell'attuale assetto dei rapporti tra Unione e Stati membri.

## **§ 2. Il diritto di proprietà nel sistema giuridico nazional-europeo: una disciplina strutturata su più livelli.**

Tradizionalmente, gli studiosi del diritto di proprietà, in Europa, hanno focalizzato la loro attenzione sulle regole "privatistiche" del diritto oggettivo delle cose (*objektiven sachenrecht, droit des biens, derecho de cosas/ derecho de bienes, direito das coisas, property law, goederenrecht, objektiv rätt till saker, etc.*), inteso come l'insieme delle norme giuridiche che attribuiscono agli individui diritti soggettivi sulle "res" (*diritti reali, subjektiven Sachenrechte, droits réels, derechos reales, direitos reais, property rights, goederenrechtelijke rechten, sakerätter, etc.*), cioè poteri – opponibili nei confronti della generalità degli altri soggetti (*erga omnes*) – da far valere sugli oggetti del mondo fisico

---

<sup>8</sup> La norma affonda le sue radici nella dichiarazione *Schuman* del 9 maggio 1950. Da qui, essa è stata poi recepita nel Trattato della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (art. 83), nel Trattato Euratom (art. 91), nel Trattato della Comunità economica europea (art. 222) e nel Trattato che istituisce la Comunità europea (art. 295), confluendo, infine, nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 345).

<sup>9</sup> Cfr. B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, in *European Law Journal*, vol. 16, n. 3, 2010, pp. 292-314; S. VAN ERP, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, 6th Walter van Gerven Lectures, Europa Law Publishing, 2006, pp. 6-7; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp, Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 508-509.

<sup>10</sup> Nella dottrina italiana, v. L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa e Diritto privato*, fasc. 3, 2011, p. 586, il quale ha evidenziato che questa norma rispondeva «*all'esigenza di consentire agli Stati, ove lo avessero ritenuto opportuno, di procedere alla nazionalizzazione delle imprese*».

per la realizzazione di interessi giuridicamente rilevanti. In linea di principio, il soddisfacimento dell'interesse che fa capo al titolare del diritto reale non presuppone l'intervento dell'ordinamento giuridico, né la collaborazione di altri soggetti, potendosi concretizzare con il mero esercizio dei poteri connessi alla titolarità della situazione giuridica soggettiva (in ciò sta la differenza principale tra le situazioni giuridiche di natura reale e quelle a carattere obbligatorio). Tuttavia, ove tale realizzazione risulti in concreto impedita dall'illecita condotta di altri soggetti, l'interesse sarà garantito dall'esperimento dei rimedi che il diritto oggettivo riconosce al titolare del diritto reale soggettivo.

Le regole del diritto delle cose relative ai fatti acquisitivi (cioè ai modi di acquisto dei diritti reali), agli effetti scaturenti da tali fatti (cioè alla titolarità del diritto, con conseguente riconoscimento di un ampio fascio di poteri sulla cosa che ne costituisce il punto di riferimento oggettivo) e all'attuazione degli effetti giuridici (cioè alla realizzazione, spontanea o coattiva, dell'interesse che giustifica il riconoscimento del diritto sulla cosa) sono tradizionalmente contenute all'interno dei codici civili dei singoli Stati. E ciò giustifica la generale convinzione che il diritto di proprietà abbia una dimensione esclusivamente nazionale.

Negli ultimi decenni, tuttavia, gli studiosi europei hanno iniziato a riflettere su una dimensione nuova del diritto di proprietà, che viene sempre più rivalutata alla luce del quadro costituzionale <sup>(11)</sup>. Questo approccio si concentra sulla protezione dei diritti di proprietà degli individui nei confronti (non solo dei consociati, ma soprattutto) dello Stato, nonché sugli effetti che il diritto costituzionale produce sul tradizionale diritto oggettivo che regola la proprietà. La riflessione sulla dimensione costituzionale della proprietà acquista particolare rilevanza nella misura in cui favorisce la comprensione dei modelli di pensiero sottesi al riconoscimento di tale diritto e dei valori che si è inteso realizzare con l'attribuzione di detta situazione giuridica soggettiva.

La tutela costituzionale del diritto di proprietà risulta arricchita, nel contesto dell'Unione europea, dalle previsioni contenute nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali <sup>(12)</sup>, con cui sono state portate a livello di Unione europea due fondamentali libertà proprietarie, in precedenza sancite nelle leggi costituzionali nazionali. La prima libertà ha natura positiva ed è statuita nella prima frase della

---

<sup>11</sup> La nozione costituzionale di "proprietà" non coincide perfettamente con quella civilistica, ma ha un contenuto più ampio, come ha lucidamente osservato C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., pp. 8-9. In particolare, l'Autore osserva che la nozione costituzionale di proprietà, nella tradizionale interpretazione delle Corti, «*ha per oggetto non solo la proprietà in senso civilistico, ma l'intero patrimonio del soggetto*», e che diverso è anche l'oggetto delle garanzie, che «*non concerne il contenuto del diritto, ma il valore economico del bene per il titolare*». Per tali ragioni, la tutela costituzionale ha «*un carattere indennitario, che la differenzia in modo radicale dalla tutela civile*».

<sup>12</sup> La Carta di Nizza ha acquisito forza vincolante, parificata a quella dei Trattati istitutivi, a partire dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona nel 2009.

disposizione, ove si prevede che ogni individuo ha il diritto «*di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità*», cioè di esercitare i poteri connessi al riconoscimento della titolarità del diritto di proprietà. La seconda libertà ha carattere negativo ed è sancita nella seconda proposizione, ove si prevede che «*nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa*».

La ragione per cui il riconoscimento della libertà – positiva e negativa – di proprietà è avvenuto anche a livello europeo è che essa è funzionale all’attuazione degli obiettivi generali dell’Unione. Infatti, lo sviluppo sostenibile dell’Europa è basato su un’economia sociale di mercato<sup>(13)</sup>, fondata sui principi della libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali (*ex art. 26, comma 2, TFUE*). La protezione del diritto della proprietà svolge un ruolo essenziale ai fini del suo funzionamento, poiché alla base di ogni economia sociale di mercato vi sono tre principi fondamentali<sup>(14)</sup>: libertà della proprietà; libera circolazione dei diritti sulle cose<sup>(15)</sup>; e libertà contrattuale<sup>(16)</sup>. Se i cittadini europei godono della libertà di circolare – e quindi anche di risiedere – in ogni parte del territorio dell’Unione, è necessario riconoscere loro anche il diritto di acquistare beni in ciascuno degli Stati membri. Analogamente, le imprese che operano sul mercato unico europeo devono esser poste nelle condizioni di acquistare e far circolare merci, servizi e capitali. In entrambi i casi, il sistema giuridico deve fornire adeguata protezione ai diritti di proprietà acquisiti dai soggetti, siano essi persone fisiche o giuridiche (libertà di proprietà), e deve consentirne la libera trasferibilità ad altri individui (libertà di circolazione dei diritti sulle cose). A tal fine, è

---

<sup>13</sup> L’espressione «*economia sociale di mercato*», utilizzata nell’art. 3, comma 3, TUE, deriva dal modello economico tedesco e si riferisce all’idea di un libero mercato dove l’intervento delle autorità governative nell’economia è ammesso allo scopo di promuovere il risultato migliore possibile.

<sup>14</sup> Cfr. B. AKKERMANS, *European Union constitutional property law: searching for foundations for the allocation of regulatory competences*, in (a cura di) B. AKKERMANS – J. HAGE – N. KORNET – J. SMITS, *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Intersentia, 2015, p. 178 e ss.

<sup>15</sup> Il principio di libera circolazione delle merci è stato riconosciuto e tutelato sin dalle origini nel contesto delle Comunità europee ed oggi è regolamentato negli artt. 28 e ss. TFUE.

<sup>16</sup> Il principio di libertà contrattuale non trova espressa menzione all’interno dei Trattati istitutivi. Tuttavia, la Corte di Giustizia, rinvenendo una solida base nelle legislazioni degli Stati membri, ha affermato che la libertà contrattuale rientra tra i principi generali del diritto dell’Unione. Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 277/05, *Société thermale d’Eugénie-les-Bains c. Ministère de l’Economie, des Finances et de l’Industrie*, 18 luglio 2007, par. 24, in cui si afferma che il tradizionale principio *pacta sunt servanda* costituisce principio generale del diritto europeo («*ognuna delle parti contraenti è tenuta ad adempiere al contratto ed a fornire la prestazione ivi prevista*»). Cfr. anche Corte di Giustizia U.e., Causa 283/11, *Sky Österreich GmbH contro Österreichischer Rundfunk*, 22 gennaio 2013, parr. 42-43, ove, in relazione alla libertà di esercitare un’attività economica o commerciale ai sensi dell’articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, la Corte ha esplicitamente fatto riferimento anche alla libertà contrattuale.

necessario garantire ai soggetti il diritto di stipulare accordi vincolanti con altri soggetti (libertà contrattuale).

La concreta realizzazione di questi fondamentali principi, pur imposta dalle Istituzioni europee, è rimessa alla legge degli Stati membri. Invero, i criteri di Copenaghen per l'adesione di nuovi Stati membri richiedono, ai fini dell'adesione, che lo Stato che aspira ad entrare a far parte dell'Unione europea abbia un'economia di mercato funzionante, cioè garantisca la libertà di proprietà, la libera circolazione dei diritti sui beni e la libertà contrattuale. Il che non è del tutto scontato, come dimostra l'esperienza dalle ex repubbliche socialiste, che hanno dovuto introdurre questi principi quando sono passate ad un'economia di mercato.

Oggi, dunque, la tutela del diritto di proprietà è garantita da un complesso sistema, nel quale i principi fondamentali della legge costituzionale – nazionale ed europea – sulla proprietà e della legge sul mercato interno dell'Unione europea si integrano a vicenda. Le più tradizionali regole sulla proprietà (quelle di diritto privato) rimangono, invece, quasi esclusivamente a livello nazionale. Questa situazione è, tuttavia, ontologicamente instabile, poiché il funzionamento del mercato interno dell'Unione europea dipende anche dalle regole vigenti negli Stati membri: se, ad esempio, uno dei Paesi membri volesse modificare il proprio sistema economico, passando da un'economia di mercato a un'economia pianificata, il mercato interno dell'Unione andrebbe incontro a grandi difficoltà <sup>(17)</sup>. Per evitare che una tale

---

<sup>17</sup> L'assetto economico di tipo socialista, pur avendo assunto forme variabili da Stato a Stato (si va dal sistema comunista centralista dell'ex Unione Sovietica a sistemi più decentralizzati, come, ad esempio, quello polacco), presenta alcune caratteristiche costanti, che lo differenziano notevolmente da un'economia di mercato: un sistema socialista è organizzato attorno all'idea di proprietà sociale, il che significa che i beni più rilevanti (come la terra e i mezzi di produzione) sono di proprietà statale e collettiva e la proprietà individuale esiste solo in relazione a beni privati, come l'abbigliamento, i mobili e - a volte - gli alloggi. Anche nei sistemi socialisti, come in un'economia di mercato, il diritto oggettivo sulla proprietà gioca un ruolo cruciale ai fini del corretto funzionamento dell'economia, ma questo ruolo è molto diverso (e per molti versi opposto) a quello che la disciplina del diritto di proprietà svolge in un'economia di mercato, poiché in un'economia socialista è lo Stato (e non il mercato) a decidere sulla produzione e l'allocazione delle risorse. Ne consegue generalmente un'economia pianificata, che persegue l'obiettivo dell'eguale allocazione delle risorse ed in cui non c'è spazio per il commercio a scopo di lucro. I contratti presentano, pertanto, una struttura molto semplice, essendo diretti al trasferimento della proprietà personale di singoli beni da un privato all'altro per il soddisfacimento dei bisogni essenziali della vita quotidiana. In un'economia socialista non c'è posto per la libertà di proprietà, la libera circolazione delle merci e la libertà contrattuale. Al contrario, c'è una proprietà collettiva, una distribuzione organizzata delle risorse e una legge contrattuale di supporto, con una libertà limitata. Pertanto, se uno Stato membro decidesse di modificare il suo sistema economico, passando da un'economia di mercato a un'economia socialista, sorgerebbero gravi problemi per il mercato unico europeo, poiché i principi di libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, nonché di libera concorrenza, sarebbero sostanzialmente ostacolati. Queste riflessioni pongono la questione se un tale scenario sia effettivamente possibile, considerando l'esistenza della legge costituzionale economica europea. L'economia di mercato e le sue norme costituzionali economiche hanno il potere di impedire che tale cambiamento si verifichi a favore del



instabilità possa determinare l'implosione del sistema nazional-europeo è necessario, in primo luogo, elaborare una teoria delle fonti del diritto che consenta di gestire le eventuali antinomie tra provvedimenti nazionali e principi costituzionali europei, il che consentirebbe di scongiurare il rischio di riforme nazionali nocive per il mercato interno dell'Unione. In secondo luogo, sarebbe opportuno riconsiderare l'allocazione delle competenze nella materia della proprietà per creare un sistema che si adatti alla realtà del 21° secolo.

### **§ 3. Le fonti del diritto europeo e il loro rapporto con le fonti nazionali.**

Come ogni altro ordinamento giuridico, anche quello dell'Unione europea è stato edificato su un articolato sistema di fonti del diritto, che si struttura gerarchicamente su un duplice livello: al vertice del sistema si collocano le norme di diritto primario e in una posizione subordinata quelle di diritto secondario (o derivato).

Il diritto primario comprende, anzitutto, i Trattati istitutivi <sup>(18)</sup>, come modificati e integrati dagli Stati membri mediante il ricorso alle procedure ivi previste <sup>(19)</sup>. Essi disciplinano le competenze dell'Unione, le sue procedure di funzionamento e

---

mantenimento dell'efficienza del mercato interno dell'Unione europea. Ed in ciò i principi fondamentali della legge sulla proprietà svolgono un ruolo cruciale. Pertanto, l'Unione europea ha predisposto un sistema di principi che consentono non solo di organizzare la sua economia di mercato, ma anche di sorvegliare il suo funzionamento, al fine di proteggere il mercato da influenze che sono contrarie ai suoi valori fondamentali.

<sup>18</sup> I Trattati istitutivi attualmente in vigore sono i seguenti: il Trattato dell'Unione europea (TUE.), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993; il Trattato istitutivo della Comunità economica europea (C.E.E.), firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1 gennaio 1958, che, dopo il Trattato di Maastricht, ha assunto la denominazione di Trattato istitutivo della Comunità europea e, dopo il Trattato di Lisbona, quella di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE.); il Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica (TCEE), anch'esso firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958, da cui ha tratto origine l'organizzazione comunemente indicata come Euratom.

<sup>19</sup> Fra i Trattati di modifica vanno annoverati tutti gli accordi internazionali scaturiti, nel corso degli anni, dal procedimento di emendamento formale previsto inizialmente da ciascun Trattato istitutivo e oggi, per tutti, dall'art. 48 TUE: il Trattato di Bruxelles del 1965, i Trattati di Lussemburgo del 1970 e di Bruxelles del 1975, l'Atto Unico Europeo del 1986, il Trattato di Maastricht del 1992, il Trattato di Amsterdam del 1997, il Trattato di Nizza del 2001 e, infine, il Trattato di Lisbona del 2007. I Trattati istitutivi risultano integrati dai Trattati di adesione via via sottoscritti dagli Stati membri al momento del loro ingresso nell'Unione (secondo la procedura disciplinata dall'art. 49 TUE) e dai Protocolli allegati agli stessi Trattati istitutivi, aventi la funzione di disciplinare aspetti del funzionamento dell'Unione non regolati (o regolati solo per linee generali) all'interno dei Trattati, ovvero di introdurre discipline ad applicazione differenziata.

contengono i principi che regolano l'intervento delle Istituzioni nei settori di loro competenza.

Oltre ai Trattati istitutivi, compongono il diritto primario dell'Unione la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea <sup>(20)</sup>, gli accordi stipulati con Stati terzi e i principi generali di diritto elaborati nel corso del tempo dalla Corte di Giustizia <sup>(21)</sup>.

Il diritto europeo secondario (o derivato) comprende, invece, anzitutto gli atti tipici disciplinati dagli artt. 288 e ss. TFUE: regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni, pareri, atti delegati e atti di esecuzione. In esso rientrano, inoltre, atti atipici (cioè non previsti nei Trattati, ma sviluppatisi nella prassi) come le risoluzioni. La funzione propria degli atti di diritto secondario è quella di attuare gli obiettivi e i principi di carattere generale sanciti nei Trattati, rispetto ai quali, pertanto, si pongono in una posizione di subordinazione gerarchica, non potendo contenere norme che ostacolano il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione o che contrastino con i principi generali dell'ordinamento eurounitario.

Le norme contenute nei Trattati istitutivi sono, dunque, sovraordinate rispetto alle altre norme di diritto europeo secondario, in quanto i procedimenti di produzione di queste ultime trovano la loro disciplina proprio nei Trattati. Pertanto, il sistema delle fonti del diritto europeo si struttura sulla base del criterio gerarchico, che tradizionalmente regola le antinomie tra le diverse fonti di un determinato ordinamento giuridico.

---

<sup>20</sup> La Carta, proclamata congiuntamente da Parlamento, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000 a margine del Consiglio europeo di Nizza, aveva in origine una funzione ricognitiva dei diritti fondamentali il cui rispetto era imposto all'Unione dall'art. 6 TUE ed era quindi destinata a fungere da mero strumento di ausilio in sede di interpretazione e di applicazione della suddetta norma. Il Trattato di Lisbona ha modificato l'art. 6 TUE, attribuendo alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati.

<sup>21</sup> I principi generali del diritto dell'Unione risultano, oggi, espressamente menzionati nell'art. 6 TUE, che li identifica con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tuttavia, tale categoria è in primo luogo frutto dell'elaborazione della Corte di Giustizia che, nell'esercizio della funzione nomofilattica attribuitagli dall'art. 19 TUE (in forza del quale essa «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati»), ha fatto ricorso a principi quali quello di leale collaborazione tra le Istituzioni e con gli Stati membri (cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 34/86, Consiglio c. Parlamento, 3 luglio 1986), di rispetto dell'equilibrio istituzionale (cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 70/88, Parlamento c. Consiglio, 22 maggio 1990), di certezza del diritto (cfr. Corte di Giustizia U.e., cause riunite da C-205/82 a C-215/82, Deutsche Milchkontor e a., 21 settembre 1983), di tutela del legittimo affidamento (cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 112/77, Töpfer c. Commissione, 3 maggio 1978), di rispetto dei diritti quesiti (cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 230/78, Eridania c. Min. agricoltura e foreste, 27 settembre 1979), per garantire sistematicità e coerenza ad un sistema rivelatosi spesso frammentario e lacunoso.

Ciò spiega, peraltro, la ragione per cui spesso si sia parlato dei Trattati istitutivi in termini di “Costituzione” dell’ordinamento dell’Unione (22). Essi, infatti, presentano delle caratteristiche del tutto peculiari, che li distinguono dagli altri Trattati internazionali, non configurando semplici accordi tra Stati volti a creare obblighi reciproci, bensì veri e propri atti costitutivi di un nuovo ordinamento giuridico, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in determinati settori, ai loro poteri sovrani (23). Da ciò discendono i due principi fondamentali in materia di rapporti tra l’ordinamento europeo e quello degli Stati membri: il principio dell’efficacia diretta delle norme europee all’interno degli ordinamenti nazionali (24) e quello del primato del diritto europeo sulle norme dei sistemi giuridici nazionali (25).

Agli Stati membri – e, in particolare, ai giudici nazionali – è affidato il compito di dare piena attuazione a detti principi e, in caso di contrasto di una norma interna con una norma europea, di procedere alla disapplicazione della prima a favore della seconda (26).

---

<sup>22</sup> La stessa Corte di Giustizia ha affermato, in relazione al Trattato istitutivo della CEE, che «*la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato*» (v. Corte di Giustizia U.e., Causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, 23 aprile 1986, par. 23). La tendenza ad assimilare i Trattati istitutivi ad una Carta costituzionale ha il merito di cogliere il carattere peculiare di tali Trattati rispetto agli altri accordi internazionali. Tale peculiarità si riflette sui criteri cui si fa ricorso per l’interpretazione delle disposizioni in essi contenute: spesso la Corte di Giustizia – avvalendosi di un metodo interpretativo che è usuale rispetto ad una Carta costituzionale, ma non rispetto ad accordi internazionali – ha considerato prevalenti le considerazioni di carattere sistematico sul dato testuale, allo scopo di affermare principi generali (o valori) dell’ordinamento. Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 283/81, *CILFIT e Lanificio di Gavardo S.p.A. contro Ministero della sanità*, 6 Ottobre 1982, (par. 20).

<sup>23</sup> V. Corte di Giustizia U.e., causa 26/62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, 5 febbraio 1963; Corte di Giustizia U.e., causa 6/64, *Costa c. Enel*, 15 luglio 1964.

<sup>24</sup> In forza di tale principio le norme europee (di diritto primario o derivato) – purché chiare, precise e non condizionate a provvedimenti attuativi delle autorità nazionali – producono i loro effetti in via immediata, cioè senza la necessità che gli Stati membri intervengano, con propri atti normativi, a recepire e rendere efficaci dette norme negli ordinamenti interni. Ne consegue che i singoli soggetti possono «*far valere direttamente davanti al giudice nazionale la posizione giuridica soggettiva vantata in forza della norma comunitaria*» (così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1995, p. 107).

<sup>25</sup> In base a tale principio le norme di diritto europeo (sia primario che secondario) prevalgono sulle disposizioni nazionali, sia precedenti che successive. Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 6/64, *Costa c. Enel*, 15 luglio 1964, ove si rileva che, l’«*integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l’impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all’ordine comune. Se l’efficacia del diritto comunitario variasse da uno stato all’altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l’attuazione degli scopi del Trattato [...]*». In senso conforme, v. Corte di Giustizia U.e., Causa 144/04, *Mangold c. Helm*, 22 novembre 2005.

<sup>26</sup> Cfr. Corte di giustizia U.e., Causa 106/77, *Simmenthal*, 9 marzo 1978. La citata sentenza ha ribaltato l’orientamento originario della Corte costituzionale italiana, secondo cui il giudice nazionale,

Ciò vale a differenziare, quanto alle concrete modalità di manifestazione dell'effetto giuridico, le norme del diritto eurounitario da quelle contenute in un'altra fonte sovranazionale di particolare rilevanza in materia proprietaria, ossia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU) e, in particolare, il primo protocollo addizionale alla CEDU, che si occupa specificamente del diritto di proprietà. Invero, i rapporti tra le norme della CEDU e le disposizioni nazionali sono stati illustrati facendo ricorso alla teoria delle c.d. *norme interposte*, in base alla quale la CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, costituisce parametro di valutazione della costituzionalità della legge italiana, in quanto le sue norme si collocano in una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto alle disposizioni di legge, ma comunque subordinata rispetto alle norme costituzionali. Pertanto, una volta che sia stata accertata la legittimità costituzionale delle norme CEDU, le disposizioni nazionali con esse contrastanti potranno essere espunte dall'ordinamento mediante una dichiarazione di incostituzionalità per contrasto con il parametro interposto costituito, appunto, dalla CEDU. La diretta conseguenza di questa differente collocazione delle norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto a quelle dell'Unione europea nel sistema delle fonti è, dunque, che il giudice nazionale non ha il potere di disapplicare la disposizione legislativa interna ritenuta in contrasto con una norma CEDU <sup>(27)</sup>. In questo senso va interpretata la scelta, compiuta con la modifica

---

rilevando un potenziale conflitto tra norma comunitaria e norma nazionale successiva, avrebbe dovuto sollevare un giudizio di legittimità costituzionale, non potendo disapplicare direttamente la norma interna (v. Corte cost., 30 ottobre 1975, n. 232). La Corte costituzionale conserva, invece, il suo potere di sindacare la legittimità delle norme europee prive di effetto diretto, poiché, in tal caso, l'effetto giuridico (e quindi la potenziale violazione della Costituzione) scaturisce non direttamente dalla norma europea, bensì dall'atto normativo nazionale di attuazione della norma europea.

<sup>27</sup> Numerose sono le pronunce con cui la Corte costituzionale italiana ha sancito la natura di "parametro interposto" delle norme CEDU. In particolare, la Corte ha chiarito che le norme della Convenzione, in quanto norme pattizie, non rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 10, comma 1, Cost., poiché con l'espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» la citata previsione costituzionale ha inteso riferirsi soltanto alle norme consuetudinarie, rispetto alle quali vale il principio c.d. dell'adattamento automatico. Né, secondo la Corte, può farsi riferimento, nel ricostruire il rilievo da ascrivere alle norme della CEDU nei rapporti con quelle nazionali, all'art. 11 Cost., non essendovi stata alcuna limitazione di sovranità dello Stato per effetto dell'adesione alla Convenzione. Di conseguenza, la Corte costituzionale ha escluso che il giudice nazionale possa disapplicare la previsione normativa interna confliggente con quella della CEDU (differentemente da quanto dalla stessa Corte ammesso per il caso in cui il conflitto sussista tra una norma nazionale e una norma dell'Unione europea). La disposizione di riferimento non può, dunque, che esser individuata nell'art. 117, comma 1, Cost., laddove, nel testo introdotto dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali (tra i quali rientrano quelli derivanti dalla Convenzione). Detta norma, da un lato, sancisce la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto alle norme di legge ordinaria e, dall'altro, attrae gli eventuali contrasti tra norme CEDU e norme nazionali nella sfera di competenza della Corte costituzionale. In definitiva, dunque, il giudice comune non può disapplicare la norma di

dell'art. 117, comma 1, Cost., di tenere distinti i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario rispetto a quelli riconducibili agli obblighi internazionali. In tal modo il legislatore ha inteso evidenziare una differenza sostanziale: mentre con l'adesione ai Trattati comunitari l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento sovranazionale più ampio, al quale ha ceduto parte della sua sovranità – anche in riferimento al potere legislativo – nelle materie oggetto dei Trattati medesimi (*ex art. 11 Cost.*), la Convenzione EDU non ha dato origine a un ordinamento giuridico sovranazionale legittimato a produrre norme direttamente applicabili negli Stati contraenti <sup>(28)</sup>.

Il confronto tra i meccanismi di operatività delle norme eurounitarie e di quelle CEDU all'interno dei sistemi nazionali evidenzia come, ai fini della concreta attuazione del diritto europeo, sia stato attribuito un ruolo essenziale ai giudici degli Stati membri, essendo loro affidata l'interpretazione e finanche la diretta applicazione delle norme dell'ordinamento eurounitario, il che spiega la ragione per cui spesso essi vengano qualificati come giudici decentrati (o comuni) del diritto europeo. Proprio in virtù di questo ruolo, i giudici nazionali devono interpretare le norme nazionali alla luce degli atti dell'Unione europea che regolano la materia e, in caso di dubbi sull'esatta interpretazione o validità di una norma del diritto dell'Unione da applicare nel caso sottoposto alla loro cognizione, dovranno rimettere la questione alla Corte di Giustizia. Il massimo organo giurisdizionale dell'Unione europea, infatti, è istituzionalmente deputato a interpretare il diritto dell'Unione e solo indirettamente esamina la normativa nazionale, limitandosi ad indicare, alla luce del quesito posto dal giudice nazionale, quali elementi sono richiesti alla norma nazionale per il rispetto della normativa europea. La Corte di Giustizia non ha, invece, il potere di indicare al giudice nazionale come interpretare la norma interna, essendo l'ordinamento dell'Unione separato e distinto dagli ordinamenti nazionali <sup>(29)</sup>.

---

legge ritenuta in contrasto con una norma CEDU, ma è tenuto, dopo aver verificato l'impossibilità di risolvere il conflitto in via interpretativa (mediante un'interpretazione "convenzionalmente" orientata), a sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione. Detti principi sono stati affermati in Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349; Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236; Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109. Sugli eventuali conflitti di disposizioni CEDU, come interpretate dalla Corte EDU, con norme Costituzionali si è espressa Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, chiarendo che il giudice nazionale, attesa la natura sub-costituzionale della Convenzione, è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento nella parte in cui consente l'ingresso nell'ordinamento nazionale di una regola confliggente con i principi costituzionali.

<sup>28</sup> V., in particolare, Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

<sup>29</sup> In ciò risiede una differenza fondamentale tra le modalità di intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea e quelle tipiche della Corte Europea dei diritti dell'uomo, poiché quest'ultima è chiamata ad accertare se, in un determinato caso concreto, si sia verificata una violazione dei diritti garantiti dalla CEDU.

Il principio del primato del diritto europeo sulle norme nazionali è stato affermato dalla Corte di giustizia europea a partire dai casi *Van Gend en Loos* <sup>(30)</sup> e *Costa v. E.N.E.L.* <sup>(31)</sup> e successivamente riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana sia in relazione al diritto primario, sia in relazione al diritto secondario. In particolare, con sentenza n. 183 del 1973, la Corte ha giustificato tale principio sulla base dell'art. 11 Cost., che «*legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio della funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei*».

Il primato del diritto europeo ha ricevuto ulteriore riconoscimento con la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, effettuata con legge costituzionale n. 3 del 2001: invero, il novellato art. 117, comma 1, Cost. vincola l'esercizio della funzione legislativa da parte delle Istituzioni nazionali al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

In attuazione di detto principio, le norme di diritto europeo non solo prevalgono sulle leggi nazionali, ma possono anche derogare alla Costituzione nazionale, con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona ivi sanciti (c.d. teoria dei controlimiti) <sup>(32)</sup>. Così argomentando, la Corte ha introdotto un meccanismo di garanzia volto a preservare l'identità dello Stato a fronte delle limitazioni di sovranità imposte dalla primazia del diritto europeo. Pertanto, ove vi fossero dubbi in ordine alla compatibilità di una norma dei Trattati con i suddetti principi fondamentali e diritti inalienabili il giudice nazionale sarebbe chiamato a sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato – e non della singola norma europea contrastante con i principi cardine del nostro

---

<sup>30</sup> Corte di Giustizia C.e., causa 26-62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, 5 febbraio 1963.

<sup>31</sup> Corte di Giustizia C.e., causa 6/64, *Costa c. Enel*, 15 luglio 1964.

<sup>32</sup> Già con la sentenza 27 dicembre 1973, n. 183, la Corte costituzionale ha escluso che le limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. potessero comportare l'attribuzione alle Comunità europee del potere di derogare ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano o ai diritti inalienabili della persona in esso sanciti (in senso conforme, cfr. Corte cost., sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*). Anche la giurisprudenza costituzionale successiva, pur riconoscendo che l'ordinamento europeo prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli e che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono parte integrante ed essenziale di tale ordinamento, non ha mai rinunciato al proprio sindacato giurisdizionale sulla compatibilità del Trattato con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. Ciò in quanto, osserva la Corte, «*quel che è estremamente improbabile*» (e cioè una concreta violazione, da parte del diritto europeo, dei principi fondamentali della Costituzione italiana o dei diritti inalienabili della persona ivi sanciti) «*è pur sempre possibile*» (così Corte cost., sentenza 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd*). Importanti riferimenti al tema dei controlimiti si rinvengono anche in Corte cost., sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; Corte cost., sentenza 24 giugno 2010, n. 227; Corte cost., sentenza 28 novembre 2012, n. 264. Da ultimo, con la sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, la Corte ha ribadito l'esistenza di «*elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale*» che prevalgono su ogni altra norma che con essi contrasti.

ordinamento costituzionale, essendo quest'ultima parte di un sistema separato e distinto da quello italiano, sul quale, secondo la Corte costituzionale, non può estendersi il sindacato di legittimità.

Proprio quest'ultimo punto ha, tuttavia, sollevato qualche perplessità in dottrina, poiché si è sostenuto che escludere che la Corte costituzionale possa dichiarare l'incostituzionalità delle sole norme europee che determinano la violazione dei principi fondamentali della Costituzione significa limitare fortemente la concreta operatività della teoria dei controlimiti. Invero, la dichiarazione di incostituzionalità della legge di ratifica del Trattato determinerebbe la disastrosa conseguenza di far venir meno l'intero sistema delle norme di derivazione europea. Per superare un tale inconveniente, è stato proposto di interpretare estensivamente l'art. 134 Cost., in forza del quale spetta alla Corte costituzionale sindacare la legittimità costituzionale degli atti aventi forza di legge, ed ammettere che anche i regolamenti e le direttive europee possano essere sottoposti a controllo della Corte e dichiarati incostituzionali nell'ipotesi di contrasto con i principi fondamentali della Costituzione <sup>(33)</sup>.

Questa soluzione, tuttavia, non ci pare convincente, perché attribuire alle Corti costituzionali nazionali il potere di dichiarare l'illegittimità delle norme europee, rendendole così inapplicabili nell'ordinamento nazionale, significherebbe impedire l'armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali e quindi ostacolare il funzionamento del Mercato Europeo Comune. Invero, se si ammette che la Corte costituzionale di ciascuno degli Stati membri possa decidere se una certa norma europea sia conforme, o contraria, alla Costituzione di quello Stato, la conseguenza inevitabile è che una stessa norma possa esser reputata legittima (e quindi applicata) in uno Stato e illegittima (e quindi inapplicabile) in un altro Stato. La conseguenza ultima di un tale approccio sarebbe il caos normativo, perché ogni Stato membro avrebbe il potere di decidere quale parte del diritto europeo applicare nel proprio ordinamento interno e quale dichiarare inapplicabile. Il che, peraltro, porrebbe nel nulla il principio della primazia del diritto europeo sul diritto nazionale. La soluzione da adottare non può, dunque, essere quella dello scontro frontale tra Carte, Corti e principi, ma quella del dialogo istituzionale: dato che il diritto europeo si è impegnato a rispettare le tradizioni costituzionali degli Stati membri <sup>(34)</sup>, ogniqualvolta le Corti costituzionali nazionali dovessero riscontrare un contrasto (insanabile in via interpretativa) di una norma europea con un principio fondamentale della Costituzione nazionale dovrebbero esser tenute ad operare un rinvio pregiudiziale (*ex art. 267 TFUE*) alla Corte di

---

<sup>33</sup> V., sul punto, P. PERLINGIERI, Conclusioni, in *Proprietà e diritto europeo*. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013, op. cit., p. 328.

<sup>34</sup> L'art. 53 della Carta di Nizza vieta di interpretare le disposizioni della Carta come limitative o lesive dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri. Inoltre, a seguito della riforma dei Trattati europei del 2009, gli artt. 4.2 e 6.3 TUE, nonché l'art. 67.1 TFUE impongono al diritto dell'Unione europea di rispettare le "tradizioni costituzionali comuni" e la "struttura fondamentale, politica e costituzionale" dei singoli Stati membri.

giustizia dell'Unione europea, che, avendo contezza dell'intero sistema giuridico nazionale-europeo, formato dai singoli ordinamenti di tutti gli Stati membri e dal diritto dell'Unione, è l'unica Corte a poter stabilire in via definitiva se una certa normativa europea debba ritenersi legittima alla luce delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

#### **§ 4. Le competenze normative dell'Unione europea.**

L'affermazione dei principi del primato del diritto europeo e della efficacia diretta delle sue norme all'interno degli ordinamenti nazionali è stata il frutto di un percorso lungo e tortuoso, che ha condotto, grazie al costante confronto tra Corte di Giustizia e Corti costituzionali, a un soddisfacente assetto dei rapporti tra fonti europee e fonti interne. A ben vedere, infatti, l'assetto dei rapporti tra norme europee e norme nazionali risponde perfettamente a una corretta applicazione dei tradizionali criteri di composizione delle antinomie normative.

In particolare, quando l'interprete è chiamato a comporre le antinomie tra fonti che fanno parte di un medesimo sistema normativo (europeo ovvero nazionale) deve ricorrere al criterio gerarchico (se le norme in questione si collocano su piani differenziati) e al criterio cronologico (quando le norme si collocano sullo stesso livello); quando, invece, si tratta di risolvere i conflitti tra norme appartenenti a sistemi normativi differenti (europeo e nazionale) il criterio da utilizzare è quello della competenza.

Ciò in quanto l'ordinamento dell'Unione europea, fondandosi sul c.d. principio di attribuzione <sup>(35)</sup>, non è dotato di una competenza normativa che si estende alla generalità dei fenomeni giuridicamente rilevanti e, pertanto, il suo ambito di applicazione può, almeno in linea di principio, esser mantenuto ben distinto da quello dei singoli ordinamenti nazionali <sup>(36)</sup>. Invero, il principio di attribuzione implica che

---

<sup>35</sup> V. art. 5, commi 1 e 2, TUE.

<sup>36</sup> L'art. 2 TFUE indica tre categorie di competenze dell'Unione europea: le competenze esclusive (art. 3 TFUE); le competenze concorrenti (art. 4 TFUE); le competenze specifiche di coordinamento delle politiche economiche, occupazionali e sociali, nonché quelle di sostegno, coordinamento o completamento (artt. 5 e 6 TFUE). In base all'art. 3 TFUE, l'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori (tassativamente indicati): a) unione doganale; b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; c) politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro; d) conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca; e) politica commerciale comune. L'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali quando tale conclusione sia prevista in un atto legislativo dell'Unione o risulti necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata. Ai sensi dell'art.



solo quando i Trattati istitutivi le attribuiscono una specifica competenza legislativa l'Unione europea può agire, conformemente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità <sup>(37)</sup>. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati spetta agli Stati membri <sup>(38)</sup>.

Differentemente, il Trattato CEDU estende la sua portata a tutti i settori giuridicamente rilevanti e gli Stati che hanno aderito al Trattato ne hanno interiorizzato i principi all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Pertanto, i rapporti tra le norme CEDU e gli ordinamenti degli singoli Stati aderenti dovranno essere regolati non sulla base del criterio della competenza, bensì mediante il ricorso al criterio gerarchico.

## **§ 5. Una nuova piramide delle fonti del diritto.**

Le considerazioni svolte in tema di rapporti tra le fonti che compongono il sistema nazional-europeo di tutela dei diritti possono essere schematizzate ricorrendo alla figura geometrica della piramide. Una tale descrizione figurativa risulta particolarmente utile nella misura in cui consente di cogliere immediatamente l'attuale configurazione del sistema integrato delle fonti del diritto.

---

4 TFUE, l'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di competenza esclusiva, né di sostegno o coordinamento. Infine, l'Unione europea esercita le proprie competenze di coordinamento e sostegno mediante interventi caratterizzati da una «finalità europea» (*ex* art. 6 TFUE), che si accompagna a quella nazionale perseguita dagli Stati membri. In linea di principio, i settori non espressamente attribuiti all'Unione devono intendersi riservati alla competenza esclusiva degli Stati membri.

<sup>37</sup> In base a detti principi, le questioni devono essere affrontate prima a livello di Stati membri. L'Unione dovrebbe agire solo quando un suo intervento può garantire una regolamentazione uniforme che sarebbe più vantaggiosa per il conseguimento degli obiettivi indicati nei Trattati.

<sup>38</sup> V. artt. 4, par. 1, e 5, par.2, TUE.

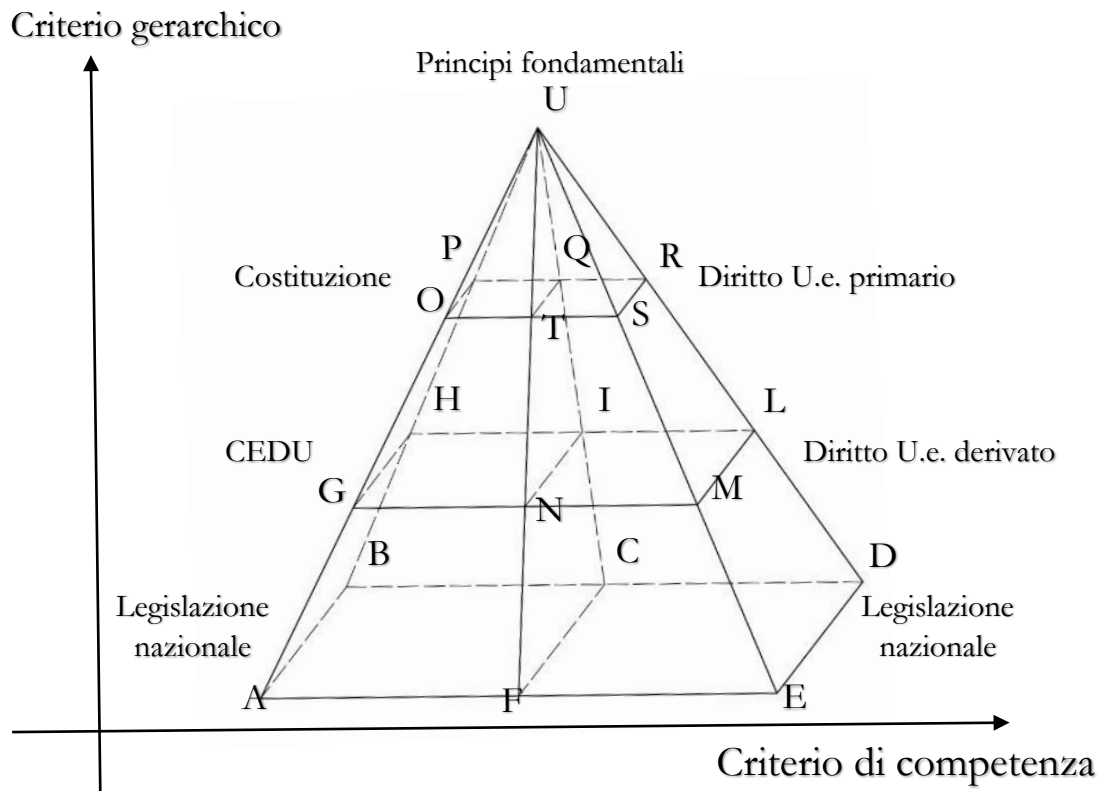


Fig. 1. La nuova piramide delle fonti del diritto.

Il grafico si basa sull'applicazione congiunta dei criteri gerarchico e di competenza, rappresentati rispettivamente sull'asse verticale e sull'asse orizzontale. Il piano di vertici FUC interseca la piramide ABUDE, dividendola in due parti distinte, che rappresentano rispettivamente l'ambito di competenza normativa dello Stato (ABUCF) e l'ambito di competenza normativa dell'Unione europea (FCUDE). Tale piano deve essere inteso come una struttura permeabile, dato che, nel tempo, potrebbero verificarsi delle variazioni nel riparto delle competenze tra Stati e Unione europea e quindi si potrebbe assistere al passaggio di determinate materie dall'una all'altra parte della piramide <sup>(39)</sup>.

<sup>39</sup> In particolare, nelle Dichiarazioni allegate all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona (al n. 18) si prevede espressamente che «i rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di conferenza intergovernativa, conformemente alla procedura di revisione ordinaria di cui all'articolo 48, paragrafi da 2 a 5 del trattato sull'Unione europea possono decidere di modificare i trattati su cui l'Unione si fonda, anche per accrescere o ridurre le competenze attribuite all'Unione in detti trattati». Dunque, le limitazioni di sovranità accettate dagli Stati membri al momento dell'adesione all'Unione europea sono reversibili, poiché le competenze attribuite all'Unione possono essere ridotte a vantaggio degli Stati. Inoltre, anche nei settori di competenza esclusiva dell'Unione gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti se autorizzati dall'Unione ovvero per dare attuazione agli atti dell'Unione. A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, TFUE, quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente

Applicando questo schema sarà sufficiente, per risolvere le eventuali antinomie normative esistenti tra le varie fonti, stabilire se una certa materia rientri nell'ambito di competenza nazionale ovvero in quello dell'Unione e poi applicare il criterio gerarchico.

Invero, se la competenza è dello Stato, le disposizioni di legge non potranno confliggere con i principi contenuti nella CEDU poiché l'art. 117, comma 1, Cost. impone che l'esercizio della potestà legislativa avvenga nel rispetto degli obblighi internazionali (tra i quali rientra l'obbligo, assunto dallo Stato italiano al momento dell'adesione, di osservare le norme contenute nella CEDU); ma quest'ultima, in quanto parametro interposto (cioè sovra-legislativo, ma sub-costituzionale), dovrà comunque rispettare le norme della Costituzione. Pertanto, il giudice nazionale che dovesse individuare un contrasto – non sanabile mediante una interpretazione costituzionalmente orientata – tra una norma di legge e un principio contenuto nella CEDU (letta alla luce della giurisprudenza della Corte EDU), dopo aver accertato la conformità di quest'ultima alle norme costituzionali, dovrà sollevare una questione di legittimità, chiamando la Corte costituzionale a sindacare la conformità a Costituzione della legge in questione. Qualora, invece, dovesse riscontrare un contrasto tra la normativa nazionale e la CEDU ma, al tempo stesso, una violazione delle norme costituzionali da parte della stessa Convenzione europea, il giudice nazionale non potrà far altro che impugnare la legge italiana di ratifica del Trattato CEDU per contrasto con i principi costituzionali.

Dunque, nelle materie di competenza dello Stato, alla base della piramide delle fonti si colloca la legge <sup>(40)</sup>. Su un piano superiore, in quanto gerarchicamente sovraordinato, si rinvencono i principi contenuti nella CEDU, parametro interposto e quindi criterio di valutazione della costituzionalità delle leggi, ma comunque fonte di rango sub-costituzionale. Al livello più alto della piramide si collocano le norme costituzionali e, in particolare, quei principi fondamentali che caratterizzano la struttura essenziale del nostro ordinamento e che quindi occupano il vertice del sistema delle fonti.

---

vincolanti in tale settore, e dunque esercitare la loro competenza senza alcuna autorizzazione da parte dell'Unione, nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. In ogni caso, gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria. Infine, nei settori che non rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione opera (*ex art. 5, comma 3, TUE*) il principio di sussidiarietà, che legittima l'intervento dell'Unione quando gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.

<sup>40</sup> Per esigenze di semplificazione, nel grafico non sono state inserite le fonti del diritto nazionali di rango sub-legislativo, cioè i regolamenti e la consuetudine. Tali fonti non pongono, tuttavia, alcun problema, poiché i loro rapporti con le leggi sono regolati dal criterio gerarchico. Pertanto, in presenza di un contrasto tra una norma di rango sub-legislativo e una norma di legge dovrà senz'altro prevalere quest'ultima.

Un discorso analogo può esser svolto con riguardo alle materie che rientrano nella competenza dell'Unione europea. Invero, al vertice della piramide vi sono quei principi fondamentali e diritti inalienabili della persona che rappresentano altrettanti "controlimiti" alla primazia del diritto eurounitario sugli ordinamenti nazionali. In una posizione immediatamente subordinata si colloca, in tal caso, il diritto primario dell'Unione europea, che, salvo il rispetto dei principi fondamentali, prevale finanche sulle norme costituzionali. Il che non deve sorprendere, se si tiene in considerazione l'operare del criterio della competenza: se gli Stati, aderendo ai Trattati istitutivi, hanno rinunciato alla loro sovranità (anche legislativa) nelle materie attribuite alla competenza dell'Unione europea, le loro norme non possono che soccombere di fronte a quelle emanate dall'autorità legittimata a disciplinare un certo settore. Ecco allora che al di sotto dei principi costituzionali fondamentali si collocano le norme del diritto europeo primario e, in una posizione ulteriormente subordinata, quelle del diritto europeo secondario. Anche in questo ambito viene, infine, in rilievo la legislazione nazionale, in quanto non tutte le fonti dell'Unione europea sono direttamente efficaci negli ordinamenti degli Stati membri: emblematico è il caso delle direttive, che – almeno tendenzialmente <sup>(41)</sup> – si limitano a dettare dei principi di carattere generale, affidando al singolo Stato membro il compito di dare esecuzione a quei principi mediante norme di dettaglio. Ed è evidente che, in casi di questo genere, la normativa nazionale introdotta in attuazione della direttiva europea dovrà rispettarne il contenuto, ponendosi, pertanto, rispetto ad essa, in una situazione di subordinazione gerarchica.

La teoria delle fonti qui proposta, sebbene sviluppata sulla base delle norme vigenti nell'ordinamento giuridico italiano e delle sentenze della Corte costituzionale italiana, conserva il suo valore anche rispetto agli altri Stati membri dell'Unione, poiché anche in questi ordinamenti sono stati affermati criteri simili per la composizione delle eventuali antinomie tra fonti del diritto nazionali ed europee: da un lato, vale il principio del primato del diritto europeo sulla legislazione nazionale; dall'altro, tale principio trova dei limiti nell'identità costituzionale di ciascuno Stato membro <sup>(42)</sup>.

---

<sup>41</sup> È fatta salva l'ipotesi delle *direttive c.d. self executing*, suscettibili, in presenza di determinate condizioni, di applicazione diretta all'interno degli Stati membri.

<sup>42</sup> Ad esempio, nel sistema giuridico tedesco l'intangibilità dei principi fondamentali della Costituzione è sancita, a seguito della riforma del 1992, nell'art. 23 Cost., ove si prevede che la Repubblica federale tedesca collabora allo sviluppo dell'Unione Europea per la realizzazione di un'Europa unita, ma che l'Unione europea dovrà restare fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico, nonché al principio di sussidiarietà, e garantire una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della Legge fondamentale tedesca. Anche il Tribunale costituzionale tedesco è intervenuto in più occasioni per enucleare lo strumento dei controlimiti, affermando il primato dei principi costituzionali fondamentali sulle fonti dell'Unione europea. Per un approfondimento sul punto, v. P. L. GETI, *Il contributo della Giurisprudenza costituzionale tedesca nella determinazione dei rapporti con l'Unione Europea*, in *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella*

Questa teoria ha evidenti risvolti pratici nel campo della normativa sul diritto di proprietà. Invero, tra i principi fondamentali che costituiscono il limite al primato del diritto europeo deve certamente farsi rientrare il principio della “funzione sociale” del diritto di proprietà (43). Ne deriva che, qualora il legislatore europeo o la Corte di Giustizia dovessero rispettivamente introdurre norme o emanare sentenze che assicurino al diritto di proprietà una tutela così ampia da determinarne la prevalenza rispetto ai valori “sociali” sanciti come fondamentali dalla Costituzione italiana, il giudice italiano, chiamato ad applicare quelle norme, avrebbe il dovere di sollevare una questione di legittimità costituzionale della legge di ratifica dei Trattati europei. In tal modo, la Corte costituzionale, accertata la sussistenza di un effettivo conflitto, potrà far valere la prevalenza delle norme attuative della funzione sociale rispetto alle norme o sentenze europee che assicurano prevalenza alle libertà economiche.

## SEZIONE II. I FONDAMENTI GIURIDICI DI UNA DISCIPLINA EUROPEA DELLA PROPRIETÀ.

### § 6. Una normativa europea sulla proprietà: prospettiva *de iure condito*. L’art. 345 TFUE come ostacolo per un intervento dell’Unione europea.

Poste queste premesse sulla struttura del sistema nazional-europeo delle fonti del diritto e sui criteri da utilizzare per comporre le eventuali antinomie normative, è ora possibile affrontare il secondo nodo fondamentale della presente indagine, ossia se la regolamentazione del diritto di proprietà rientri nell’ambito delle competenze normative che gli Stati membri hanno attribuito, con i Trattati istitutivi, all’Unione europea.

Nel condurre detta analisi, occorrerà tenere distinti due piani di riflessione: se, in una prospettiva *de iure condito*, pare difficile affermare che i Trattati attribuiscono

---

*governance multilivello. Atti del Convegno (Roma, 12-13 maggio 2015)*, (a cura di) F. LANCHESTER, ed. Giuffrè, Milano, 2016.

<sup>43</sup> Sul punto, la Corte costituzionale italiana, con sentenza del 22 ottobre 2007, n. 348, ha chiarito che la funzione sociale «deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all’art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale» e che la protezione del diritto di proprietà non deve «pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri)». In dottrina, C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., p. 83, ha rilevato che «*principio lavorista, doveri di solidarietà, tutela dei diritti sociali e funzione sociale della proprietà sono strettamente connessi in un fondamentale “principio sociale” [...], e concorrono pertanto a definire l’identità costituzionale italiana*».

all'Unione europea la competenza a regolamentare il diritto di proprietà, su un piano di riflessione *de iure condendo* l'armonizzazione pare assolutamente necessaria per la piena realizzazione degli obiettivi fondamentali che l'Unione europea si è data, su tutti la piena integrazione del mercato comune. Invero, così come è logicamente impensabile che all'interno di uno Stato unitario esistano diversi regimi di proprietà, disciplinati con fonti normative dei vari enti territoriali che lo compongono (Regioni, *Länder*), allo stesso modo non si potrà definire il mercato europeo come un mercato unitario fino a quando non si riuscirà ad introdurre una normativa europea sulla proprietà (modi di acquisto, poteri del proprietario, limiti) unica e vincolante per tutti gli Stati membri.

Prendendo le mosse dall'analisi del quadro normativo europeo attualmente vigente (dunque, nella prospettiva *de iure condito*), occorre subito rilevare che il principale ostacolo all'affermazione della competenza dell'Unione in materia di proprietà è rappresentato dall'art. 345 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea <sup>(44)</sup>, in forza del quale «*I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*». In dottrina, sono stati formulati molteplici argomenti nel tentativo di superare detto ostacolo e dimostrare la competenza dell'Unione nella materia proprietaria <sup>(45)</sup>. Occorrerà, dunque, passare in rassegna detti argomenti allo scopo di valutarne la fondatezza.

### § 6.1. (Segue). Un'indagine del dato testuale.

Il primo argomento utilizzato per dimostrare la competenza dell'Unione in materia proprietaria è quello dell'interpretazione letterale dell'art. 345 TFUE. Com'è noto, detto criterio è basato sull'assunto per cui l'interprete deve attribuire a ciascuna parola il suo significato proprio (da individuarsi in base alla connessione tra le parole medesime) ed attenersi alla lettera della disposizione (secondo il canone metodologico "*in claris non fit interpretatio*"). In altri termini, l'interprete deve "dichiarare", cioè portare alla luce, il significato insito nel testo normativo (da qui l'espressione "*interpretazione dichiarativa*", con cui si designa questo tipo di interpretazione). Quando ci si trova di

---

<sup>44</sup> La norma affonda le sue radici nella dichiarazione *Schuman* del 9 maggio 1950. Da qui, essa è stata poi recepita nel Trattato della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (art. 83), nel Trattato Euratom (art. 91), nel Trattato della Comunità economica europea (art. 222) e nel Trattato che istituisce la Comunità europea (art. 295), confluendo, infine, nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 345).

<sup>45</sup> Cfr. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Ed. Giappichelli, Torino, 2015, pp. 23-29; v. anche B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, in *European Law Journal*, Vol. 16, n. 3, 2010, pp. 292-314; S. VAN ERP, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, op. cit., pp. 6-7; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, op. cit., pp. 508-509.

fronte a un testo normativo a carattere sovranazionale formulato in molteplici lingue diverse, l'operazione consistente nell'individuare il significato letterale della disposizione si complica notevolmente, poiché richiede un confronto lessicale tra le diverse formulazioni del testo. Invero, tutte le versioni linguistiche del Trattato sono ugualmente autentiche e, pertanto, il contenuto di una sua norma non può essere ricavato da una sola versione isolatamente considerata <sup>(46)</sup>. Tuttavia, nel caso dell'art. 345 TFUE sarebbe superfluo esaminare tutte le diverse versioni linguistiche oggi esistenti, poiché la formulazione del testo normativo non è cambiata da quando è stata elaborata nel 1957. Poiché le lingue ufficiali e autentiche in cui fu redatto il Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCEE), con il quale venne introdotta la norma in esame, erano francese, tedesco, olandese e italiano, è sufficiente, per ricostruire il significato del testo normativo *de quo*, analizzarne la formulazione in lingua francese <sup>(47)</sup>, tedesca <sup>(48)</sup>, italiana <sup>(49)</sup> e olandese <sup>(50)</sup>.

Ulteriori indicazioni possono esser tratte dall'analisi dell'articolo 83 del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, in quanto la formulazione dell'art. 345 TFUE riprende quasi letteralmente quella della norma contenuta nel Trattato CECA. Tale Trattato è redatto (e quindi autentico) solo in lingua francese <sup>(51)</sup>, sebbene sia stato poi tradotto e pubblicato anche nelle altre lingue degli Stati aderenti alla CECA. L'articolo 83 CECA dispone: «*L'institution de la Communauté ne préjuge en rien le régime de propriété des entreprises soumises aux dispositions du présent Traité*».

Il termine “*préjuge*”, che si rinviene nella versione francese dell'articolo 83 CECA e dell'articolo 345 del TFUE <sup>(52)</sup>, era già stato utilizzato nella *Dichiarazione Schuman* del 9 maggio 1950, che recita: «*L'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété des entreprises*».

Gli equivalenti del termine “*préjuge*” di cui all'articolo 345 TFUE sono: nella versione italiana “*lasciano impregiudicato*”; nella versione tedesca “*lassen unberührt*”; nella

---

<sup>46</sup> Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 283/81, *CILFIT*, cit., (par. 18), ove si ricorda che la legislazione comunitaria è redatta in più lingue e che le diverse versioni linguistiche sono tutte ugualmente autentiche. L'interpretazione di una disposizione di diritto comunitario implica quindi un confronto tra le diverse versioni linguistiche.

<sup>47</sup> In base alla testo francese, «*Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres*».

<sup>48</sup> La versione tedesca recita: «*Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt*».

<sup>49</sup> Il testo italiano prevede che «*I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*».

<sup>50</sup> La versione olandese dispone: «*De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverleth*».

<sup>51</sup> L'articolo 100 CECA afferma che il trattato è «*rédigé en un seul exemplaire*».

<sup>52</sup> In ragione del cambiamento da “*Questo Trattato*” a “*I Trattati*”, l'articolo adesso usa la parola “*préjugent*” al posto di “*préjugé*”.

versione olandese “*laten onverlet*”. Il significato letterale di queste espressioni è univoco e indica che qualcosa di nuovo non inciderà su qualcosa di preesistente, lasciando dunque inalterata la situazione iniziale. Utilizzate nell’ambito dell’art. 345 TFUE, esse intendono significare che l’entrata in vigore del Trattato non produrrà modificazioni nei sistemi di proprietà già vigenti negli Stati membri.

Si è sostenuto che una tale previsione serviva ad assicurare la compatibilità del Trattato sul Funzionamento dell’Unione con i sistemi sulla proprietà vigenti negli Stati aderenti e che, tuttavia, essa non equivale a escludere, in via assoluta, ogni futuro intervento dell’Unione in relazione alle questioni proprietarie <sup>(53)</sup>. Una tale conclusione non può, però, indurre l’interprete ad affermare la competenza dell’Unione in materia proprietaria, atteso che, alla luce delle norme che regolano i rapporti tra fonti dell’Unione e fonti degli Stati membri, soltanto in presenza di un’espressa attribuzione in favore dell’Unione se ne può affermare la competenza. Nel caso di specie, invece, la lettera dell’art. 345 TFUE sembrerebbe escludere, piuttosto che ammettere, la competenza europea in materia di regime della proprietà.

## **§ 6.2. (Segue). L’interpretazione sistematica del dato normativo.**

Il secondo criterio interpretativo utilizzato per tentare di dimostrare la competenza dell’Unione in materia di proprietà è quello sistematico, consistente nel leggere l’art. 345 TFUE alla luce dell’intero contesto normativo nel quale esso si colloca, secondo l’idea per cui ciascuna norma altro non è che la tessera di un mosaico complesso, in cui deve incastonarsi armonicamente. Il criterio di interpretazione sistematica svolge, dunque, un ruolo essenziale di integrazione del criterio letterale, potendo confermare (o ribaltare) il risultato raggiunto mediante il confronto tra le diverse versioni linguistiche del testo normativo. Invero, detto criterio impone di rifuggire quelle soluzioni interpretative che mettono la disposizione in esame in urto con le altre disposizioni dei Trattati ovvero con il diritto derivato relativo alla medesima materia <sup>(54)</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr. B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, op. cit., pp. 297-298.

<sup>54</sup> Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 30/77, *Régina contro Pierre Bouchereau*, 27 Ottobre 1977 (par. 14), ove si chiarisce che, poiché le varie versioni linguistiche di un testo comunitario vanno interpretate in modo uniforme, in caso di divergenza fra le versioni stesse, la disposizione da interpretare deve essere intesa in funzione del sistema e delle finalità della normativa di cui essa fa parte. V. anche Corte di Giustizia U.e., Causa 283/81, *CILFIT*, cit. (par. 20), ove si ribadisce che ogni disposizione di diritto comunitario deve essere inquadrata nel suo contesto e interpretata alla luce delle disposizioni del diritto comunitario nel suo insieme, tenendo conto dei suoi obiettivi e del suo stato di evoluzione alla data in cui la disposizione in questione deve essere applicata.



Ciò posto, in dottrina è stato osservato che l'articolo 222 CEE (oggi, art. 345 TFUE) è stato collocato nella parte conclusiva del Trattato, contenente le disposizioni generali e finali, e da questa collocazione si è ritenuto di poter desumere che i redattori non abbiano considerato detta norma come un articolo fondamentale del Trattato, poiché se l'art. 345 TFUE fosse stato inteso come divieto, per l'Unione europea, di intervenire in un settore rilevante del diritto privato quale è quello della proprietà, la norma avrebbe avuto una collocazione differente <sup>(55)</sup>. A ben vedere, tuttavia, una simile conclusione appare particolarmente fragile, poiché tutte le norme del Trattato hanno lo stesso valore normativo, indipendentemente dalla loro collocazione.

Si è anche osservato che la collocazione della disposizione in esame dimostra come essa non sia destinata a costituire una base giuridica per l'esercizio della funzione normativa da parte dell'Unione europea, poiché quasi tutti gli articoli che forniscono all'Unione una tale base giuridica sono collocati altrove <sup>(56)</sup>. Ma tale argomento non fa altro che confermare l'inesistenza di una espressa attribuzione della competenza normativa in materia di regimi proprietari a favore dell'Unione europea.

### **§ 6.3. (Segue). L'interpretazione storica: un'indagine dei lavori preparatori.**

Ulteriori argomentazioni a sostegno della competenza normativa dell'Unione in materia di diritto di proprietà sono state formulate a partire dall'esame dei vari passaggi storici che hanno condotto all'attuale formulazione della disposizione. Si è rilevato, in particolare, che l'art. 222 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, affermava: «*Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres*» e che durante il processo di negoziazione diversi gruppi di studio si sono occupati della formula da utilizzare nella disposizione in esame. Il *Groupe de Rédaction* propose la prima formulazione il 5 dicembre 1956 <sup>(57)</sup>: «*Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de propriété des moyens de production existant dans la Communauté*» <sup>(58)</sup>. Il 18 gennaio 1957 un gruppo speciale di

---

<sup>55</sup> In questo senso, B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, op. cit., pp. 298-299.

<sup>56</sup> IBIDEM.

<sup>57</sup> Conseil des Communautés Europeennes, Archives Historiques, *Negotiations des Traités Instituant la communauté Economique Européenne et la communauté européenne de l'énergie atomique*, CM 3, N. 0261, Conférence intergouvernementale: Historique des articles 210 à 225 du traité instituant la CEE.

<sup>58</sup> Doc. MAE 641/56 (Art. 9).

esperti, il *Groupe du Marché Commun* <sup>(59)</sup>, propose una versione rivista: «*Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de propriété des entreprises soumises aux dispositions du Traité*» <sup>(60)</sup>. Nel testo proposto dal *Groupe du Marché Commun* l'espressione arcaica “*mezzi di produzione*” venne sostituita dalla formula “*proprietà delle imprese*”, probabilmente allo scopo di modernizzare il testo, ma non di modificare nella sostanza il contenuto dell'articolo. Il 21 gennaio 1957, lo stesso gruppo di esperti cancellò la parte finale della frase («*soumises aux dispositions du Traité*»). Ciò ha lasciato una versione del testo che è quasi identica a quella successivamente utilizzata nel Trattato di Roma. L'unica differenza è rimasta nel riferimento alle imprese (“*des entreprises*”), che qualificano il sistema di proprietà (“*régime de propriété*”).

Durante una riunione intergovernativa tenutasi il 6 marzo 1957, gli *Chefs de Délégation* rimossero l'espressione “*des entreprises*” dal testo dell'articolo <sup>(61)</sup>, facendo sì che la disposizione assumesse la formulazione che oggi ritroviamo nell'articolo 222 CEE <sup>(62)</sup>. Tale modifica sembrerebbe estendere l'ambito di applicazione della norma oltre il regime della proprietà delle imprese, fino a ricomprendere i sistemi di proprietà in generale. Tuttavia, in dottrina si è sostenuto che, poiché i lavori preparatori dell'articolo 222 CEE non spiegano la ragione per cui si è deciso di eliminare il riferimento alle imprese, né dichiarano che detta modifica è intesa ad ampliare il campo di applicazione della norma <sup>(63)</sup>, dovrebbe concludersi nel senso che la riforma del testo non abbia inteso mutarne il significato. Invero, si argomenta, se questa fosse stata l'intenzione, data la rilevanza della decisione, i revisori avrebbero spiegato le ragioni sottese al cambiamento. Inoltre, la circostanza che la formulazione dell'articolo sia stata modificata dagli *Chefs de Délégation* (e non durante una conferenza intergovernativa, alla presenza dei ministri) suggerirebbe che il cambiamento fu dovuto a ragioni meramente stilistiche e non all'intenzione di modificare l'ambito di applicazione della norma. Tali argomentazioni, tuttavia, non sembrano poggiare su fondamenta logiche e giuridiche solide. Invero, se si è ritenuto di modificare un testo normativo è perché, evidentemente, si è riscontrata la necessità di incidere sugli effetti giuridici che quel testo era destinato a produrre. Non si può, inoltre, pretendere di ricostruire il significato di una disposizione sulla base dell'assenza di spiegazioni circa una modifica apportata ad un testo normativo, perché ciò significherebbe pretendere di interpretare il pensiero di coloro che hanno lavorato alla formulazione della norma

---

<sup>59</sup> Il *Groupe du Marché Commun* fu creato per assistere il *Comité des Chefs de Délégation*, ossia il raduno dei capi delle delegazioni, che assunse le principali decisioni sul contenuto del progetto di Trattato.

<sup>60</sup> Doc. MAE 177/57 e Doc. MAE 243/57 (Art. 43 *quater*).

<sup>61</sup> Doc. MAE 786/57 (Art 282).

<sup>62</sup> Sulla ricostruzione dei lavori preparatori, v. B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, op. cit., pp. 299-308.

<sup>63</sup> I lavori preparatori dell'incontro del 6 marzo 1957 non contengono alcuna spiegazione in merito alla modifica della formulazione. MAE 786/57, Art. 232, CM3-NEGO-000268.

e di attribuire a detta interpretazione un valore assoluto, capace di far passare in secondo piano lo stesso dettato normativo. Ma questo modo di ragionare, evidentemente, contrasta con il criterio principe dell'interpretazione, ossia la lettura del testo secondo il significato proprio delle parole che lo compongono: la circostanza che il riferimento alla proprietà delle imprese sia stato eliminato non può affatto passare in secondo piano.

#### § 6.4. (Segue). Le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza.

L'ultimo argomento di cui la dottrina ha fatto uso per sostenere la competenza normativa dell'Unione europea in materia di diritto di proprietà concerne il modo in cui l'art. 345 TFUE è stato interpretato e applicato nelle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale, sin dagli anni '70 del secolo scorso, ha affermato la tutela comunitaria della proprietà, deducendola dai principi generali del diritto. In particolare, nel 1974, con la sentenza *Nold*, la Corte ha chiarito che il diritto di proprietà, in quanto diritto fondamentale, fa parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza. La Corte di Giustizia ha altresì precisato che, nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati <sup>(64)</sup>. In termini analoghi la Corte si è espressa nella sentenza *Hauer* del 1979, chiarendo che nell'ordinamento giuridico comunitario il diritto di proprietà è tutelato alla stregua dei principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri, recepiti nell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, che contempla due forme di possibili lesioni dei diritti del proprietario, vale a dire quelle consistenti nel privare il proprietario del suo diritto e quelle consistenti nel limitare l'esercizio dei relativi poteri <sup>(65)</sup>.

Un'altra pronuncia rilevante risale al 1984, quando la Corte è chiamata ad occuparsi di una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con il Trattato CEE della legge fondiaria irlandese nella parte in cui essa – al dichiarato scopo di far sì che, per quanto possibile, la terra appartenga a chi la lavora – prevedeva che la *Irish Land Commission* non potesse esercitare il proprio potere di espropriazione nei confronti di persone che risiedono da più di un anno a meno di tre miglia dal fondo o nei confronti di persone giuridiche di cui tutti gli azionisti soddisfino la stessa condizione di

---

<sup>64</sup> Corte di Giustizia C.e., Causa 4/73, *Nold c. Commissione delle Comunità europee*, 14 maggio 1974, par. 13.

<sup>65</sup> Corte di Giustizia C.e., Causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz (Land Renania-Palatinato)*, 13 dicembre 1979, parr. 15, 17, 19.

residenza <sup>(66)</sup>. Una delle questioni centrali nell'ambito di questo procedimento è stata l'interpretazione dell'articolo 222 CEE. Nelle sue osservazioni scritte, la Commissione ha sostenuto che il sistema di espropriazione pubblica rientra nel regime della proprietà e che quindi l'art. 222 del trattato impone una soluzione in senso negativo della questione proposta dal giudice nazionale. La Corte di Giustizia ha ritenuto di non poter accogliere una tale conclusione, poiché l'art. 54, n. 3, sub e), del Trattato, impone la soppressione delle restrizioni all'acquisto e allo sfruttamento, da parte del cittadino di uno stato membro, di proprietà fondiaria situate in un altro stato membro, al fine di realizzare il diritto di stabilimento. Nello stesso senso, il «Programma generale» del Consiglio «per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento», del 18 dicembre 1961 ricomprende fra le restrizioni alla libertà di stabilimento da sopprimere le disposizioni o pratiche che accordano ai cittadini di un altro stato membro un regime meno favorevole in caso di espropriazione. Ne consegue che, per quanto l'art. 222 del trattato non metta in discussione la facoltà degli Stati membri di istituire un regime di espropriazione pubblica, un siffatto regime non sfugge però al principio fondamentale di non discriminazione che è alla base del capo del Trattato relativo al diritto di stabilimento. Ad ogni modo, sottolinea la Corte, le particolarità di un regime di proprietà esistente in uno Stato membro non possono giustificare la persistenza di un inadempimento consistente in un pregiudizio per la libera prestazione dei servizi <sup>(67)</sup> o per la libera concorrenza <sup>(68)</sup>.

Pronunce dal tenore analogo sono state emesse dalla Corte di giustizia in relazione a casi riguardanti la “proprietà” delle azioni societarie. In particolare, essa è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il Trattato della normativa portoghese, la quale, da una parte, vietava agli investitori cittadini di un altro Stato membro di acquisire più di un determinato numero di azioni in talune imprese portoghesi e, dall'altra, subordinava alla previa autorizzazione della Repubblica portoghese l'acquisizione di una partecipazione superiore ad un determinato livello in talune imprese portoghesi. Una tale normativa, operando una discriminazione tra portoghesi e cittadini di altri Stati membri, si poneva come un ostacolo al diritto di stabilimento dei cittadini di altri Stati membri, nonché alla libera circolazione dei capitali all'interno della Comunità. Ed infatti, la Corte, nell'accertare l'avvenuta violazione degli obblighi derivanti dal Trattato da parte della Repubblica portoghese, ha chiarito che gli Stati membri non possono «*avvalersi dei loro regimi di proprietà, come considerati all'art. 222 del Trattato, per giustificare ostacoli alle libertà previste dal Trattato derivanti da un regime di autorizzazione amministrativa relativo a imprese privatizzate. Infatti [...], il detto*

---

<sup>66</sup> Corte di Giustizia U.e., Causa 182/83, *Robert Fearon e Company Ltd contro Irish Land Commission*, 6 novembre 1984.

<sup>67</sup> Corte di Giustizia U.e., C-503/04, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, 18 luglio 2007.

<sup>68</sup> Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 41/83, *Repubblica italiana c. Commissione*, 20 marzo 1985.

*articolo non ha l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri ai principi fondamentali posti dal Trattato»* (69).

Sulla base di tali pronunce, in dottrina si è sostenuto che l'art. 345 TFUE non farebbe altro che sancire il principio di neutralità dell'Unione europea rispetto alla proprietà, privata o pubblica, delle imprese e che, pertanto, non vi sarebbe motivo di ritenere che la norma costituisca un ostacolo allo sviluppo di una legge europea in materia di proprietà (70). Tuttavia, anche in questo caso, la conclusione ci pare poco convincente, atteso che una cosa è affermare (come fa la Corte di Giustizia) che l'articolo 345 TFUE non sottrae i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri alle norme fondamentali del TFUE tra cui, in particolare, quelle di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libertà di circolazione dei capitali; altra cosa è sostenere che il potere di disciplinare il regime della proprietà appartenga, oltre che agli Stati membri, anche all'Unione europea. Ed, anzi, proprio la prassi istituzionale dimostra inequivocabilmente che l'art. 345 TFUE è stato interpretato come un ostacolo effettivo alla competenza europea in materia di proprietà, atteso che sinora l'Unione europea si è ben guardata dall'avviare progetti di riforma dei regimi nazionali della proprietà (con il fine di uniformare le regole sui modi di acquisto, sui poteri del proprietario e sui limiti da osservare nell'esercizio di detti poteri), limitandosi ad introdurre regolamentazioni che vanno ad incidere solo indirettamente su specifici profili proprietari. Quanto appena affermato risulterà più chiaro dopo un'analisi di questa normativa, che, sebbene spesso classificata dagli studiosi europei come "legge europea sulla proprietà" (71), in realtà incide solo indirettamente sulla disciplina del diritto di proprietà, senza pretendere in alcun caso di regolarne il contenuto essenziale.

### **§ 6.5. (Segue). La normativa europea di rango "costituzionale" sulla proprietà: l'art. 17 della Carta di Nizza come "ritorno al passato"?**

La prima e fondamentale previsione europea cui fare riferimento nel discutere di proprietà è contenuta nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che presenta talune caratteristiche peculiari rispetto alle corrispondenti

---

<sup>69</sup> Così Corte di Giustizia U.e., Causa C-367/98, *Commissione contro Portogallo*, 4 giugno 2002, par. 48. In senso conforme, cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa C-483/99, *Commissione contro Francia*, 4 giugno 2002, par. 44; Corte di Giustizia U.e., Causa C-503/99, *Commissione contro Belgio*, 4 giugno 2002, par. 44; Corte di Giustizia U.e., causa C-302/97, *Konle contro Austria*, 1 giugno 1999, punto 38.

<sup>70</sup> B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, op. cit., pp. 309-314.

<sup>71</sup> Cfr., sul punto, P. SPARKES, *European Land Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007; S. VAN ERP – B. AKKERMANS, *European Union property law*, in (a cura di) C. TWIGG-FLESNER, *Cambridge companion to European Union private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 173-186.

norme costituzionali nazionali <sup>(72)</sup>. Anzitutto, la norma sul diritto di proprietà è stata collocata nell'ambito del Capo II, dedicato alla tutela delle "Libertà". In tal modo, il legislatore europeo ha compiuto una scelta che ha sollevato forti perplessità in dottrina, poiché sembra riportare alla luce quella impostazione teorica, propria del pensiero liberale, che tende a configurare la proprietà come un fondamentale diritto di libertà <sup>(73)</sup>. Una lettura di questo genere porrebbe, tuttavia, seri problemi di compatibilità con quelle norme costituzionali degli Stati membri che hanno aderito al principio in forza del quale il diritto di proprietà è sì riconosciuto e tutelato, ma in quanto il suo esercizio sia deputato (anche) al perseguimento di una funzione sociale. E poiché l'unica soluzione, in presenza di un contrasto insanabile di una norma europea con un principio costituzionale fondamentale, è la dichiarazione di incostituzionalità della legge di ratifica del Trattato, che determinerebbe, come disastrosa conseguenza, il venir meno dell'intero sistema delle norme di derivazione europea, occorre essere molto cauti nell'affermare l'esistenza di un conflitto insanabile tra fonte europea e fonte nazionale.

Invero, se si interpreta con la dovuta meticolosità, mediante il ricorso al criterio sistematico, la disposizione di cui all'art. 17 della Carta dei diritti dell'Unione europea, il disastroso esito appena delineato non pare poi così scontato. Anzitutto, la medesima Carta di Nizza, all'art. 53, prevede che nessuna disposizione della Carta possa essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri. Accanto a questa norma, assumono particolare rilevanza ai fini dell'interpretazione dell'art. 17, altre due norme contenute nel Trattato sull'Unione europea, ossia l'art. 4, comma 2, in forza del quale l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, e l'art. 6, comma 3, il quale prevede che i diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Le norme citate devono, poi, esser poste in correlazione con un'altra disposizione particolarmente significativa, contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ossia l'art. 67, comma 1, il quale prevede che l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri.

Dunque, molteplici sono le disposizioni di diritto europeo primario che impongono all'Unione europea di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, risultante dalle loro tradizioni costituzionali. Il che deve indurre l'interprete ad assumere una prospettiva che miri a ricercare l'integrazione (e non il conflitto) tra le fonti europea e nazionale, nella consapevolezza che l'esistenza di diverse Carte e Corti

---

<sup>72</sup> Per un approfondimento sui criteri per l'interpretazione della norma citata, v. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, op. cit., pp. 29-61.

<sup>73</sup> Cfr. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., p. 47.

è un fattore positivo nella misura in cui riesce a garantire la piena realizzazione del principio di massima espansione delle garanzie.

Questo principio va inteso, ancora una volta, in una dimensione sistematica: esso non implica banalmente che l'integrazione tra le fonti debba assicurare al cittadino la massima tutela del diritto di proprietà, ma significa che deve garantire la massima tutela di tutti i diritti fondamentali che entrano in gioco nella situazione concreta. Invero, le situazioni giuridiche soggettive non sono monadi, cioè unità autonome le une delle altre, ma vanno intese in una dimensione necessariamente relazionale, sono unità reciprocamente dipendenti che, insieme, costituiscono l'universo giuridico, poiché il garantire una protezione eccessivamente ampia all'una potrebbe comportare, in un contesto in cui le risorse economiche sono limitate, l'impossibilità di assicurare una tutela adeguata alle altre.

Ad esempio, l'art. 17 della Carta di Nizza prevede che nessuno possa essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una "giusta indennità" per la perdita della stessa. È chiaro che tutelare il diritto di proprietà significa garantire un'indennità al titolare di un terreno che subisca un'espropriazione. Ma cosa significa l'affermazione per cui questa indennità deve essere "giusta"? Se si tiene nella dovuta considerazione la necessità che il diritto europeo rispetti le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, l'interpretazione della norma non dovrà necessariamente portare alla conclusione che giusta è quell'indennità di importo pari al valore venale del bene, poiché una tale scelta implicherebbe un impiego eccessivo di risorse, che potrebbero altrimenti esser destinate alla tutela di altri diritti sociali, ai quali va riconosciuta, sulla base di una "valutazione storica", che consideri le "radici dell'ordinamento" e le "ragioni profonde della sua nascita e della sua successiva evoluzione" (74), una pregnanza assiologica superiore rispetto a quella del diritto di proprietà. Dunque, pare più corretta quell'interpretazione che considera *«giusta un'indennità che, nella sua determinazione, tenga conto anche degli altri diritti; tenga conto di quella che la Corte costituzionale ha definito tutela sistemica e non frazionata»* (75). Proprio il principio della "funzione sociale" della proprietà rappresenta una solida base che assicura la legittimità di una indennità di espropriazione di ammontare inferiore rispetto al valore venale del bene espropriato.

L'attuazione dei principi "costituzionali", di rango europeo e nazionale, che sanciscono i diritti soggettivi deve, pertanto, avvenire sempre mediante un attento bilanciamento di valori; non può seguire la logica del "tutto o niente" che è propria dell'attuazione delle regole, ma deve temperare gli interessi in gioco e fare in modo che ciascuno di essi possa essere realizzato nella misura migliore possibile ed entro i

---

74 Così M. LUCIANI, Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale, in Rivista AIC, n. 2, 2016, p. 17.

75 Così G. SILVESTRI, Introduzione, in Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013, op. cit., p. 40.

limiti consentiti dalla necessità di realizzare, al contempo, gli altri interessi, assiologicamente pariordinati o addirittura sovraordinati <sup>(76)</sup>. Pertanto, il principio, contenuto nell'art. 53 della Carta di Nizza, per cui nessuna disposizione della Carta può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri va inteso come riferito non alla singola situazione giuridica controversa, ma a tutti i diritti riconosciuti come fondamentali dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri, di modo che la tutela di una situazione giuridica non determini un eccessivo indebolimento del livello di protezione assicurato agli altri diritti.

Del resto, è lo stesso art. 17 della Carta di Nizza ad ammettere che l'uso dei beni possa essere regolato dalla legge «*nei limiti imposti dall'interesse generale*», utilizzando una formula che è solo apparentemente diversa da quelle contenute nelle Costituzioni nazionali che variamente fanno riferimento alla “funzione sociale” della proprietà <sup>(77)</sup>. Invero, la Corte di Giustizia ha interpretato la norma in maniera conforme alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, ammettendo che l'interesse generale possa giustificare l'imposizione di limiti all'esercizio dei poteri normalmente spettanti al proprietario e rendendosi così protagonista di quell'integrazione tra fonti che rende possibile ed effettivo il principio della massima espansione delle garanzie <sup>(78)</sup>. La

---

<sup>76</sup> Per un approfondimento sui meccanismi operativi dei principi, v. G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Liber Amicorum* Pietro Rescigno per il novantesimo compleanno, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>77</sup> Il principio della funzione sociale del diritto di proprietà viene introdotto con la Costituzione di Weimar (il cui art. 153 sanciva che: «*La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*») e ripreso nella Legge Fondamentale tedesca del 1949, che, all'art. 14 dispone: «*La proprietà impone degli obblighi. Il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività*». Numerosi altri testi costituzionali europei hanno sancito solennemente tale principio: l'art. 42 della Costituzione italiana affida alla legge il compito di garantire la proprietà privata e di determinarne i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale; l'art. 17 della Costituzione greca impone allo Stato di proteggere la proprietà, ma aggiunge che i diritti che ne derivano non possono esercitarsi in modo contrario all'interesse generale; l'art. 33 della Costituzione spagnola riconosce il diritto alla proprietà privata e prevede che la funzione sociale di questo diritto ne delimiterà il contenuto conformemente alle leggi; l'art. 43, comma 2, della Costituzione della Repubblica irlandese prevede che l'esercizio del diritto di proprietà debba essere regolato in conformità ai principi della giustizia sociale e, se le circostanze lo richiedono, limitato con legge allo scopo di conciliarlo con le esigenze del bene comune.

<sup>78</sup> V., in particolare, Corte di Giustizia C.e., Causa 4/73, *Nold c. Commissione delle Comunità europee*, 14 maggio 1974, par. 14, ove si evidenzia che il diritto di proprietà, benché tutelato dall'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri, non costituisce prerogative assolute, ma va considerato alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa a tale diritto fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Ciò posto, la Corte precisa che anche nell'ordinamento giuridico comunitario appare legittimo sottoporre tale diritto a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza del diritto stesso. Cfr. anche Corte di Giustizia C.e., Causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz (Land Renania-Palatinato)*, 13 dicembre 1979, parr. 15-20, ove la



circostanza che le Costituzioni degli Stati membri tutelino il diritto di proprietà in quanto deputato a svolgere una funzione sociale implica l'esigenza di garantire che la protezione di questo diritto non determini l'impossibilità di fornire adeguata tutela ad altre situazioni giuridiche fondamentali di natura sociale (come la salute o l'istruzione).

Alla luce delle considerazioni svolte, pare infondata quell'opinione dottrina che afferma l'avvenuto "ritorno al passato", cioè a una visione ottocentesca del diritto di proprietà come diritto inviolabile e illimitabile. Invero, l'Unione europea costituisce un'economia "sociale" di mercato, in cui anche i valori sociali (e non solo quelli economici) assumono grande rilevanza. E il riconoscimento, a livello europeo, del principio di tutela della proprietà con una norma di rango "costituzionale" va letto proprio nella prospettiva per cui la proprietà, situazione giuridica patrimoniale per eccellenza, va intesa anche come veicolo per la promozione della democrazia, dell'uguaglianza, della solidarietà, e, in definitiva, della dignità umana. Può quindi affermarsi che, anche in ambito europeo, l'obiettivo finale del riconoscimento del diritto di proprietà sia quello di favorire la prosperità umana. Di conseguenza, la necessità di assicurare la piena attuazione dei valori sociali può influenzare il modo in cui l'ordinamento giuridico tutela il diritto di proprietà <sup>(79)</sup>. Intendere il riconoscimento del diritto di proprietà in questo modo consente una comprensione molto più profonda del meccanismo di operatività della legge sulla proprietà, basato su un continuo bilanciamento dei valori coinvolti dall'esperienza umana, che a volte conduce ad una minor tutela del diritto di proprietà in funzione della realizzazione di altri valori costituzionali assiologicamente preminenti.

Posto che l'art. 17 della Carta di Nizza non presenta particolari profili di contrasto con le tradizioni costituzionali degli Stati membri, si pone il problema di valutare se tale conclusione possa rimanere valida ove, in attuazione dell'art. 6, comma 2, TUE, dovesse realizzarsi l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. A ben vedere, ove si verificasse una tale circostanza, il sistema giuridico nazional-europeo non subirebbe alcun particolare stravolgimento <sup>(80)</sup>, atteso che, ai sensi del comma 3 dello stesso art. 6 TUE, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia

---

Corte riconosce che il diritto di proprietà costituisce parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza, e che, nel garantire la tutela di tale diritto, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che consentono al legislatore di disciplinare l'uso della proprietà privata nell'interesse generale.

<sup>79</sup> Cfr. G. ALEXANDER, *Property's Ends: The Publicness of Private Values*, Cornell Law School, 3/2014, pp. 1257 e ss.

<sup>80</sup> Almeno dal punto di vista della tutela sostanziale dei diritti. Più complessa è la vicenda "processuale" dei rapporti tra le Corti, poiché l'adesione dell'Unione europea alla CEDU potrebbe determinare una sorta di subordinazione della Corte di Giustizia alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali fanno già parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Dunque, il problema è semplicemente quello di verificare se le norme della CEDU siano compatibili con le previsioni costituzionali degli Stati aderenti. In particolare, l'art. 1 Prot. Add. 1, dopo aver sancito, al comma 1, che «*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*», ammette, al comma 2, il «*diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*». La formulazione della norma non si discosta, nella sostanza, da quella dell'art. 17 della Carta di Nizza. Invero, anche la CEDU ammette che gli Stati possano conformare l'esercizio del diritto di proprietà in funzione dell'interesse generale. Il che rimanda a quel principio, tradizionalmente riconosciuto dalle Costituzioni nazionali, per cui il diritto di proprietà è riconosciuto e garantito in quanto il suo esercizio sia diretto (anche) alla realizzazione di interessi generali. Pertanto, valgono anche in questo caso, sul piano interpretativo, le considerazioni svolte rispetto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Il vero problema, quando si prende in esame il sistema CEDU, è rappresentato dalla circostanza che la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha spesso adottato, in materia proprietaria, pronunce criticabili – e aspramente criticate <sup>(81)</sup> – in quanto non tengono nella dovuta considerazione le tradizioni tecnico-giuridiche dei Paesi aderenti

---

<sup>81</sup> Sul punto, v. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Ed. Giuffrè, Milano, 2017, pp. 198 e ss., il quale rileva che «*l'orientamento seguito dalla Corte EDU si caratterizza per aver dotato la nozione di proprietà di un significato amplissimo che la porta a coincidere con qualunque aspettativa individuale di carattere patrimoniale*». Soprattutto, l'Autore critica aspramente «*l'assunto iniziale da cui prende le mosse l'orientamento seguito dalla Corte EDU*», ossia «*l'autonomia del significato della parola biens (beni) nel contesto dell'art. 1 P. 1, ove significato autonomo indica che la dazione di senso a tale segno linguistico rientra nell'esclusiva sfera di competenza della Corte stessa, e non è condizionata dalle tradizioni giuridiche presenti negli Stati membri*», concludendo che «*non è affatto chiaro come si possano evitare i rischi dell'arbitrio ermeneutico più completo cui si perviene immancabilmente quando si collega direttamente il significato delle parole al puro potere di pronunziarsi su di esse anziché al sistema culturale da cui i segni linguistici ricevono il loro orizzonte di senso*». V. anche C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., pp. 47-49, ove l'Autore evidenzia come l'interpretazione fornita dalla Corte EDU abbia determinato la disapplicazione del principio della funzione sociale in almeno tre distinte vicende: quando si è affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale per violazione del diritto di proprietà; quando il legislatore italiano, recependo la giurisprudenza CEDU, ha previsto la corresponsione di un indennizzo pari al valore venale del bene in caso di espropriazione e all'entità del danno effettivamente prodotto per la reiterazione di un vincolo sostanzialmente espropriativo (v. art. 37 T.U. espropriazione); infine, quando la Corte EDU ha affermato che la sentenza della Cassazione italiana (Sez. Un., 3937/2011) che qualificava le valli da pesca della laguna veneta come “bene comune” violava il diritto di proprietà garantito dalla Convenzione (v. Valle Pirimpicé – Italia, 23 settembre 2014).

(82). Così operando, la Corte EDU ha violato un principio fondamentale della Convenzione, sancito nell'art. 53, ove si prevede che «*Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi*». Pertanto, è fondamentale, ancora una volta, l'esigenza di sviluppare un proficuo dialogo tra le Corti, superando quell'ottica miope per cui ciascuna di esse pretende di avere l'ultima parola sulla questione controversa ed abbracciando, al contrario, un'impostazione volta alla considerazione delle altrui posizioni e tradizioni, alla mediazione dei profili di potenziale conflitto e, in definitiva, alla creazione di un sistema giuridico unitario e armonioso.

Dunque, l'Unione europea si è dotata di una norma di rango "costituzionale" a tutela della proprietà. Tuttavia, ciò non equivale a dire che il legislatore europeo ha già disciplinato il diritto di proprietà, perché una cosa è prevedere un principio generalissimo di tutela del diritto, altra cosa è regolarne il contenuto. Compito, quest'ultimo, che il legislatore europeo ha interamente demandato ai Parlamenti nazionali, salvo aver introdotto talune specifiche normative che incidono solo indirettamente e marginalmente sulla disciplina della proprietà vigente negli Stati membri, in quanto non perseguono l'obiettivo di modificare le norme che compongono i sistemi nazionali sulla proprietà. Di queste normative ci occuperemo nelle pagine seguenti.

#### **§ 6.6. (Segue). Le direttive 93/7/CEE e 2014/60/UE sulla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro.**

Un primo riferimento è rappresentato dalla direttiva 93/7/CEE del Consiglio, relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro, che è stata successivamente sostituita dalla direttiva 2014/60/UE<sup>(83)</sup>. La direttiva 93/7/CEE (così come la direttiva 2014/60/UE) è diretta alla soluzione di un problema molto specifico e solo indirettamente incidente sulla disciplina nazionale del diritto di proprietà latamente intesa (e, in particolare, sulla legge di circolazione della proprietà). Invero, in base a un principio condiviso dalle normative degli Stati membri, quando un bene mobile rubato viene venduto, l'acquirente – se in buona fede<sup>(84)</sup> e se sussistono gli altri requisiti richiesti dalla legge – diventa proprietario

---

<sup>82</sup> Per un approfondimento sulla giurisprudenza CEDU in materia di proprietà, v. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, op. cit., pp. 82-101.

<sup>83</sup> L'Italia ha reso esecutiva la direttiva 93/7/CEE con Legge 30 marzo 1998, n. 88 e la direttiva 2014/60/UE con D. Lgs. 7 gennaio 2016, n. 2.

<sup>84</sup> Cioè se, al momento dell'acquisto, non era a conoscenza della provenienza illecita del bene, né avrebbe potuto saperlo utilizzando la dovuta diligenza.

della cosa <sup>(85)</sup>. Viceversa, in base all'art. 2 della direttiva 93/7/CEE, «*I beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro sono restituiti secondo la procedura e le modalità stabilite dalla presente direttiva*» <sup>(86)</sup>. Il che ha posto a carico di tutti gli Stati membri l'obbligo di adeguare le proprie regole in materia di trasferimento della proprietà mobiliare alla previsione della direttiva <sup>(87)</sup>. Pertanto, quando oggetto del trasferimento è un bene culturale uscito illecitamente dal territorio di uno Stato membro, la proprietà non viene acquisita dall'acquirente di un altro Stato membro che, in buona fede, ottenga il possesso del bene di provenienza illecita; viceversa, colui che ha subito, in altro Stato membro, il furto del bene rimane legittimo proprietario e potrà rivendicare l'oggetto culturale rubato. È stata quindi introdotta, mediante un atto normativo dell'Unione europea, una deroga al principio nazionale della tutela dell'acquirente in buona fede, allo scopo di proteggere il legittimo proprietario del bene.

#### **§ 6.7. (Segue). La direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.**

Un secondo intervento del legislatore europeo indirettamente incidente sulla disciplina proprietaria è stato realizzato con l'introduzione della direttiva 2000/35/CE, adottata nel giugno 2000 dal Parlamento europeo e dal Consiglio allo scopo di combattere i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. La direttiva mira ad armonizzare alcuni aspetti del commercio transfrontaliero con specifico riferimento alle situazioni in cui il pagamento per l'acquisto di un bene o per la fornitura di un servizio non viene effettuato (o viene effettuato in ritardo), al fine di porre rimedio alle complicazioni che sorgono a causa delle differenze tra le legislazioni

---

<sup>85</sup> Ad esempio, l'art. 1153 del codice civile italiano stabilisce che «Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà». Una previsione analoga è contenuta nel codice civile olandese, che all'articolo 3:86 stabilisce che il trasferimento di un bene mobile da parte di un venditore senza potere di disposizione è valido se il trasferimento non è stato eseguito gratuitamente e la parte acquirente ha agito in buona fede.

<sup>86</sup> La medesima norma è, oggi, contenuta nell'art. 3 della direttiva 2014/60/UE.

<sup>87</sup> A tale scopo, nel sistema giuridico italiano, l'art. 2 della Legge 30 marzo 1998, n. 88, ha espressamente previsto, in deroga all'art. 1153 c.c., che «*I beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro dell'Unione europea dopo il 31 dicembre 1992 sono restituiti a norma delle disposizioni della presente sezione*». Allo stesso fine, l'art. 3:86a del codice civile olandese ha stabilito che l'articolo 3:86 non può essere invocato contro uno Stato membro dell'Unione europea o contro uno Stato che è parte dell'Accordo sullo Spazio economico europeo nella misura in cui tale Stato rivendica la restituzione di un bene mobile che, ai sensi della legge di quello Stato, appartiene al suo patrimonio culturale come definito nell'articolo 1 della direttiva 93/7/CEE, a condizione che un oggetto culturale ai sensi di tale direttiva sia stato rimosso illegalmente dal territorio di quello Stato.

degli Stati membri e le norme di diritto internazionale privato in materia di competenza giurisdizionale ed esecuzione.

Tra i vari rimedi predisposti dalla direttiva in questione spicca la garanzia di liceità delle clausole di riserva della proprietà <sup>(88)</sup>, definite dalla stessa direttiva come «*l'accordo in base al quale il venditore rimane proprietario delle merci fino al completo pagamento del prezzo*» <sup>(89)</sup>. Anche in questo caso, dunque, la Direttiva 2000/35/CE non persegue lo scopo di armonizzare la disciplina del diritto di proprietà negli Stati membri, ma incide solo indirettamente su di essa (e in particolare sulla normativa nazionale che regola la circolazione del diritto di proprietà), poiché introduce e regola un istituto, quale la riserva di proprietà, che non era in precedenza conosciuto da tutti i sistemi giuridici degli Stati membri <sup>(90)</sup>.

### § 6.8. (Segue). Il Regolamento 1346/2000/CE sulle procedure di insolvenza transfrontaliera.

Un ulteriore intervento normativo del legislatore europeo, incidente sulla normativa proprietaria dei sistemi giuridici nazionali, è stato realizzato con l'introduzione, nel maggio del 2000, del Regolamento 1346/2000/CE, che, sul presupposto che le attività delle imprese presentano in maniera crescente implicazioni transfrontaliere e pertanto dipendono sempre più da norme di diritto eurounitario, mira a garantire il buon funzionamento del mercato interno mediante la predisposizione di procedure di insolvenza transfrontaliera efficienti ed efficaci. Infatti, poiché anche l'insolvenza di tali imprese incide sul corretto funzionamento del mercato interno, molto sentita era la necessità di un atto comunitario che imponesse di coordinare i provvedimenti da prendere in merito al patrimonio del debitore insolvente, anche al fine di dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di avvalersi di una disciplina giuridica più favorevole (c.d. *forum shopping*).

Il regolamento in questione ha natura principalmente processuale, poiché persegue il fine specifico di risolvere le questioni concernenti l'individuazione del

---

<sup>88</sup> L'art. 4 della Direttiva 2000/35/CE stabilisce che: «*Gli Stati membri provvedono in conformità con le disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato affinché il venditore conservi il diritto di proprietà sui beni fintanto che essi non siano stati pagati totalmente, qualora sia stata esplicitamente concordata una clausola di riserva di proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna dei beni*».

<sup>89</sup> Così dispone l'art. 2 (punto 3) della Direttiva 2000/35/CE.

<sup>90</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. B. AKKERMANS, *The European Union development of european property law*, in Maastricht European Private Law Institute, 2011, pp. 4-5; J.M. MILO, *Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard regarding National Provisions on Retention of Title*, in *European Review of Private Law*, 2003, p. 379.

diritto applicabile alle procedure di insolvenza a carattere transnazionale. Tuttavia, esso presenta anche un profilo interessante dal punto di vista del diritto sostanziale, poiché all'art. 7 prende in considerazione la riserva di proprietà, stabilendo che: «1. L'apertura della procedura di insolvenza nei confronti dell'acquirente di un bene non pregiudica i diritti del venditore fondati sulla riserva di proprietà allorché il bene, nel momento in cui è aperta la procedura, si trova nel territorio di uno Stato diverso dallo Stato di apertura. 2. L'apertura della procedura di insolvenza nei confronti del venditore di un bene dopo la consegna di quest'ultimo non costituisce causa di scioglimento del contratto di vendita, né impedisce che l'acquirente ne acquisti la proprietà qualora, nel momento in cui è aperta la procedura, esso si trovi nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura».

La norma assume un rilievo particolare alla luce della circostanza che uno dei principali problemi che le procedure di insolvenza transfrontaliere pongono riguarda l'efficacia della riserva di proprietà in dette situazioni. Le soluzioni possibili rispetto a questo problema sono due. La prima consiste nel negare l'efficacia della riserva di proprietà nell'ambito della procedura di insolvenza, sul presupposto che essa è essenzialmente un accordo contrattuale, come tale non opponibile nei confronti dei terzi. La seconda soluzione consiste nel riconoscere gli effetti di una riserva di proprietà anche in caso di insolvenza (quest'ultima, è la regola generalmente accolta dai sistemi nazionali europei).

Il Regolamento 1346/2000/CE elimina ogni dubbio, garantendo che la riserva di proprietà conservi la sua efficacia in caso di insolvenza dell'acquirente (comma 1) o del venditore (comma 2). In tal modo, il legislatore europeo mira a rafforzare la posizione di ciascuna delle parti contrattuali in caso di insolvenza della controparte. E ciò incide indirettamente sulla disciplina degli Stati membri relativa alla circolazione del diritto di proprietà, perché impone ai giudici nazionali di disapplicare le regole nazionali difformi rispetto a tale previsione e di applicare direttamente la norma del regolamento.

### **§ 6.9. (Segue). La Direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria.**

Un ulteriore riferimento è costituito dalla direttiva 2002/47/CE <sup>(91)</sup>, relativa ai contratti di garanzia finanziaria e volta alla creazione di un regime comunitario per la fornitura in garanzia di titoli e contante allo scopo di favorire l'integrazione e l'efficienza del mercato finanziario in termini di costi, nonché la stabilità del sistema finanziario dell'Unione europea e quindi la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione dei capitali nel mercato unico dei servizi finanziari.

---

<sup>91</sup> Direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 giugno 2002, Gazzetta ufficiale L 168 del 27 giugno 2002, p. 43 e ss.

La direttiva contiene norme sulla legge applicabile alle transazioni finanziarie transfrontaliere tra banche e altri grandi istituti finanziari, ma anche alcune norme sostanziali che incidono indirettamente sulla normativa nazionale del diritto di proprietà. In particolare, l'art. 2, comma 1, lett. a) definisce il "contratto di garanzia finanziaria" come *«un contratto di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà o un contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale, che siano o no coperti da un accordo quadro o da condizioni generali»*. Tale norma fa riferimento a due aspetti rilevanti ai fini della nostra analisi. Anzitutto, alla lett. b), essa definisce il "contratto di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà" come un contratto con il quale *«il datore della garanzia finanziaria trasferisce la piena proprietà della garanzia finanziaria al beneficiario di quest'ultima allo scopo di assicurare l'esecuzione delle obbligazioni finanziarie garantite o di assisterle in altro modo»*. Si tratta, dunque, di un'ipotesi di trasferimento di proprietà a fini di garanzia, poiché in tale transazione il diritto di proprietà viene trasmesso alla controparte contrattuale non con l'intenzione di realizzare un trasferimento definitivo, ma piuttosto per garantire un credito sottostante. In tal modo, la direttiva incide sulla disciplina proprietaria degli Stati membri, perché impone di adeguare le loro norme interne al fine di consentire la realizzazione di una tale operazione.

Il secondo profilo rilevante è sancito dall'art. 2, comma 1, lett. c) della Direttiva 2002/47/CE, che definisce il "contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale" come *«un contratto in forza del quale il datore della garanzia fornisce una garanzia finanziaria a titolo di garanzia reale a favore del beneficiario della garanzia o gliela consegna conservando la piena proprietà di quest'ultima quando il diritto di garanzia è costituito»*.

Per comprendere le dinamiche complessive dell'operazione, è necessario porre tale disposizione in relazione al successivo art. 4 della medesima direttiva. La norma disciplina l'escussione della garanzia finanziaria, prevedendo che il beneficiario della garanzia abbia il diritto di realizzare le garanzie finanziarie nei seguenti modi: a) se si tratta di strumenti finanziari, tramite vendita o appropriazione e tramite compensazione con le obbligazioni finanziarie garantite o estinzione delle stesse; b) se si tratta di contante, tramite compensazione con le obbligazioni finanziarie garantite o a loro estinzione. La norma ammette anche la diretta appropriazione del bene se: a) è stata convenuta dalle parti nel contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale; b) le parti si sono accordate sulla valutazione degli strumenti finanziari nel contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale.

Dunque, in questo caso, il diritto di proprietà del bene dato in garanzia rimane in capo all'istituto finanziario che fornisce la garanzia, ma l'altra parte ha il diritto di soddisfarsi, eventualmente anche mediante la diretta appropriazione dello stesso bene dato in garanzia, in caso di inadempimento del debitore. Anche in questo caso la direttiva incide sulle normative nazionali, poiché, in ragione della specifica natura di queste transazioni tra banche e istituti finanziari, deroga agli ordinari meccanismi di operatività dei diritti reali di garanzia vigenti nella maggior parte degli Stati membri, ove è generalmente vietato al soggetto che ottiene una garanzia reale trattenere per sé

gli oggetti dati come garanzia in caso di inadempimento da parte del debitore. Inoltre, normalmente, nelle discipline nazionali, i diritti reali di garanzia hanno ad oggetto beni specifici. L'art. 5 della direttiva 2002/47/CE prevede, invece, che il creditore, nel caso in cui eserciti il suo diritto di utilizzazione sulla garanzia finanziaria, assume l'obbligo di trasferire (non il medesimo bene che formava oggetto della garanzia, bensì) una garanzia equivalente per sostituire quella originaria. In definitiva, la direttiva in questione ha realizzato un'armonizzazione e una modernizzazione delle normative nazionali sui diritti reali di garanzia <sup>(92)</sup>.

#### **§ 6.10. (Segue). L'armonizzazione del diritto successorio e la sua incidenza sui sistemi nazionali dei diritti reali.**

Particolare rilevanza assume, tra le novità normative che riguardano altri settori del diritto civile e che tuttavia producono effetti indiretti sulle discipline nazionali del diritto di proprietà, l'iniziativa di riforma del diritto successorio, realizzata mediante misure dirette all'armonizzazione delle norme sul conflitto di leggi allo scopo di facilitare la cooperazione e il reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali. Il legislatore europeo ha, dunque, ritenuto che la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione di persone che attualmente incontrano difficoltà nell'esercizio dei loro diritti nell'ambito di una successione con implicazioni transfrontaliere potesse contribuire al corretto funzionamento del mercato interno <sup>(93)</sup>.

Già nel 2005 la Commissione europea ha pubblicato un libro verde contenente una serie di proposte normative per disciplinare le successioni e i testamenti nel mercato interno dell'Unione europea <sup>(94)</sup>. Riconoscendo la crescente mobilità dei cittadini da uno Stato membro all'altro e le complicazioni che ciò comporta per le questioni di diritto successorio, la Commissione ha proposto un cambio di regime per creare condizioni migliori e maggiore certezza del diritto, soprattutto per quanto riguarda l'individuazione della legge applicabile in materia di successioni transfrontaliere. Nel 2009, a seguito della consultazione sul Libro verde, la Commissione ha proposto un regolamento relativo alla successione transfrontaliera <sup>(95)</sup>. Infine, in data 4 luglio 2012, si è pervenuti all'approvazione del Regolamento

---

<sup>92</sup> Ad esempio, la legislazione francese sui diritti reali di garanzia è stata riformata nel 2006 e ora ammette che il creditore trattenga il bene che forma oggetto della garanzia nel caso di inadempimento del debitore (c.d. patto commissorio). Sul punto, v. l'art. 2364 del *Code civil*.

<sup>93</sup> Cfr. il "Considerando" n. 7 del Regolamento (UE) n. 650/2012.

<sup>94</sup> Libro Verde su "Successioni e testamenti", Bruxelles, 1 marzo 2005, COM(2005) 65 COM(2005), 65 definitivo.

<sup>95</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia



(UE) n. 650/2012 <sup>(96)</sup>, diretto a favorire la libera circolazione delle persone, l'organizzazione anticipata da parte dei cittadini europei della loro successione in un contesto europeo e la protezione dei diritti degli eredi e dei legatari, delle persone vicine al defunto e dei creditori della successione.

Sebbene detto Regolamento utilizzi un approccio di diritto internazionale privato alla materia delle successioni, esso contiene una serie di norme idonee a produrre conseguenze rilevanti per i sistemi dei diritti reali degli Stati membri. Soprattutto, rilevano le disposizioni che disciplinano l'individuazione della legge applicabile alla successione. Invero, affinché i cittadini possano beneficiare, nel rispetto della certezza del diritto, dei vantaggi offerti dal mercato interno, è necessario consentire loro di conoscere in anticipo la legge applicabile alla loro successione. Tale legge deve presentare collegamenti stretti con il soggetto interessato e, per garantire la certezza del diritto ed evitare la frammentazione della successione, deve regolare l'intera successione, ossia tutti i beni oggetto dell'eredità, indipendentemente dalla loro natura o dal fatto che siano situati in un altro Stato membro o in uno Stato terzo <sup>(97)</sup>. Per far fronte a tali esigenze, l'art. 21 detta il "criterio generale" per l'individuazione del sistema giuridico di riferimento, stabilendo al comma 1 che, in linea di principio, la legge applicabile all'intera successione è quella dello Stato in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte <sup>(98)</sup>. Il comma 2 introduce una prima deroga al principio appena enunciato, prevedendo che se, in via eccezionale, dalle circostanze del caso concreto risulta che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello di residenza, la legge applicabile alla successione è la legge di questo Stato.

Il legislatore europeo, con il Regolamento (UE) n. 650/2012, non si è limitato a dettare norme armonizzate sul conflitto di leggi, ma si è spinto oltre, riconoscendo ai cittadini il potere di scegliere la legge applicabile alla loro successione. Tale scelta non è rimessa in via assoluta alla discrezionalità dei soggetti interessati, ma è limitata alla legge di uno Stato di cui essi abbiano la cittadinanza, al fine di assicurare un collegamento tra il defunto e la legge scelta e di evitare che una legge sia scelta

---

di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, Bruxelles, 14 ottobre 2009, COM(2009) 154 definitivo.

<sup>96</sup> Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

<sup>97</sup> Cfr. i "Considerando" n. 37 e 42 del Regolamento (UE) n. 650/2012.

<sup>98</sup> Il "Considerando" n. 23 del Regolamento (UE) n. 650/2012 illustra i criteri mediante i quali procedere alla individuazione della residenza abituale: l'autorità che si occupa della successione deve procedere a una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato, nonché le condizioni e le ragioni dello stesso.

nell'intento di frustrare le aspettative legittime di persone aventi diritto ad una quota di legittima <sup>(99)</sup>. Per tali ragioni, l'art. 22 del Regolamento attribuisce all'interessato il diritto di scegliere come legge che regola la sua successione «*la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte*», aggiungendo che «*una persona con più di una cittadinanza può scegliere la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte*».

La scelta del legislatore europeo di riconoscere ampia autonomia al soggetto interessato nella scelta della legge applicabile è suscettibile di produrre conseguenze rilevanti sui sistemi nazionali del “diritto delle cose”. Si immagini, al riguardo, che un soggetto tedesco residente in Italia e proprietario di immobili siti in Italia scelga come legge regolatrice della propria successione la legge tedesca e rediga un testamento in cui vengono creati diritti reali ammessi soltanto dal sistema giuridico tedesco (ma non anche da quello italiano) <sup>(100)</sup>. Ciò potrebbe determinare l'introduzione di nuovi diritti reali nel sistema giuridico italiano, a condizione di interpretare con una certa flessibilità il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, la cui rigida applicazione appare ormai anacronistica, proprio in ragione della crescita dei movimenti transfrontalieri di persone, beni, servizi e capitali all'interno del territorio dell'Unione europea.

Il legislatore europeo, ben consapevole delle problematiche evidenziate, ha espressamente previsto che le norme contenute nel Regolamento (UE) n. 650/2012 non dovrebbero incidere sul principio del numero limitato dei diritti reali conosciuti nel diritto nazionale di taluni Stati membri; di conseguenza, uno Stato membro non dovrebbe essere tenuto a riconoscere un diritto reale su un bene situato nel suo territorio se il diritto reale in questione non è contemplato dal suo diritto patrimoniale <sup>(101)</sup>. Tuttavia, per consentire ai beneficiari di godere in un altro Stato membro dei diritti che sono stati creati o trasferiti loro per successione, il regolamento prevede l'adattamento di un diritto reale non riconosciuto al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale altro Stato membro e precisa che nel procedere all'adattamento occorre tener conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti <sup>(102)</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr. il “Considerando” n. 38 del Regolamento (UE) n. 650/2012.

<sup>100</sup> Ad esempio, il diritto tedesco conosce il c.d. *beschränkte persönliche Dienstbarkeit*, una servitù personale limitata, che è sconosciuto alla maggior parte degli altri sistemi giuridici europei (sul punto, cfr. B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus clausus in European Property Law*, op. cit., pp. 201 e ss.). Un altro esempio proveniente dal diritto tedesco è quello del c.d. *Reallast*, un “onere reale” che è sconosciuto negli altri sistemi giuridici (IVI, pp. 213 e ss.). Infine, anche la creazione di un diritto di *Grundschild* non accessorio potrebbe creare seri problemi in un ordinamento giuridico che riconosca soltanto diritti di garanzia di natura accessoria (IVI, pp. 224 e ss.; V. SAGAERT, *Security Interest*, in (a cura di) S. VAN ERP e B. AKKERMANS, *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe. Text, Cases and Materials on Property Law*, Oxford: Hart Publishing, 2012).

<sup>101</sup> V. il “Considerando” n. 15 del Regolamento (UE) n. 650/2012.

<sup>102</sup> V. il “Considerando” n. 16 del Regolamento (UE) n. 650/2012.

Dunque, in linea di principio, il *numerus clausus* non dovrebbe essere intaccato dal regolamento in questione. Ma, in pratica, è possibile che ad un soggetto venga attribuito per successione, in base alla legge di un certo Stato membro, un diritto reale che non è riconosciuto nell'ordinamento giuridico dello Stato membro in cui si trova l'oggetto. In tal caso, per tutelare il diritto del beneficiario, si dovrà trasformare il diritto reale di matrice estera nel diritto più simile esistente nell'ordinamento giuridico dello Stato ove si trova il bene. Una soluzione che, tuttavia, non convince, perché se è vero che in alcuni casi non si pongono particolari problemi nell'individuare un istituto giuridico simile a quello originario <sup>(103)</sup>, in altre situazioni potrebbe non esistere un diritto "equivalente" nel sistema giuridico chiamato ad effettuare il riconoscimento, con conseguente perdita di alcune caratteristiche del diritto originario <sup>(104)</sup>. Ove, ad esempio, la successione risulti regolata dalla legge inglese, al momento della morte del *de cuius* la devoluzione del patrimonio ereditario avverrà mediante la costituzione dei beni in *trust*, piuttosto che attraverso la regola della successione universale propria dei sistemi di diritto civile <sup>(105)</sup>. Di conseguenza, il regime di successione attribuirà all'esecutore testamentario la proprietà dell'insieme dei beni del *de cuius*. Gli eredi non riceveranno la titolarità diretta del patrimonio ereditario, ma diventeranno beneficiari del *trust* e quindi saranno titolari di un diritto protetto in *Equity*. Il che pone delicati problemi quando alcuni dei beni del patrimonio ereditario (ad esempio un fondo) siano situati in un sistema giuridico di *civil law*, poiché il diritto dell'erede-beneficiario sarà difficilmente inquadrabile all'interno di detti sistemi in virtù del principio del *numerus clausus*, che rende difficilmente riconoscibile un diritto di proprietà in *Equity* <sup>(106)</sup>.

Del resto, il problema del riconoscimento dei diritti reali stranieri all'interno dell'ordinamento di ciascuno Stato membro si pone non soltanto nei rapporti tra sistemi giuridici di *civil law* e di *common law*, ma anche in quelli tra ordinamenti appartenenti alla stessa famiglia giuridica. Pertanto, la circostanza che il Regolamento (UE) n. 650/2012 abbia subordinato il riconoscimento di un diritto reale su un bene situato in un certo Stato membro alla condizione che esso sia contemplato anche dallo Stato che è chiamato ad effettuare il riconoscimento non risolve affatto il problema, poiché, pur essendo identica la denominazione, differenti potrebbero essere le

---

<sup>103</sup> Così, un usufrutto che ha origine nel sistema tedesco potrebbe trasformarsi in usufrutto francese senza creare particolari criticità, poiché questi diritti sono quasi identici nei contenuti.

<sup>104</sup> Per un approfondimento sul punto, v. B. AKKERMANS, *The European Union development of european property law*, in Maastricht European Private Law Institute, 2011, pp. 11-13.

<sup>105</sup> Cfr. K. G. C. REID - M. J. DE WAAL - R. ZIMMERMANN, *Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh Studies in Law, vol. 5, Edinburgh University Press, 2007.

<sup>106</sup> Sui problemi relativi al riconoscimento di diritti reali stranieri, v. J. W. RUTGERS, *International Reservation of Title Clauses. A study of Dutch, French and German Private International Law in the Light of European Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 1999; B. AKKERMANS - E. RAMAEKERS, *Free Movement of Goods and Property Law*, in European Law Journal, 2013.

caratteristiche della situazione giuridica soggettiva in questione. Ad esempio, tutti i sistemi di *civil law* conoscono il diritto di usufrutto<sup>(107)</sup>, inteso come diritto di usare una cosa altrui e di goderne i frutti senza modificarne la sostanza, ovvero la destinazione della cosa stessa, determinata in base ad un criterio economico-sociale (conformemente all'idea romanistica dell'usufrutto come *jus rebus alienis utendi et fruendi, salva rerum substantia*). Tuttavia, nei vari sistemi di *civil law* si riscontrano alcune differenze sostanziali in ordine alle caratteristiche del diritto di usufrutto. Invero, tradizionalmente, al potere di usare una cosa altrui e di goderne i frutti fa da contraltare il dovere di mantenere e preservare l'oggetto del diritto<sup>(108)</sup>. Tuttavia, nel codice civile olandese del 1992 questo dovere di preservare la cosa altrui è scomparso come requisito necessario per l'esistenza di un usufrutto: l'art. 3:215 BW prevede, infatti, che all'usufruttuario possa essere concesso il diritto di disporre e di consumare (esaurire) le cose che formano oggetto del diritto stesso<sup>(109)</sup>. Il che potrebbe creare i medesimi problemi già evidenziati in ordine al riconoscimento, da parte degli altri Stati membri, di un usufrutto creato nell'ambito di una successione ereditaria disciplinata dal diritto olandese.

Le difficoltà evidenziate nell'adattamento di un diritto reale straniero ad un altro sistema giuridico, alla luce dei vincoli imposti dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali, dimostrano come la soluzione scelta dal legislatore europeo non sia esente da risvolti negativi. Sarebbe stato certamente preferibile traslare a livello europeo il principio del *numerus clausus* mediante la predisposizione di un elenco di diritti reali riconosciuti con le medesime caratteristiche in tutti gli ordinamenti degli Stati membri. Una tale soluzione eliminerebbe alla radice le complicazioni e le difficoltà di riconoscimento che sorgono ogniqualvolta si prendano in considerazione rapporti giuridici dal carattere transfrontaliero, perché assicurerebbe il riconoscimento reciproco dei diritti reali stranieri, dando così piena ed effettiva attuazione al principio della libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, che costituisce il cardine del mercato interno dell'Unione Europea<sup>(110)</sup>.

Ad ogni modo, stando alla lettera del regolamento in esame, nelle successioni aventi carattere transfrontaliero ogni Stato membro dovrà accettare il diritto reale straniero, il che si tradurrà, con buona probabilità, in un'applicazione meno rigida del

---

<sup>107</sup> Istituto che, invece, non è contemplato dalla legge inglese. V., sul punto, B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus clausus in European Property Law*, op. cit., pp. 408 ss.

<sup>108</sup> In questo senso depongono la legislazione tedesca e italiana. In particolare, il § 1055 BGB impone all'usufruttuario l'obbligo di restituire la cosa al proprietario dopo la fine dell'usufrutto; analogamente, l'art. 1001 del codice civile italiano stabilisce che, al termine dell'usufrutto, l'usufruttuario deve restituire le cose che formano oggetto del suo diritto.

<sup>109</sup> Cfr. B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus clausus in European Property Law*, pp. 266 ss.

<sup>110</sup> Cfr. Corte di Giustizia U.e., causa C-222/97, Manfred Trümmer e Peter Mayer, 16 marzo 1999. In dottrina, v. C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, ed. 2, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 535.

principio del *numerus clausus* ogniqualvolta il diritto reale straniero non coincida perfettamente con quello conosciuto dallo Stato membro di riferimento. E ciò al fine di far sì che il diritto reale in questione conservi, nella misura maggiore possibile, tutte le sue caratteristiche originarie.

### **§ 6.11. (Segue). L'armonizzazione della normativa in materia di regimi patrimoniali tra coniugi.**

Un ulteriore settore che l'Unione europea ha considerato rilevante al fine di realizzare l'obiettivo di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone è quello dei regimi patrimoniali tra coniugi. Invero, già nel 2006 la Commissione ha adottato il libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco <sup>(111)</sup>, allo scopo di elaborare una proposta di regolamento concernente il diritto patrimoniale tra coniugi. Questo libro verde ha dato inizio ad una vasta consultazione sulle difficoltà che i coniugi incontrano nel contesto europeo al momento della divisione del patrimonio comune e sugli strumenti giuridici per porvi rimedio. Un tale confronto ha portato all'elaborazione della «*Relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione – Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione*», adottata il 27 ottobre 2010, in cui la Commissione ha annunciato l'intenzione di adottare una proposta di strumento legislativo volto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle persone, in particolare le difficoltà incontrate dai coniugi nella gestione o nella divisione dei loro beni.

Gli studi compiuti in materia di regimi patrimoniali tra coniugi hanno, da ultimo, condotto all'approvazione, in data 24 giugno 2016, del Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi <sup>(112)</sup>. In conformità all'art. 81 TFUE, detto regolamento trova applicazione nel contesto di regimi patrimoniali tra coniugi con

---

<sup>111</sup> Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, Bruxelles, 17 luglio 2006, COM(2006) 400 definitivo.

<sup>112</sup> Secondo quanto chiarito dallo stesso Regolamento (UE) 2016/1103 al “Considerando” n. 18, l'espressione “regime patrimoniale tra coniugi” deve essere interpretata autonomamente e deve comprendere «*non soltanto le norme alle quali i coniugi non possono derogare ma anche le norme facoltative eventualmente concordate dai coniugi in conformità alla legge applicabile, nonché le eventuali norme dispositive della legge applicabile. Esso comprende non soltanto il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato da determinate legislazioni nazionali in caso di matrimonio, ma anche tutti i rapporti patrimoniali, tra i coniugi e rispetto ai terzi, che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di questo*».

implicazioni transfrontaliere e persegue lo scopo di garantire alle coppie sposate la certezza del diritto quanto ai loro beni <sup>(113)</sup>.

Invero, la circostanza che la disciplina del regime patrimoniale tra coniugi e delle condizioni che essi devono rispettare nello stipulare convenzioni matrimoniali differisca notevolmente da uno Stato all'altro pone il problema di stabilire quale sia la legge applicabile per determinare il regime patrimoniale tra coniugi in tutte quelle situazioni di vita che presentano caratteri transfrontalieri. Il Regolamento (UE) 2016/1103 si è posto il problema, rilevando che, affinché i cittadini possano beneficiare, nel rispetto della certezza del diritto, dei vantaggi offerti dal mercato interno, è necessario consentire ai coniugi di conoscere in anticipo la legge applicabile al loro regime patrimoniale <sup>(114)</sup>. Occorre, pertanto, introdurre norme armonizzate sul conflitto di leggi per evitare risultati contraddittori. L'armonizzazione in questo settore deve perseguire due obiettivi essenziali: anzitutto, per assicurare la certezza del diritto ed evitare la frammentazione del regime patrimoniale tra coniugi, la legge applicabile deve regolare l'intero regime, ossia tutti i beni che rientrano nel patrimonio coniugale, indipendentemente dalla loro natura o dal fatto che siano situati in un altro Stato membro o in uno Stato terzo; in secondo luogo, al fine di rendere più agevole per i coniugi la gestione dei beni, è necessario consentire loro di scegliere la legge applicabile al loro regime patrimoniale tra le leggi che presentano uno stretto collegamento con i coniugi stessi <sup>(115)</sup>.

Per tali ragioni, l'art. 22, comma 1, del Regolamento lascia ampio spazio all'autonomia dei coniugi, i quali possono scegliere di comune accordo la legge applicabile al loro regime patrimoniale, a condizione che tale legge sia: o la legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi o nubendi, o di uno di essi, al momento della conclusione dell'accordo; ovvero la legge di uno Stato di cui uno dei coniugi o nubendi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo. Inoltre, una volta definito il quadro legale di riferimento, i coniugi (o nubendi) potranno adattare tale disciplina alle loro specifiche esigenze mediante apposite convenzioni matrimoniali, ossia accordi con i quali essi organizzano il loro regime patrimoniale per il tempo successivo al matrimonio <sup>(116)</sup>.

Può anche darsi, però, che i coniugi non effettuino la scelta della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali. In tal caso, l'esigenza di conciliare la prevedibilità e certezza del diritto con le circostanze della vita reale di una coppia impone di introdurre norme sul conflitto di leggi armonizzate basate su una serie di criteri di collegamento successivi che permettano di designare la legge applicabile all'insieme dei beni dei coniugi <sup>(117)</sup>. Il legislatore europeo ha normato la situazione in

---

<sup>113</sup> Cfr. i "Considerando" nn. 14 e 15 del Regolamento (UE) 2016/1103.

<sup>114</sup> Cfr. il "Considerando" n. 43 del Regolamento (UE) 2016/1103.

<sup>115</sup> Cfr. il "Considerando" n. 45 del Regolamento (UE) 2016/1103.

<sup>116</sup> V. art. 3, comma 1, lett. b) del Regolamento (UE) 2016/1103.

<sup>117</sup> Cfr. il "Considerando" n. 49 del Regolamento (UE) 2016/1103.

esame mediante l'art. 26, comma 1, del Regolamento (UE) 2016/1103, il quale stabilisce che la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi è, in linea di principio, la legge dello Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio; ovvero, in mancanza, della cittadinanza comune dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio. Se nessuno di questi criteri risulta applicabile, il che può avvenire in mancanza di prima residenza abituale comune ovvero in caso di doppia cittadinanza comune dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio, si applica come terzo criterio la legge dello Stato con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto al momento della celebrazione del matrimonio, tenuto conto di tutte le circostanze.

Determinati i criteri mediante i quali si procede all'individuazione della disciplina nazionale di riferimento, si pone un problema ulteriore. Invero, il Regolamento (UE) 2016/1103 ha introdotto norme di diritto internazionale privato, allo scopo di fornire criteri di composizione dei possibili conflitti di leggi e di giurisdizione derivanti dalle differenze intercorrenti tra le varie discipline nazionali del regime patrimoniale tra coniugi. Tuttavia, il Regolamento non si è spinto oltre, non ha cercato di armonizzare la disciplina sostanziale dei suddetti regimi patrimoniali. E proprio la persistenza di discipline nazionali differenziate genera ulteriori problemi in presenza di situazioni transfrontaliere, poichè quando i cittadini, esercitando il loro diritto alla libera circolazione, si spostano e si stabiliscono in uno Stato membro diverso dal loro Paese di origine, viene introdotto nello Stato membro di destinazione il complesso regime patrimoniale tra coniugi istituito ai sensi della legge straniera (ossia della legge di un altro Stato membro). Di conseguenza, si pone il problema di stabilire se lo Stato membro di destinazione debba necessariamente riconoscere il regime patrimoniale tra i coniugi scaturito dalla legislazione dello Stato membro di partenza ovvero possa imporre la prevalenza delle proprie regole.

La questione appare particolarmente complicata, poichè implica la necessità di conciliare due esigenze contrapposte: da un lato, l'Unione europea non può imporre ad uno Stato membro di accogliere e riconoscere nel proprio ordinamento interno situazioni giuridiche soggettive che hanno origine in sistemi giuridici stranieri quando detto riconoscimento sia potenzialmente idoneo a sovvertire alcuni principi cardine dell'ordinamento di destinazione; dall'altro lato, consentire ad uno Stato membro di rifiutare il riconoscimento di un diritto reale straniero significherebbe non solo adottare una soluzione palesemente contraria agli obiettivi di cooperazione e riconoscimento reciproco, ma anche ammettere una violazione della libertà di circolazione delle persone <sup>(118)</sup>.

Il Regolamento (UE) 2016/1103 ha tentato di conciliare le due opposte esigenze prevedendo, da una parte, che esso non dovrebbe incidere sul principio del *numerus*

---

<sup>118</sup> Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa C-148/02, *Avello c. Belgio*, 2 ottobre 2003; Corte di Giustizia U.e., Causa C-353/06, *Grunkin-Paul v Standesamt Niebüll*, 14 ottobre 2008.

*clausus* dei diritti reali conosciuti nel diritto nazionale di taluni Stati membri e che, pertanto, uno Stato membro non è tenuto a riconoscere un diritto reale su un bene situato sul suo territorio se il diritto reale in questione non è contemplato dalla sua legge nazionale <sup>(119)</sup>; dall'altra, tuttavia, il medesimo regolamento prevede l'adattamento di un diritto reale non riconosciuto al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale altro Stato membro, al fine di garantire che i coniugi possano comunque godere in un altro Stato membro dei diritti che sono stati loro riconosciuti per effetto del regime patrimoniale applicabile in base alla legge nazionale scelta <sup>(120)</sup>.

La soluzione dell'adattamento dei diritti reali, tuttavia, è talvolta poco praticabile, perché non sempre esiste un diritto "equivalente" nel sistema giuridico chiamato ad effettuare il riconoscimento. In questi casi, l'assimilazione del diritto reale straniero ad un diritto reale conosciuto dall'ordinamento interno potrebbe determinare la scomparsa di alcune caratteristiche del diritto originario e quindi il venir meno di alcuni poteri riconosciuti al suo titolare. Il che dimostra come la soluzione preferibile sarebbe quella di traslare a livello europeo il principio del *numerus clausus*, mediante la creazione di un insieme di diritti reali riconosciuti in tutti gli Stati membri con le medesime caratteristiche. Ciò assicurerebbe l'automaticità del riconoscimento reciproco dei diritti reali aventi origine in diversi Stati membri e quindi favorirebbe una migliore realizzazione del principio di libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

Ad ogni modo, è prevedibile che il risultato di un simile adattamento produrrà, nel lungo periodo, rilevanti effetti sostanziali sulle normative nazionali dei diritti reali, compresi effetti di armonizzazione mediante un'applicazione meno rigida del principio del *numerus clausus* ogniqualvolta il diritto reale straniero non coincida perfettamente con quello conosciuto dallo Stato membro di riferimento. Ne conseguirà, probabilmente, un sostanziale ampliamento del novero dei diritti reali riconosciuti dai singoli ordinamenti degli Stati membri.

## **§ 7. Una normativa europea sulla proprietà: prospettiva *de iure condendo*.**

L'analisi, sin qui condotta, della normativa che gli studiosi europei tradizionalmente definiscono come "legge dell'Unione europea sulla proprietà" ha

---

<sup>119</sup> Cfr. il "Considerando" n. 24 del Regolamento (UE) 2016/1103.

<sup>120</sup> L'art. 29 del Regolamento (UE) 2016/1103, a norma del quale «se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale in questione, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti». Cfr. anche il "Considerando" n. 25 del medesimo Regolamento.



dimostrato come, a ben vedere, l'Unione europea si sia sempre ben guardata dall'introdurre norme che incidessero direttamente sul contenuto essenziale del diritto di proprietà (modi di acquisto, di godimento, limiti), il che conferma quanto evidenziato in precedenza: su un piano di riflessione *de iure condito* deve escludersi la competenza dell'Unione europea in materia di proprietà.

Per tale ragione la riflessione sulla materia *de qua* non può muoversi esclusivamente sul piano del diritto vigente, ma deve assumere una prospettiva diversa, quasi visionaria, allo scopo di indagare, su un piano di riflessione *de iure condendo*, se sussistano i presupposti socio-economici per il riconoscimento, in un prossimo futuro, della competenza normativa dell'Unione europea nella materia del diritto di proprietà. A tal fine, occorre anzitutto valutare come e perché l'attribuzione della competenza normativa all'Unione nella materia *de qua* possa garantire una migliore realizzazione dei suoi obiettivi fondamentali.

Com'è noto, l'Unione europea è un'organizzazione internazionale unica nel suo genere, istituita con lo specifico scopo di fornire un ordine legale ad un mercato comune, comprendente tutti i mercati nazionali degli Stati membri. Le fondamenta di questo ordinamento giuridico sono state gettate con la dichiarazione *Schuman* del 9 Maggio 1950, nella quale si afferma l'esigenza di creare un mercato interno e istituire una "Alta Autorità" a supervisionarne il funzionamento allo scopo di garantire la pace tra gli Stati membri. Tali progetti hanno trovato concretizzazione nel Trattato di Roma e nei Trattati successivi. Anche gli attuali Trattati sull'Unione europea e sul Funzionamento dell'Unione europea si basano sull'idea della necessità di uno sforzo congiunto degli Stati membri per combinare i mercati nazionali al fine incrementare il benessere generale.

L'obiettivo di realizzare un mercato europeo unico, fondato su un'economia sociale che mira al perseguimento del benessere collettivo, implica l'eliminazione di tutti quegli ostacoli che possono causare distorsioni al suo funzionamento. In questa prospettiva, la garanzia del diritto di proprietà (di cui all'art. 17 Cost.) è condizione necessaria (poiché se un ordinamento non garantisce la tutela della proprietà, la libera circolazione delle merci e la libertà contrattuale non può esservi un'economia di mercato), ma non sufficiente per la realizzazione di un mercato unico.

In quest'ottica, particolare rilevanza assume l'art. 3 TUE, che pone una serie di obiettivi fondamentali, il cui perseguimento risponde all'intenzione degli Stati membri di creare un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa. Tra questi obiettivi rientra la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone, la lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni, la promozione della coesione economica, sociale e territoriale. È evidente che il perseguimento di tali fini impone la necessità di elaborare una normativa comune sulla proprietà, poiché fino a quando i cittadini europei non saranno messi nelle condizioni di acquistare beni in qualsiasi parte del territorio europeo secondo le medesime regole vigenti nel loro Stato nazionale (e quindi da essi

ben conosciute) e fino a quando non sarà garantita loro la possibilità di comprendere quali poteri scaturiscono dall'acquisto di una proprietà in ogni parte del territorio europeo e quali limiti devono essere osservati nell'esercizio di detti poteri non potrà dirsi davvero realizzato un Mercato Europeo Comune e quindi uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne. È altresì evidente che la libera circolazione delle persone può dirsi effettivamente garantita solo se esiste una regolamentazione uniforme dei modi di acquisto dei beni, perché è chiaro che nessun cittadino europeo è veramente libero di spostare la propria residenza da uno Stato membro all'altro se non conosce le regole che disciplinano l'acquisto della casa di abitazione nello Stato di destinazione. Ancora, la lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni potrà essere condotta anche garantendo a tutti i cittadini l'accesso alla proprietà e, in particolare, alla casa di abitazione. Ed, infine, la coesione economica, sociale e territoriale potrà dirsi realizzata solo quando il regime giuridico della proprietà sarà uniforme su tutto il territorio dell'Unione.

#### **§ 8. L'esigenza di rivalutare il riparto delle competenze normative in materia di proprietà tra Unione europea e Stati membri.**

Le considerazioni sin qui svolte ci consentono di giungere ad un primo approdo fondamentale: un intervento del legislatore europeo volto ad armonizzare la disciplina proprietaria vigente nei singoli Stati membri garantirebbe non solo un miglior funzionamento del mercato, ma anche una migliore realizzazione degli obiettivi fondamentali fissati nei Trattati.

Un tale approdo ci consente di rivalutare il riparto delle competenze normative in materia di proprietà tra Unione europea e Stati membri. In base al sistema attuale, l'Unione si limita a sancire, a livello "costituzionale", i principi di protezione del diritto di proprietà <sup>(121)</sup> e di libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali <sup>(122)</sup>; le regole operative, invece, sono riservate alla legislazione degli Stati membri <sup>(123)</sup>, che

---

<sup>121</sup> V. art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>122</sup> V. artt. 34, 45, 56 e 63 TFUE.

<sup>123</sup> Seppur con i limiti derivanti dal quadro costituzionale economico europeo, che impone agli Stati di esercitare la funzione legislativa in modo da non creare ostacoli all'accesso al mercato di uno Stato membro. In caso di inosservanza di detto obbligo, le norme europee poste a tutela della proprietà e della libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali possono impedire l'applicazione delle norme nazionali che violano detti principi, in quanto il giudice nazionale, riscontrando un profilo di contrasto della legge statale con il diritto europeo, sarà tenuto a disapplicare la prima e dare diretta applicazione al secondo. Sul punto, cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 390/12, *Robert Pflieger, Autoart a.s., Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Ing. Hans-Jörg Zebetner*, 30 aprile 2014, in cui si afferma che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è vincolante per le normative nazionali in ogni ambito in cui è implicato il diritto dell'Unione.

determina quali diritti patrimoniali sono riconosciuti e con quali modalità detti diritti possono esser creati, esercitati, trasferiti. È, tuttavia, probabile che con l'aumentare della consapevolezza circa il ruolo che la proprietà svolge all'interno delle dinamiche di funzionamento e sviluppo dell'Unione europea questo sistema di riparto delle competenze verrà riconsiderato, poiché esso genera una notevole difformità di regole circa il novero dei diritti patrimoniali riconosciuti nei singoli Stati membri e, soprattutto, circa le modalità di creazione, trasferimento ed estinzione dei diritti reali, il che si ripercuote sull'effettività dei principi di unità astrattamente sanciti dall'Unione europea. Del resto, un tale sistema impone, per ogni operazione commerciale di carattere transfrontaliero, elevati costi di informazione per i cittadini europei, costretti a verificare quali diritti patrimoniali sono ammessi dalla legislazione di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di appartenenza e quali caratteristiche hanno tali diritti. Le parti coinvolte sono, peraltro, esposte a maggiori rischi, connessi ad una intrinseca carenza di certezza giuridica, a causa del crescente pericolo che una norma nazionale sulla proprietà possa in concreto risultare inapplicabile perché incompatibile con il diritto "costituzionale" dell'Unione europea.

Lo stato attuale dell'integrazione europea comporta quindi tensioni a livello di riparto delle competenze normative tra Unione europea e Stati membri, il che rende necessario un ripensamento circa questa divisione delle competenze. In questa prospettiva, sarebbe opportuno riconoscere all'Unione europea un maggior potere di agire anche sul piano delle regole operazionali sulla proprietà, incentivando interventi di armonizzazione volti a ridurre i costi delle operazioni commerciali e a eliminare quella disomogeneità normative che ostacolano il commercio transfrontaliero o limitano la libera circolazione nel mercato interno <sup>(124)</sup>.

In conclusione, l'esigenza di un'armonizzazione delle categorie ordinanti fondamentali del diritto patrimoniale e delle relative regole operative si fa sempre più pressante e, alla luce della crescita dei rapporti transfrontalieri tra i cittadini europei, appare come non più procrastinabile.

## **§ 9. Avvio dell'indagine sul concetto "europeo" di proprietà, contro la deriva dei concetti.**

---

<sup>124</sup> Ad esempio, si potrebbero avviare iniziative di studio per la realizzazione di interventi finalizzati a stimolare l'acquisto transfrontaliero di terreni. In questo ambito, si dovrebbe valutare la compatibilità delle norme nazionali che, per la registrazione nel registro fondiario, richiedono un atto pubblico proveniente da un funzionario dello Stato (come un notaio o un funzionario di tribunale) con la regola europea che sancisce la libera prestazione dei servizi. Analogamente, si discute da decenni l'opportunità della creazione di un diritto reale di garanzia europeo (c.d. "euroipoteca").

Le considerazioni sin qui svolte inducono il giurista a domandarsi in quale direzione potrebbe svilupparsi, nei prossimi anni, la normativa europea sulla proprietà. Un aspetto su cui riflettere è che gli interventi di armonizzazione del diritto privato europeo hanno spesso creato notevoli difficoltà ai giudici nazionali, i quali hanno fornito interpretazioni diverse delle medesime disposizioni a causa della mancanza di concetti europei di riferimento condivisi. Tale lacuna ha obbligato gli interpreti a leggere le disposizioni europee alla luce delle nozioni consolidate nella propria tradizione giuridica nazionale, finendo così con il contraddire le finalità dell'armonizzazione <sup>(125)</sup>. Inoltre, la mancanza di una tradizione giuridica univoca in ambito europeo ha indotto le istituzioni dell'Unione ad omettere, nei testi normativi, il riferimento a concetti astratti, a fare a meno di quelle categorie ordinanti che costituiscono il collante tra le singole norme che compongono un sistema giuridico <sup>(126)</sup>. Ciò ha spesso condotto all'elaborazione di tassonomie giuridiche disordinate, con il risultato di accrescere (invece che ridurre) il grado di disomogeneità esistente tra i sistemi giuridici degli Stati membri <sup>(127)</sup>.

Le difficoltà appena segnalate evidenziano la necessità di uno sviluppo meno frammentato e più coerente del diritto privato europeo. Un'esigenza che vale, *a fortiori*,

---

<sup>125</sup> Del resto, l'interpretazione uniforme del diritto eurounitario da parte degli operatori giuridici nazionali è resa ancor più complessa dalla circostanza che le normative europee devono essere emanate in ciascuna delle 24 lingue ufficiali dell'Unione, il che, evidentemente, crea gravi difficoltà ermeneutiche.

<sup>126</sup> Queste problematiche si appalesano alla lettura del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), un progetto contenente principi, definizioni e modelli di disciplina che dovrebbero costituire un quadro comune di riferimento nel diritto privato europeo. Esso disciplina, tra gli altri, l'istituto del *trust* (libro X), introducendo delle regole che presentano alcuni elementi di contraddittorietà, dovuti alla mancanza di coerente armonizzazione tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*. Infatti, in base alla definizione contenuta nell'art. X. - 1:201 DCFR, un *trust* è una relazione giuridica nella quale un *trustee* è obbligato ad amministrare o disporre di un "fondo" (il c.d. *trust fund*) in conformità alle regole che governano la relazione dello stesso *trustee* con il disponente (c.d. *trust terms*) per avvantaggiare un beneficiario o perseguire scopi di pubblica utilità. Dunque, l'oggetto del *trust* è un "fondo", un concetto che è proprio dei sistemi di *common law* e che non coincide con il concetto di "*patrimonio*" tipico dei sistemi di *civil law*. Invero, mentre quest'ultimo comprende sia elementi patrimoniali attivi che passivi (v. art. 2740 del codice civile italiano), il concetto di fondo è limitato alle sole attività patrimoniali (c.d. *assets*). Tuttavia, l'art. X. - 1:202 utilizza in maniera ambigua i concetti di "*fondo*" e "*patrimonio*", prevedendo che il *trust fund* deve essere considerato come un patrimonio ("*patrimony*") distinto dal patrimonio personale ("*personal patrimony*") del *trustee* e da tutti gli altri patrimoni ("*patrimonies*") acquisiti o gestiti dal *trustee*. Questa norma solleva diversi quesiti interpretativi. A ben vedere, la norma citata non utilizza il termine "*patrimonio*" in senso tecnico, per far riferimento al concetto di patrimonio proprio dei sistemi di *civil law*, perché altrimenti non avrebbe avuto senso equipararlo al "*fondo*" in *trust*. Per un approfondimento, cfr. S. VAN ERP, *European property law: a methodology for the future*, in R. Schulze, & H. Schulte-Nölke (Eds.), *European Private Law - Current Status and Perspectives*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 11-12

<sup>127</sup> Per un approfondimento sul punto, v. GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, op. cit., pp. 307 e ss.

per un istituto dalla tradizione millenaria quale il diritto di proprietà. Certamente, se si vorrà perseguire l'ambizioso progetto di elaborare una normativa europea sulla proprietà sistematica e coerente, il punto di partenza non potrà che esser rappresentato proprio dall'analisi delle tradizioni degli Stati membri in materia di diritto di proprietà. Invero, soltanto l'adozione di un tale *modus operandi* può consentire il superamento di uno dei classici punti deboli della normativa europea di armonizzazione sinora sviluppata nei diversi settori del diritto privato europeo, ossia la circostanza che il legislatore europeo e soprattutto la Corte di Giustizia europea hanno spesso dimostrato di non preoccuparsi troppo delle categorie nazionali, affermando il principio dell'autonomia dei concetti adottati a livello europeo rispetto a quelli propri delle tradizioni nazionali <sup>(128)</sup>. Il che ha spesso condotto all'introduzione di normative incoerenti rispetto ai sistemi nazionali previgenti.

Per superare i rischi derivanti da una tale deriva dei concetti giuridici, occorrerà esaminare le tradizioni giuridiche principali affermatesi nel contesto europeo allo scopo di individuare le caratteristiche essenziali della "proprietà europea". Ciò in quanto il significante, nelle sue varie declinazioni (*proprietà, property, propriè, proprietad, eigentum*, etc.), assume una estrema variabilità di significati. La comune radice etimologica <sup>(129)</sup> è, infatti, spesso ingannevole e la semplice traduzione da una lingua all'altra non è in grado di esprimere il significato che una certa mentalità giuridica attribuisce al termine "*proprietà*". Sebbene, ad esempio, la parola "*property*", penetrata nel lessico giuridico inglese attraverso il latino e il *law french*, condivida la radice etimologica con analoghe espressioni dell'Europa continentale (*proprietà, propriè, proprietad*), lo sviluppo del concetto è rimasto ancorato a radici prettamente germanistiche, tanto che esso non implica l'idea di appartenenza esclusiva di una cosa a qualcuno e assume un significato diverso da ciò che i giuristi continentali tradizionalmente intendono con il termine "*proprietà*". Il termine "*property*" è utilizzato dai giuristi inglesi in un'accezione molto ampia, sostanzialmente coincidente con la nozione di "*diritti reali*". I giuristi di *civil law*, invece, identificano il diritto di proprietà come il diritto reale di più ampia portata che un ordinamento possa attribuire ad un soggetto su una cosa del mondo fisico; nozione, quest'ultima, che nei sistemi di *common law* identifica piuttosto la c.d. "*ownership*". Viceversa, il termine tedesco "*eigentum*", pur non condividendo la radice etimologica latina, rimanda ad un concetto che,

---

<sup>128</sup> Sul punto, cfr. B. AKKERMANS, *The Use of the Functional Method in European Property Law*, in *European Property Law Journal* 7, 2013, p. 100; P. CRAIG – G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, ed. V, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 180 e ss.

<sup>129</sup> Da ricondursi al sostantivo latino "*proprietas*", che, però, non costituiva, nel diritto romano, il termine utilizzato per indicare ciò che oggi concepiamo come "proprietà". Invero, a tal fine si utilizzava il termine "*dominium*", derivante da "*dominus*", sostantivo che designava il signore, padrone delle cose, degli schiavi e persino delle altre persone che componevano il suo nucleo familiare. Il termine "*proprietas*" emerge solo successivamente nelle fonti romane.

sviluppatosi nel solco della tradizione giuridica romanistica, presenta notevoli affinità con le altre concezioni dell'Europa continentale <sup>(130)</sup>.

La comprensione dei significati che il termine “proprietà” assume nelle diverse tradizioni giuridiche rappresenta, dunque, il primo passo da compiere lungo il sentiero che conduce all'armonizzazione delle norme sulla proprietà in senso all'Unione europea. Una tale analisi è, invero, essenziale al fine di acquisire contezza circa il significato che le parole utilizzate nei testi normativi europei dovrebbero assumere alla luce delle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Il rischio, infatti, è quello di attribuire ai concetti introdotti dalla legislazione dell'Unione europea un significato autonomo rispetto a quello che quegli stessi termini assumono negli ordinamenti nazionali. Il che significherebbe porre nel nulla quelle tradizioni giuridiche degli Stati membri che l'Unione europea si è impegnata a rispettare e condurrebbe all'edificazione di un complesso normativo privo di solide fondamenta.

---

<sup>130</sup> V. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum*. Corso di diritto privato comparato, Cedam, Padova, 1992, p. 13; cfr. anche M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, op. cit., pp. 2-4.

## **CAPITOLO II. ANALISI INTRA-SISTEMICA. DECOSTRUZIONE DEI SISTEMI NAZIONALI DI TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ.**

### **§ 1. Premessa metodologica.**

La costruzione di un sistema di protezione del diritto di proprietà a carattere trans-sistemico, vale a dire una normativa sulla proprietà europea che trascenda i singoli sistemi giuridici nazionali, presuppone un'analisi delle diverse tradizioni del diritto di proprietà che si sviluppi su vari livelli e con diverse modalità. Anzitutto, per ottenere delle intuizioni dall'analisi dei sistemi giuridici e dal ruolo che la legge sulla proprietà gioca in quei sistemi, è necessario esaminare la disciplina del diritto di proprietà dall'interno dei singoli ordinamenti giuridici e dunque condurre un'analisi intra-sistemica.

Dopo aver ottenuto, mediante l'indagine intra-sistemica, una conoscenza di base dei meccanismi di funzionamento dei sistemi di diritto di proprietà sarà possibile compiere un passo ulteriore e formulare, trans-sistemicamente, delle teorie su questi sistemi. Tale analisi trans-sistemica si svilupperà su due livelli di indagine, uno esterno e uno interno. Il livello esterno riguarda la determinazione dei confini esterni della normativa sulla proprietà rispetto ad altre aree giuridiche, in particolare alla disciplina delle obbligazioni, allo scopo di individuare i criteri di distinzione tra le relazioni personali di natura obbligatoria e le relazioni reali di natura proprietaria. Il livello interno segue logicamente quello esterno, perché, una volta definiti i criteri che consentono di stabilire quando un certo rapporto giuridico abbia natura reale e quindi debba essere soggetto alle regole sulla proprietà, occorre determinare il contenuto concreto di tali regole <sup>(131)</sup>.

### **§ 2. La proprietà nelle due grandi famiglie di *common law* e *civil law*: problemi di comprensione e comunicazione.**

Condurre un'indagine su una possibile regolamentazione europea del diritto di proprietà (o, *rectius*, di taluni profili di esso) significa doversi necessariamente confrontare con le tradizioni consolidate nei singoli Paesi membri dell'Unione, poiché

---

<sup>131</sup> Cfr. S. VAN ERP, *European property law: a methodology for the future*, op. cit. pp. 1-17.

esse rappresenteranno inevitabilmente le fondamenta su cui edificare la nuova disciplina. In questa prospettiva, occorre subito prendere atto che la legge sulla proprietà rappresenta uno dei settori giuridici in cui più marcate sono le differenze tra giurisdizioni di *common law* e di *civil law*. Tali differenze non riguardano semplicemente le specifiche regole che disciplinano una certa questione attinente al diritto di proprietà<sup>(132)</sup>, ma involgono la struttura generale del diritto di proprietà, i suoi concetti e la sua tassonomia.

Soprattutto, le barriere comunicative che esistono in questo settore sono molto alte e rischiano di impedire una proficua comunicazione tra gli studiosi delle due differenti famiglie giuridiche. Uno dei principali ostacoli alla reciproca comprensione consiste nella frequente mancanza di corrispondenza tra le espressioni linguistiche relative a determinati concetti chiave nel campo del diritto di proprietà tra il *common law* e il *civil law*, il che rende difficile la traduzione di tali concetti da un sistema giuridico all'altro. Tale ostacolo potrebbe, tuttavia, essere (almeno in parte) superato attraverso varie tecniche, ad esempio mediante perifrasi o introducendo neologismi. Un esempio di quest'ultima tecnica è fornito dal “*Dizionario giuridico della proprietà*” adottato in Canada, uno strumento bilingue e bisistemico per l'interpretazione di testi normativi e giudiziari relativi alla legge federale canadese e che si esprime con pari autorità in entrambe le lingue ufficiali (francese e inglese)<sup>(133)</sup>.

L'adozione di un meccanismo analogo in seno all'Unione europea potrebbe facilitare la comprensione reciproca e rendere proficua la comunicazione tra giuristi formati in sistemi giuridici diversi. I primi passi in questa direzione sono stati compiuti con la pubblicazione di traduzioni (non ufficiali) in lingua inglese dei codici civili di molti Paesi europei (come Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi), ma queste traduzioni sono comprensibili agli anglofoni solo nella misura in cui essi conoscano, almeno a grandi linee, i concetti sottesi alle espressioni utilizzate nelle singole norme.

Le difficoltà non sono, dunque, legate a meri problemi di traduzione di un termine da una lingua all'altra, ma ad un più complesso e profondo problema di comprensione dell'esatto significato sotteso alla singola espressione normativa. Ciò comporta che un giurista di *civil law* incontrerà notevoli difficoltà nel comprendere il significato della legge inglese sulla proprietà, poiché essa utilizza categorie e concetti che gli sono spesso sconosciuti. E, specularmente, il giurista inglese che intenda studiare la legge sulla proprietà di Germania, Italia, Francia o Spagna, incontrerebbe

---

<sup>132</sup> Naturalmente, i singoli ordinamenti adottano regole specifiche che governano singole questioni di diritto proprietario e tali soluzioni possono coincidere o divergere rispetto a quelle adottate dagli altri sistemi giuridici. Così, ad esempio, il sistema dei registri immobiliari presenta caratteristiche differenti in Francia e in Inghilterra; analogamente, le azioni per recuperare la cosa che costituisce oggetto del diritto di proprietà sono diverse nei sistemi di *common law* e di *civil law*.

<sup>133</sup> Cfr. M. GRAZIADEI, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in (a cura di) M. GRAZIADEI – L. SMITH, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 73-74.



notevoli difficoltà concettuali e rimarrebbe probabilmente sconcertato dal campo piuttosto limitato che la legge della proprietà copre in questi sistemi a causa della netta separazione esistente tra la legge sulla proprietà e altri settori (come il diritto successorio e il regime patrimoniale dei coniugi). Molto più semplice è, invece, per il giurista italiano che abbia adeguata conoscenza della lingua straniera pertinente, comprendere le disposizioni sulla proprietà contenute nel codice civile francese o tedesco, poiché questi codici ricorrono a concetti a lui familiari.

Ciò impone un'analisi comparativa dei modelli di pensiero che stanno alla base della disciplina proprietaria nelle principali tradizioni nazionali, nel tentativo di sviluppare un quadro comune di analisi del diritto di proprietà, valevole sia per i sistemi di *civil law* che per quelli di *common law*. In questa prospettiva, il criterio di indagine privilegiato non può che essere quello storico-comparativo, perché solo un'analisi di questo tipo consente di individuare la genesi delle principali differenze intercorrenti tra le moderne leggi sulla proprietà nei sistemi di *common law* e di *civil law*.

### **§ 3. Indagine storico-comparativa: dallo *ius commune* europeo ad un punto di (irrimediabile?) rottura.**

Tutti i sistemi giuridici europei condividono, in materia di proprietà, una storia evolutiva largamente comune nella sua fase iniziale. La genesi di questo *ius commune* va individuata nel contesto sociale e politico del periodo medievale. Tutte le società dell'epoca erano, infatti, strutturate sulla base di un sistema feudale, che richiedeva un concetto di proprietà il più possibile elastico e frammentato.

Tuttavia, mentre nei sistemi giuridici di *common law* i portati normativi di questa organizzazione socio-politica si sono conservati sino all'epoca contemporanea, negli Stati continentali, tendenzialmente appartenenti alla famiglia di *civil law*, la profonda influenza esercitata dal pensiero dottrinale e le burrascose vicende rivoluzionarie hanno determinato il rigetto dell'originaria struttura feudale e la riscoperta dell'antica tradizione romanistica, che aveva elaborato un'idea di proprietà come diritto assoluto e indivisibile su una cosa. Invero, quando i giuristi francesi dell'epoca post-rivoluzionaria si trovarono di fronte al problema di costruire una disciplina proprietaria che si appalesasse come nettamente distinta e distante da quella feudale, scelsero di attingere a una struttura intellettuale globale per organizzare il sistema di regole che intendevano predisporre. E questa struttura è stata rinvenuta nell'idea romana di *dominium*. Analogamente, in Germania gli studiosi del diciannovesimo secolo trassero insegnamento dalla legge romana per ricostruire un modello intellettuale che, in seguito, avrebbe guidato i codificatori nel loro sforzo di costruire una nozione generale ed astratta di proprietà.

Peraltro, molto diverso è anche l'approccio alle questioni proprietarie da parte dei giuristi di *civil law* rispetto a quelli di *common law*: mentre i primi prediligono un

approccio dogmatico, che mira alla creazione di un sistema astratto di regole coerenti da applicare a qualsivoglia problema pratico, a salvaguardia della certezza del diritto e della prevedibilità delle soluzioni giuridiche, i giuristi di *common law* adottano un approccio pragmatico, che elabora le regole giuridiche a partire dalla concretezza dei problemi che si manifestano nella vita quotidiana. Questo diverso approccio ha prodotto una conseguenza pratica relevantissima, poiché mentre negli ordinamenti di *civil law* la legge sulla proprietà costituisce un sistema tendenzialmente unitario, i cui principi generali si applicano indipendentemente dal bene che ne forma oggetto, i sistemi di *common law* tendono a separare nettamente la disciplina della proprietà immobiliare (che rappresenta l'unica vera “*property law*”) da quella degli altri tipi di proprietà, poiché “*personal properties*” e “*claims*” sono regolate dalla legge commerciale piuttosto che da quella civile<sup>134</sup>).

Semberebbe, dunque, che queste genealogie alternative abbiano determinato l'affermarsi di due concezioni totalmente diverse del diritto di proprietà nelle moderne leggi dei sistemi di *civil law* e di *common law*. Questa conclusione rischia, però, di liquidare con eccessiva fretta una questione ben più complessa di quanto possa

---

<sup>134</sup> D'altra parte, non è detto che un sistema di *civil law* adotti un approccio dogmatico nel disciplinare il diritto di proprietà e che, viceversa, un sistema di *common law* prediliga un approccio pratico, che prescinde dal ricorso a definizioni generali e categorie ordinanti fondamentali. Un esempio è dato dall'ordinamento scozzese, che appartiene alla tradizione di *civil law* ed ha abolito il sistema feudale nel 2004, senza, tuttavia, fornire una definizione generale di “*ownership*” (per un approfondimento sulla riforma, cfr. “*Abolition of Feudal Tenure etc. (Scotland) Act 2000*”, reperibile al seguente indirizzo: [https://www.legislation.gov.uk/asp/2000/5/pdfs/asp\\_20000005\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/asp/2000/5/pdfs/asp_20000005_en.pdf); nonché le “*Explanatory Notes to Abolition of Feudal Tenure etc. (Scotland) Act 2000*”, reperibili al seguente indirizzo: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2000/5/notes>). Analogamente, il diritto irlandese sulla proprietà, nonostante l'abolizione del sistema feudale nel 2009, è rimasto all'interno della tradizione di *common law* e ha mantenuto il concetto di “*estate*”, che è espresso nel “*memorandum esplicativo*” allegato alla legge di riforma, in cui (nella parte 2, intitolata “*Ownership of land*”) si legge: «*The Act retains the concept of an “estate” in land which was also part of the feudal system, because this remains a central feature of the modern system of land ownership. The notion of dividing ownership according to different periods of time is what makes land ownership under a common law system flexible. It enshrines the fundamental principle that what is owned is not the physical entity, the land, but rather some estate (giving substantial rights in respect of the land such as the right to occupy it) or interest (giving less substantial rights such as the limited use given by an easement comprising, for example, a right of way over a road on the land, or a profit à prendre comprising a right to cut and take away turf) in the land. The full ownership of any particular parcel of land comprises these various estates and interests, including equitable interests, such as those existing under a trust of the land. Article 10.1 of the Constitution refers expressly to “estates and interests” (in the context of natural resources). How many of the various estates and interests will exist in respect of a particular parcel of land will vary from case to case. As part of its objective of simplifying the law, the Act reduces substantially the number of estates which can be created in future*» (per un approfondimento sulla riforma, cfr. “*Land and Conveyancing Law Reform Act 2009*”, reperibile al seguente indirizzo: <https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/act/2009/27/eng/enacted/a2709.pdf>). In sostanza, la riforma irlandese introduce un concetto di proprietà talmente ampio che in esso possono farsi rientrare tutti i precedenti diritti feudali sulle terre. Cfr. S. VAN ERP, *European property law: a methodology for the future*, op. cit., pp. 4-5.

sembrare a prima vista. Occorre, pertanto, approfondire il livello di analisi e osservare più da vicino le vicende storiche che hanno determinato l'affermarsi delle moderne leggi sulla proprietà e le influenze che tali vicende hanno avuto sui concetti chiave delle attuali formulazioni normative.

#### § 4. Il concetto di “*Eigentum*” nel sistema giuridico tedesco. Dal diritto germanico alla “*Recezione*” del diritto romano.

Il sistema tedesco dei diritti reali è il frutto dell'incontro di due tradizioni giuridiche nettamente differenti (ed, anzi, per molti versi, contrapposte): da un lato, la tradizione germanistica, che si sviluppa sin dall'epoca medievale nei territori dell'attuale Germania; dall'altro lato, la tradizione romanistica, che penetra nella cultura germanica attraverso la c.d. “*Recezione*” del diritto romano.

Nell'antico diritto germanico non esisteva un criterio di classificazione sistematica dei diritti sulle cose, dato che per designare le situazioni di appartenenza si ricorreva ad un unico concetto, quello di *Genere* <sup>(135)</sup>, e non si faceva alcuna distinzione tra proprietà (come situazione giuridica soggettiva) e possesso (come situazione di mero fatto), né tra proprietà e diritti reali limitati. Il criterio di classificazione delle situazioni di appartenenza era, piuttosto, quello della separazione netta tra beni mobili e immobili, il che si spiega in ragione del contesto socio-economico nel quale si sviluppa il diritto germanico. Infatti, le popolazioni germaniche, stanziata su territori in cui la natura offriva soltanto boschi infruttiferi, si organizzarono in società nomadi, in continuo movimento alla ricerca di nuove terre da sfruttare, e, di conseguenza, l'economia si basava sulla pastorizia più che sull'agricoltura. In questo contesto, i fondi, distribuiti dai capi delle tribù alle congregazioni di famiglie secondo i loro bisogni, venivano sfruttati per brevi periodi di tempo e poi abbandonati quando ci si spostava alla ricerca di nuove terre. Essi, pertanto, non formavano oggetto di proprietà, ma di possesso collettivo (“*Kollektivbesitz*”). Viceversa, i beni mobili (categoria nella quale rientravano anche le case, costruite in legno e trasportabili) erano oggetto di appropriazione individuale (e quindi, potrebbe dirsi mediante il ricorso ad un concetto moderno, di proprietà personale). Solo quando le popolazioni germaniche iniziano a strutturarsi come società agricole e dunque a soggiornare in uno stesso luogo per lunghi periodi di tempo, le case (non più trasportabili e quindi divenute beni immobili) e le terre circostanti (“*Hof*”) vengono assegnate in proprietà alle famiglie, intese come

---

<sup>135</sup> Per un approfondimento sul concetto di *Genere*, v. E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, XIII rist., Roma, Il cigno Galileo Galilei, 2012, pp. 194-196.

collettività di individui, instaurandosi così un regime di comunione familiare sugli immobili <sup>(136)</sup>.

Proprietà e possesso non erano, pertanto, concetti ben distinti; piuttosto, essi venivano a confondersi nel concetto di “*Gewere*”, termine che identificava la situazione fattuale di dominio esercitato da una persona su una cosa, esteriormente riconosciuto e quindi tutelato. Per il riconoscimento di una *Gewere*, erano richieste due condizioni: un dominio materiale sulla cosa (che si otteneva mediante la consegna della stessa) e un titolo giustificativo di tale dominio. In mancanza del titolo, tuttavia, il possesso notorio fondava una presunzione di sussistenza di una *Gewere* sulla cosa che consentiva al possessore di esercitare i relativi poteri sulla stessa, almeno fino a quando l’avente diritto sul bene avesse fatto valere le sue ragioni nei confronti del possessore. Essa, dunque, non si identificava con il mero possesso, ma costituiva un vero e proprio diritto (temporaneo) all’esercizio di un diritto reale, la cui esistenza era presunta, salvo prova di un miglior titolo da parte di altri. Nel corso del medioevo, il concetto di *Gewere* perse il suo carattere unitario, differenziandosi in forme diverse per i beni mobili e immobili. Per quanto riguarda i beni mobili, la *Gewere* rimase sempre legata al requisito del rapporto materiale (“*Haben*”) del soggetto con la cosa: essa si acquistava con l’immissione nel possesso e si perdeva con il venir meno del possesso sulla cosa. Ciò ha impedito quel fenomeno di moltiplicazione delle *Gewere* che, invece, caratterizzò i beni immobili. La *Gewere* sui beni immobili, infatti, consistente nel potere di trarre utilità dalla cosa, prescindeva dal possesso e dunque apparteneva non solo al coltivatore diretto del fondo (c.d. *Gewere* semplice o immediata), ma anche coloro che, in forza di un diritto reale, ottenevano servizi o tributi da parte del coltivatore diretto del fondo e dunque traevano profitto dalla terra solo in via mediata (c.d. *Gewere* indiretta). Il diritto germanico medievale si spinse sino a riconoscere una *Gewere* in situazioni in cui mancava totalmente l’elemento del dominio sulla cosa (in questi casi si parlava di una *Gewere* ideale, riconosciuta, anche quando il bene fosse posseduto da altri, in capo all’erede e in capo al soggetto a favore del quale il giudice avesse disposto la cessione di un fondo) o in cui un diritto reale attualmente non attribuiva poteri di godimento sul bene in ragione di diritti altrui particolarmente ampi sulla cosa stessa (in tali ipotesi si parlava di *Gewere* quiescente, che ricorreva quando, ad esempio, un monastero riceveva una donazione con riserva di usufrutto per tutta la vita del donante, ottenendo così soltanto la nuda proprietà del bene, che però era destinata ad espandersi in proprietà piena alla morte del donante, con conseguente riacquisizione dei poteri di godimento fino ad allora spettanti all’usufruttuario). Si riconosceva poi in capo al creditore cui fosse stato dato in pegno un fondo, fino allo scadere del debito,

---

<sup>136</sup> La netta separazione tra beni immobili e mobili permase anche nelle epoche successive, quando si affermò anche in relazione agli immobili il concetto di proprietà individuale. Ciò in ragione dell’importanza riconosciuta alla proprietà immobiliare rispetto a quella mobiliare. E si consolidò definitivamente con l’istituzione dei libri fondiari, ossia di un sistema di pubblicità delle vicende relative ai beni immobili.

una *Genere* in aspettativa, consistente in un'aspettativa di acquisto del diritto in un tempo futuro. Infine, il diritto germanico ammetteva persino una *Genere* avente ad oggetto non cose corporali ma diritti (c.d. "*Rechtsgewere*"). La coesistenza di più *Genere* sullo stesso bene era resa possibile dalla circostanza che oggetto dell'appartenenza non era il bene materiale, bensì un'entità astratta, ossia il godimento limitato temporalmente e/o quantitativamente di utilità derivanti dalla terra. La tradizione germanistica, pertanto, intendeva la proprietà come una situazione giuridica frazionata, avente ad oggetto le utilità economiche che le cose erano in grado di garantire al suo titolare. Questa concezione della proprietà si adattò perfettamente alle esigenze nascenti dai rapporti feudali, che richiedevano un frazionamento delle titolarità dei diritti su uno stesso bene <sup>(137)</sup>.

Il quadro delineato comincia a mutare con la c.d. "*Recezione*" del diritto romano, iniziata nel XIII secolo e sviluppatasi soprattutto a partire dalla fine del secolo XIV, quando la diffusione delle teorie dei Glossatori in Germania determinò una commistione di elementi germanistici e romanistici. In tale contesto, la dottrina tedesca, da un lato, recepisce la classificazione romanistica dei diritti reali, inquadrando le forme di proprietà collettiva diffuse nel diritto germanico nell'ambito della comproprietà romanistica, e, dall'altro, nel tentativo di adeguare il sistema giuridico ai rapporti feudali che caratterizzavano la realtà socio-economica, conserva il concetto germanistico di proprietà frazionata sfruttando la teoria dei Glossatori, che ammetteva la coesistenza sul medesimo fondo di un dominio superiore (c.d. *dominio diretto*) e di un dominio inferiore (c.d. *dominio utile*). Quest'ultimo attribuiva al suo titolare il potere di trarre dal fondo le utilità immediate, ma poneva a suo carico l'onere di effettuare determinate prestazioni personali o patrimoniali a favore del titolare del dominio diretto. Come in passato vi erano più *Genere* su uno stesso fondo, così ora si moltiplicavano i *dominii utiles* a diverso titolo sullo stesso bene.

La successiva evoluzione del pensiero giuridico tedesco sul diritto di proprietà trova terreno fertile nelle riflessioni teoriche dei protagonisti del filone di analisi ed interpretazione del diritto romano noto come "*Usus modernus Pandectarum*": autori come *Lauterbach* (1618-1678), *Stryk* (1640-1710) e *Struve* (1619-1692) si dedicano non solo all'esigenza pratica di creare un sistema giuridico compiuto, basato sull'armonizzazione delle fonti romanistiche con il diritto germanico, all'interno del quale collocare (e sulla cui base legittimare) i diversi diritti esistenti sullo stesso bene immobile, ma anche all'esigenza teorica di ricercare l'essenza e il fondamento meta-positivo del diritto di proprietà. In questa prospettiva, il concetto di proprietà astratto e assoluto del diritto romano viene contrapposto alla "*species servitutis*" e al "*pignus*", da

---

<sup>137</sup> Per un approfondimento sulla tradizione germanistica, cfr. B. POZZO, *Eigentum*, in A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Ed. Cedam, Padova, 1992, pp. 261 e ss.; v. anche F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all' Italia*, Città di Castello, Roma, 1907, e M. SCOVAZZI, *Le origini del diritto germanico. Fonti, preistoria, diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1957.

intendersi come “*iura in re aliena*”, cioè come limitazioni ai poteri del proprietario che, tuttavia, non intaccavano l’essenza del diritto di proprietà e che perciò non potevano scalfire la sua unitarietà, non potendo essere concepiti come “proprietà parziarie”. Queste premesse, se rigorosamente applicate, avrebbero dovuto condurre alla negazione dell’esistenza di un *dominium utile*, come diritto separato e complementare a quello diretto. Ed invece l’*usus modernus pandectarum* riconosce questa figura, talora intendendola come vero e proprio diritto di proprietà e talaltra come *jus in res aliena*, nel tentativo di giustificare quella proprietà frazionata che, di fatto, caratterizzava il diritto positivo vigente nei vari territori.

Ad ogni modo, è in questa epoca che si assiste ai primi tentativi di fornire una definizione della proprietà, intesa come diritto soggettivo, cioè libertà dell’individuo di agire secondo la propria volontà in relazione alle cose di cui è titolare. Questa idea affonda le sue radici nelle teorie giusnaturalistiche che, proprio in questo periodo storico, vivono una nuova fioritura grazie alle opere di Ugo Grozio.

Le teorie elaborate dai giuristi tedeschi a partire dal XVII secolo propagheranno i loro effetti nel lungo periodo, influenzando in modo decisivo lo sviluppo del diritto positivo tedesco sulla proprietà. Anzitutto, la concezione della proprietà come diritto soggettivo spettante a tutti gli individui condurrà all’abolizione del sistema feudale, in cui la proprietà si concentrava in capo a poche persone (l’imperatore, i vassalli, i signori feudali). È in questo quadro che devono essere collocate le riforme avvenute nei territori tedeschi nel XIX secolo allo scopo di liberare la terra dagli oneri feudali che avevano fino ad allora caratterizzato la realtà sociale. Così, in Austria, il “*Grundentlastungsgesetz*” del 1848 ribaltava la concezione proprietaria espressa dai §§ 1122-1149 dell’ABGB (che prevedevano l’istituto della proprietà divisa), e un provvedimento ministeriale del 1849 (*Justiz-Ministerial-Erlass*, 2 ottobre 1849) disponeva a favore dei titolari di un *dominium utile* l’acquisto della piena proprietà della terra. In Prussia la Legge 2 marzo 1850, nota come “*Ablosungsgesetz*”, vietava la creazione di nuovi *dominii utili*.

Anche dal punto di vista del contenuto del diritto di proprietà, le codificazioni moderne affondano le loro radici nel pensiero dei giusnaturalisti. Invero, fino a quel momento con il termine *dominium* si faceva riferimento anche a situazioni che non avevano nulla a che fare con il diritto di proprietà modernamente inteso in chiave privatistica, come il dovere dei vassalli di difendere i servi della gleba nei confronti degli eventuali attacchi esterni, a fronte del quale vi era il dovere dei contadini di prestare la loro opera sui campi. Con il Giusnaturalismo, invece, che viene incontro al bisogno di fornire delle fondamenta scientifiche a quelle forme di appropriazione individuale delle terre conseguenti al superamento dell’assetto socio-economico di tipo feudale, vengono poste le basi per la separazione del diritto di proprietà in senso “privatistico” dal diritto di proprietà in senso “pubblicistico”, con quest’ultimo destinato a divenire oggetto di tutela e disciplina del nascente diritto pubblico. Ed infatti su questa tradizione filosofica porranno le loro basi i testi costituzionali del

XIX secolo che, nel riconoscere il diritto di proprietà come diritto soggettivo dell'individuo di fronte agli altri individui e allo Stato, garantiranno a quest'ultimo il diritto di espropriazione per pubblica utilità <sup>(138)</sup>.

#### § 4.1. (Segue). La concezione “romanistica” della proprietà nel *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.

Dall'incontro delle tradizioni germanistica e romanistica deriva il patrimonio di categorie concettuali sviluppato nella Scuola Storica e poi nella Pandettistica, che influì in modo incisivo sull'elaborazione del codice civile tedesco. L'impianto sistematico del libro III del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, intitolato “*Sachenrecht*” (cioè, letteralmente, “diritto delle cose”) costituisce una chiara eredità romanistica: esso si basa su una netta distinzione tra proprietà, intesa come situazione di diritto <sup>(139)</sup>, e possesso, inteso come situazione di mero fatto <sup>(140)</sup>, nonché sulla contrapposizione tra proprietà e diritti reali limitati.

Il concetto centrale del sistema dei diritti sulle cose è quello di “*Eigentum*”, termine impiegato per indicare la situazione di appartenenza per eccellenza. Il suo significato coincide sostanzialmente con il concetto romanistico di proprietà come diritto pieno ed assoluto. La disciplina del “Contenuto della proprietà”, sancita nel libro III, sezione 3, titolo I (rubricato, appunto, “*Inhalt des Eigentums*”), costituisce, infatti, una trasposizione legislativa della teoria della proprietà elaborata dai pandettisti (il cui scopo era quello di riportare all'antico splendore il diritto romano purificandolo dalle interpretazioni che di esso avevano dato i Glossatori ed i Commentatori) <sup>(141)</sup>,

---

<sup>138</sup> Per un approfondimento sul tema della “Recezione” del diritto romano nella tradizione germanistica e sull'influenza che il pensiero giusnaturalista ebbe sui successivi sviluppi del “*Sachenrecht*” cfr. B. POZZO, *Eigentum*, op. cit., pp. 273 e ss.

<sup>139</sup> Dal primo inciso del § 903 BGB, in forza del quale «Il proprietario di una cosa può agire sulla cosa a proprio piacimento ed escludere gli altri da ogni ingerenza, in quanto non si opponga la legge o diritti di terzi» si evince che la proprietà è il potere esclusivo, riconosciuto dalla legge (e in quanto tale tutelato), di godere della cosa a propria discrezione, purchè si rispetti la legge stessa e i diritti dei terzi.

<sup>140</sup> Il § 854 BGB dispone che «*Il possesso di una cosa si acquista con il conseguimento del potere di fatto sulla cosa*», attribuendo così rilevanza al solo rapporto materiale esistente tra il soggetto e la cosa, a prescindere dalla sussistenza di un titolo giustificativo di tale rapporto.

<sup>141</sup> Per un approfondimento sulla riformulazione delle teorie della proprietà privata determinata dalla crisi della concezione giusnaturalistica e dall'avvento delle riflessioni dei pandettisti, cfr. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., pp. 20-28. In particolare, l'Autore evidenzia che «*il modello pandettistico si caratterizza per la formalizzazione e positivizzazione del rapporto tra poteri del titolare e ordinamento giuridico, che si riflette tanto sul profilo dell'assolutezza, quanto su quello della limitabilità. Dal primo punto di vista, la sostanza della situazione proprietaria viene individuata nell'attribuzione al titolare di un potere avente carattere essenzialmente sintetico e unitario. All'assolutezza, come indicazione di valore,*

con l'aggiunta di innovazioni legate alla teoria di Jhering della proprietà come interesse protetto<sup>142</sup>). Ne deriva un concetto di proprietà che, pur collocandosi all'interno della logica individualistica propria della tradizione romanistica e delle codificazioni liberali di epoca ottocentesca (a partire dal *Code civil* francese), individua il fondamento delle situazioni giuridiche soggettive nell'interesse (sostituendolo alla volontà), il che consente di riconoscere giuridica rilevanza non solo al momento attributivo della situazione giuridica, ma anche alle modalità di esercizio delle prerogative che da tale attribuzione conseguono<sup>143</sup>). Tale concetto è sancito nel § 903 BGB, in forza

---

*tende a sostituirsi la "pienezza del diritto sulla cosa", come dato immanente, logico-formale, della situazione. Ogni tentativo di enumerare le facoltà "che al proprietario competono in forza del concetto di proprietà" è privo di senso: la proprietà è sintesi, non somma, delle singole facoltà, che sono piuttosto "estrinsecazioni e manifestazioni" della pienezza del diritto. L'idea della proprietà come totalità sintetica di poteri vale [...] a eliminare ogni dubbio sull'unitarietà della categoria, escludendo che l'esistenza di diritti di terzi sulla cosa [...] comporti effettive "modificazioni della proprietà". [...] Alla nozione di proprietà come pienezza del diritto sulla cosa è giustapposta una generale nozione giuridica di "limite", cui vengono ricondotte tutte le ipotesi normative (dai diritti reali minori ai rapporti di vicinato alle restrizioni di interesse pubblico) che contraddicano il principio per il quale la volontà del proprietario è "decisiva rispetto alla cosa nella totalità dei rapporti". [...] Nei pandettisti la nozione di limite è tecnico-formale [...]. Anzitutto, il limite è categoria positiva: è l'effetto di una norma, di uno "speciale fatto giuridico", che "sottrae" talune facoltà al contenuto del diritto [...]. Inoltre, il limite diviene coesenziale alla struttura della proprietà. Questa è [...] istituzionalmente limitata [...]. Se il singolo limite è eccezionale e specifico, tali essendo i caratteri del fatto giuridico che lo pone, il limite "in generale", cioè l'esistenza di un regime giuridico che riduce la pienezza del diritto, costituisce il modo di essere della proprietà nell'ordinamento» (pp. 22-23).*

<sup>142</sup> La teoria di JHERING individua nell'interesse l'elemento caratterizzante il diritto soggettivo. In questa prospettiva, l'interesse del proprietario prevale, salvo diversa previsione di legge, su ogni altro interesse, poiché, in ultima analisi, esso viene a coincidere con l'interesse oggettivo della società di riferimento. Invero, «soltanto il fatto che già il proprio interesse spinge di regola il proprietario a fare della sua proprietà quell'uso che è conforme all'interesse suo e, contemporaneamente, a quello della società, è la ragione per cui la società formula richieste così limitate nei riguardi della proprietà» (Così R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, tr. it., Einaudi, Torino, 1972, p. 364).

<sup>143</sup> La considerazione degli interessi ha assunto rilevanza determinante ai fini dell'elaborazione della disciplina dei rapporti di vicinato. In questa prospettiva, il § 904 BGB pone dei limiti al potere del proprietario di escludere gli altri in presenza di un pericolo per un terzo, stabilendo che «il proprietario di una cosa non è legittimato a vietare l'ingerenza di un altro sulla cosa, se l'ingerenza è necessaria per evitare un pericolo attuale ed il danno incombente è sproporzionalmente maggiore del danno derivante al proprietario dall'ingerenza», salvo il diritto del proprietario al risarcimento del danno. L'influenza della teoria di Jhering è altrettanto evidente nel § 905 BGB, che, dopo aver affermato che «il diritto del proprietario di un immobile si estende allo spazio sopra la superficie ed al corpo di terra sotto la superficie», ne limita lo *ius excludendi alios* utilizzando l'interesse del proprietario come criterio di giuridicità dell'esercizio del potere. La norma precisa, infatti, che il proprietario non può vietare le altrui ingerenze che vengono compiute ad una tale altezza o profondità che egli non ha interesse ad impedirle. Una simile precisazione non è, invece, contenuta nella corrispondente norma del *Code civil* francese, ossia l'art. 552, il quale si limita a prevedere che «La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous», riconoscendo implicitamente la tendenziale illimitatezza dei poteri riconosciuti al proprietario. Si pensi, infine, alle regole in materia di immissioni, che operano un bilanciamento tra l'interesse del proprietario e quello dei soggetti terzi. In particolare, quanto al codice tedesco, il § 906 dispone, al comma 1, che «il proprietario di un immobile non può vietare l'immissione di gas, vapori, odori, fumo, fuliggine, calore, rumori, scuotimenti o simili ingerenze



del quale «*Il proprietario di una cosa può agire sulla cosa a proprio piacimento ed escludere gli altri da ogni ingerenza, in quanto non si opponga la legge o diritti di terzi*». In ciò il codice civile tedesco fa propria la concezione unitaria del diritto di proprietà tipica del diritto romano, senza distinguere tra proprietà mobiliare e immobiliare, sebbene la disciplina del diritto di proprietà si atteggi poi diversamente, riguardo a taluni specifici profili, a seconda che la cosa oggetto del diritto sia un bene mobile o immobile <sup>(144)</sup>.

Parafrasando il disposto della norma appena menzionata, il diritto di proprietà può essere definito come il potere esclusivo di godere e disporre della cosa in conformità alla legge e nel rispetto dei diritti di terzi. Il carattere “esclusivo” sta ad indicare che la proprietà è il diritto più ampio che l’ordinamento può riconoscere ad un privato su una certa cosa, poiché l’attribuzione di un diritto di proprietà su un bene ad un soggetto comporta il riconoscimento, in capo a quel soggetto, del potere di escludere tutti gli altri dal godimento della cosa e da tutte le decisioni ad essa inerenti. Il che significa, in definitiva, che qualunque sia il criterio di classificazione dei diritti reali che l’ordinamento intende adottare, il diritto più ampio su una cosa dovrà sempre assumere la denominazione di “proprietà” <sup>(145)</sup>.

Anche le disposizioni sui beni giuridici contenute nel BGB sono espressione della tradizione romanistica “pura”, cioè del diritto romano classico di cui si era fatta interprete la Pandettistica. In questa prospettiva, il § 90 BGB stabilisce che « *cose nel senso della legge sono soltanto gli oggetti corporali*», effettuando così una scelta a favore della

---

*provenienti da un altro bene immobile, in quanto l’ingerenza non incida o incida solo non essenzialmente sull’uso dell’immobile*»; la medesima disposizione, al comma 2, aggiunge che « *lo stesso vale in quanto un nocumento essenziale derivi da un uso dell’altro bene immobile abituale nei luoghi e non può essere impedito con misure che possano essere richieste in maniera economicamente ragionevole ad utenti di questo tipo*» (salvo il diritto del proprietario ad un indennizzo quando l’ingerenza pregiudica l’uso abituale nei luoghi dell’immobile o il suo provento in maniera eccedente la misura ragionevole).

<sup>144</sup> Così, ad esempio, i §§ 91 e 92 BGB stabiliscono che soltanto le cose mobili possono essere qualificate, rispettivamente, come cose fungibili o consumabili. Il § 474 BGB prevede che soltanto l’acquisto, da parte di un consumatore, di una cosa mobile da un imprenditore configura una vendita di beni di consumo. Il § 873 BGB stabilisce che ai fini del trasferimento della proprietà di un immobile è necessario non solo l’accordo tra le parti, ma anche la registrazione del trasferimento nel registro fondiario; quest’ultimo adempimento non è richiesto, invece, per il trasferimento della proprietà su beni mobili (le modalità di acquisto e perdita della proprietà sulle cose mobili sono disciplinate nel titolo III del libro III, ai §§ 929 e ss.). La ragione di questa fondamentale differenza in ordine al regime di circolazione della proprietà è che rispetto ai beni immobili i meccanismi di registrazione sono più semplici e soprattutto più efficaci.

<sup>145</sup> Ciò, naturalmente, non esclude che il diritto di proprietà su talune tipologie di beni possa essere conformato dall’ordinamento mediante l’imposizione di limiti al potere di godimento e di disposizione, al fine di perseguire interessi sociali di portata più ampia rispetto al mero interesse egoistico del proprietario. Anzi, proprio l’ordinamento tedesco è stato pioniere nell’affermare il principio della funzione sociale del diritto di proprietà: l’art. 153 della Costituzione di *Weimar*, infatti, disponeva: «*La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*».

soluzione romanista “pura” per quanto concerne il concetto di bene giuridico <sup>(146)</sup>, diametralmente opposta rispetto a quella che era stata effettuata nei due precedenti codici germanofoni, l’ALR e l’ABGB, in cui il concetto di cosa assumeva una portata molto più ampia, ricomprendendo anche le cose incorporali ed i diritti in genere <sup>(147)</sup>.

---

<sup>146</sup> Il *dominium ex jure Quiritium*, ossia la concezione proprietaria romana classica, si sostanziava in una piena sovranità sulla cosa, intesa come potere assoluto ed escludente tutti gli altri uomini da ogni ingerenza nel godimento della stessa. La situazione giuridica proprietaria era, pertanto, inscindibilmente legata alla corporeità dell’oggetto del diritto, esaurendone tutte le possibilità di sfruttamento.

<sup>147</sup> Le previsioni contenute in detti codici, di impostazione giusnaturalistica, furono profondamente influenzate dalle teorie elaborate dalla dottrina giuridica tedesca in ordine al concetto ed al contenuto del diritto di proprietà a partire dal XVII secolo. Gli Autori del giusnaturalismo tedesco – come *Pufendorf* (1632-1694), *Wolff* (1679-1754) e *Kant* (1724-1804) – si confrontano, infatti, con il duplice problema di individuare, da un lato, il fondamento del diritto di proprietà e di giustificare, dall’altro, anche sul piano teorico, la concreta esistenza nel diritto positivo di una proprietà frazionata. In risposta a questa duplice esigenza, nel pensiero di questi studiosi il diritto di proprietà trova una giustificazione metafisica, diventa un “*Menschenrecht*”, cioè un diritto soggettivo innato all’essere umano, un suo diritto naturale, espressione della sua libertà; tuttavia, al tempo stesso, si continua ad ammettere la suddivisione della proprietà in dominio utile e dominio diretto. Il *Landrecht* prussiano del 1794 riprende queste teorie (e, in particolare, quella di *Wolff*) nello stabilire che il diritto pieno di proprietà consiste di tre differenti diritti: il diritto di possedere la cosa, il diritto di disporre liberamente della sostanza della cosa (“proprietà”) ed il diritto di godere della cosa (cfr. *Allgemeines Landrecht*, I, 8, §§ 9-12). Di conseguenza, la proprietà è divisa quando vi siano diversi titolari per questi diversi diritti (v. *Allgemeines Landrecht* (ALR), I, 8, § 16, in forza del quale: «*Das Eigenthum einer Sache ist getheilt, wenn die darunter begriffenen verschiedenen Rechte verschieden Personen zukommen*»). Similmente dispone il codice civile austriaco (del 1811), prevedendo al § 357 che il diritto sulla sostanza di una cosa congiunto in una sola persona con il diritto sugli utili è proprietà piena ed indivisa. Se, invece, ad alcuno compete soltanto un diritto sulla sostanza della cosa e ad un altro, accanto al diritto sulla sostanza, l’esclusivo diritto sugli utili di essa, allora il diritto di proprietà si ritiene frazionato e non pieno per entrambi. Il primo si chiama *dominus directus* (“*Obereigentümer*”), il secondo *dominus utilis* (“*Untereigentümer*”). Recependo la figura della proprietà divisa, queste codificazioni non potevano fare altro che dettare una nozione molto ampia di “cosa” («*Sache*»), tale da poter ricomprendere anche le mere utilità economiche o i diritti, in accordo con quello che era l’oggetto della situazione di appartenenza nella tradizione germanica, ossia della *Gewere*. Nell’ALR, infatti, “cosa” è tutto ciò che può formare oggetto di un diritto o di un’obbligazione. Anche le azioni dell’uomo, nonché i suoi diritti, nella misura in cui possano formare oggetto di un altro diritto, rientrano nel concetto generale di cosa. In senso stretto si intende per cosa solo ciò che abbia per natura o per accordo dell’uomo una sua autonomia e possa perciò formare oggetto di un diritto duraturo (v. *Allgemeines Landrecht* (ALR), I, 2, §§ 1-3). Il codice civile austriaco, nel § 285, molto più brevemente, definisce cosa in senso giuridico tutto ciò che non è persona e serve all’uso dell’uomo. Alla luce di tali norme, è stato giustamente rilevato che «*il modello moderno di proprietà è strutturalmente estraneo al Landrecht prussiano (1794), che non conosce l’eguaglianza di diritto, e al Codice austriaco del 1811, il cui § 357 prevedeva ancora il dominio diviso. In questi paesi i residui feudali furono progressivamente eliminati nella prima metà dell’Ottocento, e la concettualizzazione della proprietà moderna fu operata dalla scienza giuridica, che riprese dal diritto romano lo schema del dominio quiritario, e da Kant e Hegel la fondazione della proprietà sulla volontà individuale*» (così C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, II ed., op. cit., p. 17). Per un

Ancora oggi, la legge austriaca ammette che i diritti di credito formino oggetto di proprietà, sebbene le regole dell'ABGB sulla proprietà non siano integralmente applicabili ai crediti (né, in generale, agli oggetti incorporali), in quanto progettate per proteggere il controllo fisico di una cosa tangibile<sup>(148)</sup>. Viceversa, in base al sistema giuridico tedesco, i crediti non possono assolutamente formare oggetto di diritti di proprietà, poiché i diritti non sono "cose".

Secondo la logica sottesa al codice civile tedesco, fermo restando che in linea di principio i diritti reali hanno ad oggetto soltanto cose materiali, la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*, propria delle fonti romanistiche, avrebbe dovuto essere interpretata nel senso di ammettere che l'ordinamento giuridico può equiparare, a determinati fini, il trattamento giuridico degli oggetti immateriali a quello delle cose materiali<sup>(149)</sup>.

#### § 4.2. (Segue). Le eredità della tradizione germanistica.

L'impianto sistematico del codice civile tedesco costituisce, dunque, una diretta derivazione della tradizione romanistica, sebbene nel libro terzo del BGB si trovi ancora qualche traccia della concezione germanistica, di cui occorre acquisire consapevolezza per comprendere sino in fondo la *ratio* di determinate previsioni codicistiche.

Anzitutto, l'azione di rivendica non è imprescrittibile<sup>(150)</sup>, ma si prescrive in un termine di 30 anni<sup>(151)</sup>. Ciò è dovuto al fatto che, nell'antico diritto germanico,

---

approfondimento sul tema dell'influenza che le teorie giusnaturaliste ebbero sui codici civili dell'area germanica, cfr. B. POZZO, *Eigentum*, op. cit., op. cit., pp. 283 e ss.

<sup>148</sup> Cfr. S. VAN ERP – B. AKKERMANS, *Text, Cases and Materials on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 377 ss.

<sup>149</sup> Questa scelta di fondo è coerente con gli orientamenti espressi in dottrina: nel "Corso delle Istituzioni" di Puchta in cui si legge che «*Le sole cose corporali possono essere realmente possedute*» e che «*La proprietà è possibile soltanto sulle cose, ossia sugli obbietti corporali*» (G. F. PUCHTA, *Corso delle Istituzioni*, trad. it. (a cura di) A. TURCHIARULO, Napoli, 1854, vol. II, p. 105). Analogamente Windscheid, nelle sue "Pandette", sosteneva che «*del concetto di cosa fa parte il momento dell'esistenza reale, della corporeità. Non è però tolto al diritto positivo di trattare come corporali, assolutamente od in singoli rapporti, cose meramente fittizie quali oggetti di rapporti giuridici. In quanto esso ciò fa effettivamente, si potrà acconciamente parlare di cose corporali*» (B. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, trad. it. (a cura di) C. FADDA E P. E. BENZA, Torino, 1930, vol. I, libro 3, § 137). Entrambi gli Autori sono citati in B. POZZO, *Eigentum*, op. cit., pp. 317-318.

<sup>150</sup> Come dispone, ad esempio, l'art 948 u.c. del codice civile italiano, a norma del quale «*L'azione di rivendicazione non si prescrive, salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione*». Nel codice tedesco, la norma di riferimento è il § 985 BGB, che si limita a disporre: «*Il proprietario può esigere dal possessore la consegna della cosa*».

<sup>151</sup> Ai sensi del § 195 BGB «*Il termine ordinario di prescrizione è di tre anni*». Accanto al termine di prescrizione triennale, i §§ 196 e 197 del BGB stabiliscono due termini prescrizionali più lunghi: il §

l'azione che era posta a tutela della *Gewere* era di tipo delittuale <sup>(152)</sup> ed in quanto tale prescrivibile.

Un secondo elemento proveniente dalla tradizione germanistica è l'assenza della distinzione (tipicamente romanistica) tra possesso e detenzione. Lo stesso concetto di possesso non presuppone un *animus possidendi* <sup>(153)</sup>, ma consiste nel mero potere di fatto esercitato sulla cosa. Invero, ai sensi del § 854, comma 1, BGB, «*il possesso di una cosa si acquista con il conseguimento del potere di fatto sulla cosa*» e, precisa il comma 2 della medesima disposizione, «*l'accordo fra il precedente possessore e l'acquirente è sufficiente all'acquisto, quando l'acquirente è in condizione di esercitare il potere di fatto sulla cosa*». Questo principio costituisce una diretta derivazione della tradizione germanistica nella misura in cui fa propria l'idea della necessità di rendere esteriormente percepibile il rapporto del possessore con la cosa, così come la *Gewere* costituiva una esteriorizzazione del diritto reale.

Un'ulteriore disposizione in cui è ravvisabile il substrato germanistico è quella di cui al § 1007 BGB, che introduce un'eccezione rispetto al principio "possesso vale titolo", codificato al § 932. Quest'ultima disposizione prevede, infatti, che «(1) *L'acquirente diviene proprietario attraverso un trasferimento effettuato secondo il § 929 anche quando la cosa non appartiene all'alienante, a meno che egli al tempo, nel quale secondo dette disposizioni avrebbe dovuto acquistare la proprietà, non era in buona fede. Nell'ipotesi del § 929 periodo 2 ciò vale solo quando l'acquirente ha ottenuto il possesso dall'alienante. (2) L'acquirente non è in buona fede, quando gli è noto, o gli è ignoto in seguito a colpa grave, che la cosa non appartiene all'alienante.* A norma del § 1007 BGB, «(1) *Chi ha avuto il possesso di una cosa mobile può pretendere dal possessore la consegna della cosa, se questi al momento dell'acquisto del possesso non era in buona fede. (2) Se la cosa è stata rubata al precedente possessore, è andata smarrita o altrimenti perduta, egli può esigere la consegna anche dal possessore di buona fede, a meno che questi non sia proprietario della cosa o che la cosa gli era andata perduta prima del periodo in cui il precedente possessore aveva il possesso. Questa disposizione non trova alcuna applicazione al denaro e ai titoli al portatore. (3) La pretesa non sussiste, se il precedente possessore non era in buona fede al momento dell'acquisto del possesso o se si è privato del possesso. Per il resto trovano corrispondente applicazione le disposizioni dei §§ da 986 a 1003*». La norma da ultimo citata prevede un'azione petitoria del

---

196 prevede una prescrizione decennale dei diritti relativi al trasferimento di proprietà di un immobile, nonché al trasferimento, modifica o estinzione di un diritto reale su un bene immobile; il § 197 prevede un termine trentennale per alcune ipotesi circoscritte, tra le quali rientra la rivendicazione di un diritto di proprietà.

<sup>152</sup> Così come lo era il *trespass* posto a tutela della proprietà immobiliare inglese (c.d. "*trespass to land*").

<sup>153</sup> Come avviene nell'ordinamento giuridico italiano, ove si richiede, oltre che l'esercizio di un potere di fatto sulla cosa, l'intenzione di comportarsi come proprietario (o titolare di altro diritto reale sulla cosa), esercitando corrispondenti facoltà. Cfr. art. 1140 c.c. ita., nonché, *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. II, 6 maggio 2014, n. 9671, in CED Cassazione, 2014; Cass. civ., Sez. II, 15 luglio 2002, n. 10230, in Mass. Giur. It., 2002; Cass. civ., Sez. II, 12 maggio 1999, n. 4702, in Mass. Giur. It., 1999.

possesso, che costituisce un'eredità del sistema dell'antica *Gewere*. Il diritto germanico, infatti, distingueva tra perdita volontaria e involontaria del possesso.

Nel primo caso, con la consegna della cosa si trasmetteva la *Gewere* e la relativa azione per il recupero della cosa. Pertanto, la *Gewere* veniva trasferita anche se la consegna era fatta solo temporaneamente, con l'obbligo di restituzione, con la conseguenza che, qualora l'accipiente non fosse rimasto fedele agli impegni assunti, il trasferente, per riottenere la cosa, avrebbe potuto solo agire nei suoi confronti mediante un'azione personale restitutoria. Non poteva, invece, avanzare alcuna pretesa nei confronti dei terzi che avessero, *medio tempore*, acquisito il possesso della cosa dal soggetto investito della *Gewere*, con la conseguenza che, se l'accipiente avesse alienato la cosa ad un terzo, il possesso dell'acquirente era inattaccabile, indipendentemente dalla buona o mala fede del terzo al momento dell'acquisto.

Anche nel caso di perdita involontaria del possesso, dovuta a furti o rapine, veniva meno la *Gewere*. Tuttavia, la violazione della *Gewere* era sanzionata da un'azione delittuale, esperibile in tutti i casi di furto o rapina e, a partire dall'Alto Medioevo, in ogni caso in cui la cosa fosse comunque venuta a mancare, ed avente lo scopo di tutelare la pace sociale più che i diritti della parte lesa.

L'attuale § 1007 BGB, nell'ammettere un'eccezione alla regola possesso vale titolo (*ex* § 932 BGB), ha ereditato questa regola, prevedendo che il precedente possessore possa richiedere la restituzione della cosa anche ad un possessore in buona fede non solo nel caso di furto o smarrimento, ma anche in ogni altra ipotesi in cui la cosa sia venuta in ogni caso a mancare.

Ad ogni modo, ai nostri fini è significativo rilevare che, nonostante la persistenza di qualche elemento risalente all'antico diritto germanico, l'impostazione di base del codice civile tedesco si ispira allo schema romanistico, avvalendosi delle categorie ordinanti fondamentali che derivano dal diritto romano.

### § 4.3. (Segue). Il concetto costituzionale di “*Eigentum*”.

Il concetto di “*Eigentum*” assume un significato differente a seconda che lo si collochi nella dimensione privatistica <sup>(154)</sup> ovvero in quella costituzionale <sup>(155)</sup>.

---

<sup>154</sup> V. § 903 BGB.

<sup>155</sup> V. l'art. 14 della Legge fondamentale tedesca, in forza del quale: «(1) La proprietà e il diritto di successione sono garantiti. Contenuto e limiti vengono stabiliti dalle leggi. (2) La proprietà impone degli obblighi. Il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività. (3) Un'espropriazione è ammissibile soltanto per il bene della collettività. Essa può avvenire solo per legge o in base ad una legge che regoli il modo e la misura dell'indennizzo. L'indennizzo deve essere stabilito mediante un giusto contemperamento fra gli interessi della collettività e gli interessi delle parti. In caso di controversia sull'ammontare dell'indennizzo sono competenti i tribunali ordinari».

Anzitutto, la differente formulazione dei testi normativi manifesta una *ratio legis* non perfettamente coincidente: mentre il § 903 BGB mira a tutelare principalmente l'interesse egoistico del proprietario a godere della cosa a suo piacimento (seppur entro i limiti stabiliti dalla legge e nel rispetto dei diritti dei terzi), a livello costituzionale si mette in maggior rilievo la “funzione sociale” della proprietà e dunque l'interesse fondamentale che l'art. 14 GG mira principalmente a tutelare è quello della collettività, nel senso che il diritto di proprietà è sì riconosciuto e garantito a favore del suo titolare, ma solo in quanto il suo uso sia funzionale al perseguimento del benessere sociale <sup>(156)</sup>.

Del resto, anche l'interpretazione che i massimi organi giudiziari hanno dato dei testi normativi in questione è stata assai differente. Infatti, il concetto costituzionale di proprietà ha assunto una portata più ampia rispetto a quello recepito nel codice civile. Invero, la disciplina della proprietà contenuta nel BGB ha come riferimento oggettivo una cosa corporale <sup>(157)</sup>, il che ne esclude l'applicabilità a fini di tutela delle entità immateriali. Tuttavia, con le innovazioni commerciali ed industriali che hanno caratterizzato il secolo scorso, l'esigenza di fornire adeguata protezione a una serie di beni immateriali (diritti d'autore, marchi, brevetti) era avvertita come non più procrastinabile. E il modello proprietario, in quanto idoneo a fornire la protezione più ampia possibile al titolare del diritto, appariva come il riferimento privilegiato per la tutela di detti interessi. Se altri sistemi giuridici europei, come quello francese e italiano, che hanno accolto una nozione di bene notevolmente più ampia, hanno potuto risolvere il problema applicando la disciplina proprietaria (ove compatibile), in Germania non ci si è mai spinti sino ad applicare analogicamente la normativa privatistica posta a tutela del diritto di proprietà per fornire protezione a entità immateriali. Piuttosto, si è tentato di tutelare gli interessi legati ai beni immateriali mediante il ricorso ad altre norme del sistema giuridico. In questa prospettiva, il § 823, comma 1, BGB <sup>(158)</sup>, che sanziona l'illecito civile, è stato interpretato in modo da far rientrare nella locuzione “*altro diritto analogo*” («*oder ein sonstiges Recht*») anche i diritti su entità immateriali <sup>(159)</sup>. Alla medesima norma si è fatto ricorso per tutelare non solo l'azienda (come entità materiale), ma anche l'attività imprenditoriale esercitata per mezzo di essa <sup>(160)</sup>. E tale tutela è stata garantita, oltre che contro le lesioni già

---

<sup>156</sup> Il principio della funzione sociale del diritto di proprietà affonda le sue radici nella Costituzione di Weimar, il cui art. 153 disponeva: «*La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*».

<sup>157</sup> V. § 90 BGB.

<sup>158</sup> La norma dispone: «Chi dolosamente o colposamente lede illecitamente la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto altrui, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno da ciò derivante».

<sup>159</sup> Cfr. BGH, 15 novembre 1982 - II ZR 206/81.

<sup>160</sup> Cfr. BGH, 26 ottobre 1951, I ZR 8/51; BGH, 28 novembre 1952 - I ZR 21/52; BGH, 10 maggio 1957 - I ZR 234/55; BGH, 9 dicembre 1958 - VI ZR 199/57; BGH 4 febbraio 1964 - VI ZR 25/63.

avvenute, anche in funzione preventiva, ammettendosi l'esperimento, ai sensi del § 1004 BGB <sup>(161)</sup>, di un'azione inibitoria volta a prevenire potenziali future lesioni dell'azienda <sup>(162)</sup>.

Tuttavia, non si è mai ritenuto di poter ammettere azioni tipicamente predisposte a tutela del diritto di proprietà (come l'azione di rivendica) anche a favore dei beni immateriali, il che dimostra come, nella dimensione privatistica, la piena assimilazione dei diritti su entità immateriali al diritto di proprietà non sia mai avvenuta <sup>(163)</sup>.

Il discorso cambia se si considera la dimensione costituzionale del diritto di proprietà, poiché il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) ha tentato di ampliare la portata del concetto di proprietà per rispondere alle istanze provenienti sia dall'elaborazione dogmatica e giurisprudenziale, sia dalla società e dall'economia <sup>(164)</sup>. Già sotto il vigore della Costituzione di *Weimar*, alcune pronunce del *Reichsgericht* <sup>(165)</sup> estendevano la tutela di cui all'art. 153 Cost. a tutti i diritti a contenuto patrimoniale, comprendendo dunque nell'ambito della garanzia assicurata dalla legge fondamentale al diritto di proprietà non solo i diritti reali, ma anche i diritti di credito e di società <sup>(166)</sup>. Tale lettura estensiva della norma venne, in seguito, condivisa dal *Bundesgerichtshof* <sup>(167)</sup> e mantenuta con riferimento alla garanzia proprietaria di cui all'art. 14 *Grundgesetz*, norma ritenuta idonea a garantire protezione anche ai beni immateriali: marchi, brevetti, diritti d'autore e persino diritti di credito <sup>(168)</sup>.

---

<sup>161</sup> Cfr. § 1004 BGB: «(1) Se la proprietà è pregiudicata in altra maniera che attraverso la sottrazione o il mantenimento del possesso, il proprietario può esigere dal molestatore la rimozione del pregiudizio. Se si possono temere ulteriori ingerenze, il proprietario può agire per la loro omissione. (2) La pretesa non sussiste, se il proprietario è obbligato a tollerare l'ingerenza».

<sup>162</sup> Cfr. F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, ed. XV, Monaco, 1989, p. 276, § 29A; nonché K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, *Besonderer Teil*, ed. XII, Monaco, 1981.

<sup>163</sup> Per un approfondimento, cfr. B. POZZO, *Eigentum*, op. cit., pp. 327 e ss.

<sup>164</sup> Cfr. BVerfGE 1, 264, ove si evidenzia che l'articolo 14 della Legge fondamentale protegge l'istituto della proprietà, come formato dal diritto civile e dalle istanze sociali («*Denn das Grundgesetz wollte hier das Rechtsinstitut des Eigentums, so wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben*»).

<sup>165</sup> Cfr. RGZ 109, 319; in senso conforme, RGZ 111, 320 ed RGZ 129, 146.

<sup>166</sup> Questo concetto ampio di proprietà era stato teorizzato da M. WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festgabe für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, pp. 1 ss., ove si era ipotizzata l'estensione della garanzia costituzionale della proprietà a favore di qualsiasi diritto a contenuto patrimoniale (crediti, azioni, diritti reali, diritti d'autore): «*Man ist mit Recht darüber einig, daß nicht nur das Eigentum im Sinne des heutigen bürgerlichen Rechts, sondern jedes private Vermögensrecht (Forderung, Aktie, dingliches Recht, Urhebersrecht) hiermit gewährleistet werden solb.*».

<sup>167</sup> Cfr. *Bundesgerichtshof* (BGH), 10 giugno 1952 - GSZ 2/52.

<sup>168</sup> Cfr. *Bundesverfassungsgericht* (BverfG), 18 marzo 1970, *Bundesverfassungsgericht* (BverfG), 8 giugno 1977; *Bundesverfassungsgericht* (BverfG), 31 ottobre 1984; *Bundesverfassungsgericht* (BverfG), 8 ottobre 1985.

Il concetto di proprietà ha, dunque, assunto un significato considerevolmente più ampio in base al diritto costituzionale di quanto non abbia mai fatto in base al diritto privato. E ciò è avvenuto perché si è tentato di riconoscere agli interessi legati ai beni immateriali la stessa tutela costituzionale garantita a quelli sottesi ai diritti reali. Tuttavia, questa evoluzione ha determinato una sorta di sdoppiamento del significato che il termine “*Eigentum*” assume, divenuto variabile a seconda del contesto normativo nel quale lo si colloca: la “proprietà” cui fa riferimento il BGB ha ad oggetto esclusivamente cose corporali; la “proprietà” costituzionale comprende, invece, anche le entità immateriali. Nello stesso sistema giuridico convivono, dunque, due diverse accezioni del termine proprietà, una privatistica e l'altra pubblicistica, di cui il giurista non può non tener conto.

### § 5. La “*propriété*” nel sistema giuridico francese.

Il sistema giuridico francese ha fatto propria, a partire dalla fine del XVIII secolo, l'idea, derivante dalla tradizione romanistica, di proprietà come dominio assoluto su un bene materiale: il termine *propriété* è stato, infatti, inteso nell'accezione di diritto più ampio e completo che una persona possa avere su di una cosa, con l'esclusione di tutti gli altri soggetti da ogni ingerenza sulla cosa stessa.

Questo concetto di proprietà a carattere compatto e unitario ha trovato consacrazione nel *Code civil*, che parrebbe aver ripudiato in via definitiva ogni diversa concezione di appartenenza legata alla tradizione germanistica, che pure ha fortemente caratterizzato la storia del diritto francese. Invero, la proprietà *coutumière* tipica dell'età medievale identificava l'oggetto del diritto di proprietà non nella cosa materiale in sé, ma nelle utilità ottenibili dalla cosa<sup>(169)</sup>. L'inevitabile risultato cui questa impostazione ha condotto è stato un processo di progressiva moltiplicazione delle proprietà sulla terra, poiché a ciascuna delle utilità che la terra può generare corrispondeva, almeno potenzialmente, un soggetto titolare di una signoria sulla cosa (o, *rectius*, del potere di trarre dalla cosa una delle diverse utilità che essa è idonea a fornire). Ciascuna delle utilità astratte di cui si poteva essere investiti diveniva oggetto di *saisine*, un concetto che designava l'immissione nel possesso delle utilità a seguito di solenne concessione<sup>(170)</sup>. Così, ad esempio, su un unico terreno potevano insistere la *saisine* del signore, quella del vassallo, del colono e del creditore pignoratizio. Inoltre, l'oggetto della *saisine* poteva consistere non solo nelle utilità connesse allo

---

<sup>169</sup> Per un approfondimento, cfr. C. DU MOULIN, *Les Coutumes Generales Et Particulieres de France Et Des Gaules*, Parigi, 1635; E. LABOULAYE – R. DARESTE, *Le grand coutumier de France*, Parigi, 1868.

<sup>170</sup> Si tratta di un concetto simile a quello germanistico di *Gewere* e a quello inglese di *Tenure*. Per un approfondimento sulla *saisine*, cfr. O. MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Parigi (rist.), 1972, pp. 2 e ss.



sfruttamento diretto del fondo (come il diritto alla prima o alla seconda erba), ma anche in diritti come quello di passaggio su un terreno oppure quello di esporre la propria merce su di un angolo del bancone del commerciante vicino e finanche l'amministrazione della giustizia su alcune terre. Cosicché ben si comprende come una moltitudine di persone potesse essere investita di una *saisine* su uno stesso terreno.

Tale concezione ben si adattava al sistema feudale affermatosi in ogni parte d'Europa nell'epoca medievale, basato sulla concessione della terra in cambio di rendite periodiche e servizi. Già a partire dall'epoca carolingia, il regime fondiario era diviso in *réserve*, spettante ai signori, e *tenure*, concessa ai coloni o servi casati. Tale sistema si sviluppò poi nel modello di organizzazione territoriale del *double domaine*, fondato sulla distinzione tra *domaine direct*, consistente nel diritto "superiore" del sovrano sulla terra che veniva concessa al vassallo per ricompensarlo dei servizi resi o per assicurarsene la fedeltà futura, e *domaine utile*, che si traduceva nella concessione o investitura fatta dal sovrano al vassallo (il quale a sua volta si trovava nel godimento di una *tenure*), in cambio della promessa di fedeltà, cioè della solenne promessa di garantire al signore l'*auxilium* (che poteva avere carattere pecuniario e militare), e di astensione dal compiere atti offensivi nei confronti del signore. La violazione di tali obblighi da parte del vassallo legittimava l'applicazione di sanzioni nei suoi confronti, che potevano giungere anche alla confisca della terra da parte del sovrano. La proprietà corrispondente al dominio diretto si confondeva, perciò, con la sovranità, comprendendo il diritto di pretendere rendite e servizi, nonché quello di amministrare la giustizia. Il vassallo, soggetto alla proprietà/sovranità del signore, poteva, a sua volta, operare sub-investiture in favore di altri soggetti, di cui diveniva sovrano. La proprietà fondiaria medievale risultava, pertanto, frantumata in una rete di rapporti obbligatori che si strutturavano tra loro in modo gerarchico <sup>(171)</sup>.

Il modello di appartenenza terriera proprio del diritto consuetudinario mantiene inalterate le sue strutture giuridiche fondamentali fino all'evento epocale della Rivoluzione. Certamente, con il tempo, le varie *tenures* andarono incontro a varie trasformazioni, perdendo via via la loro natura di situazioni giuridiche relative e assumendo sempre più i caratteri di vere e proprie situazioni di appartenenza <sup>(172)</sup>, ma

---

<sup>171</sup> La teoria del doppio dominio (utile e diretto), elaborata dai giuristi continentali del medioevo presenta forti analogie con la teoria sottesa alla *property law* costruita dai giuristi inglesi medievali, il che evidenzia come l'organizzazione feudale che ha caratterizzato tutta l'Europa a partire dal secolo decimo abbia prodotto ovunque i medesimi frutti. Per un approfondimento sul tema, cfr. A. CANDIAN, *La propriété*, in A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Ed. Cedam, Padova, 1992, pp. 187 e ss.

<sup>172</sup> I diritti feudali, da obbligazioni a carattere "personale" del vassallo, si trasformano in rapporti fondiari che attribuiscono al signore il diritto a percepire rendite ed è di carattere esclusivamente pecuniario; viene meno la c.d. *justice foncière* dei signori sui loro vassalli; la *saisine* sulla terra in caso di morte del vassallo non viene più automaticamente riacquisita dal signore. Ed anche quando la situazione di appartenenza sulla terra si ricompatta in suo favore, il signore è tenuto a rispettare i diritti reali costituiti sulla terra dal vassallo.

comunque dette trasformazioni non determinarono un abbandono della concezione germanistica della proprietà (173).

Un ruolo fondamentale nel processo che condusse al superamento delle strutture fondiare di stampo feudale fu giocato dalla dottrina francese, che cominciò a dedicarsi allo studio del *Corpus iuris*, così come rielaborato dalle scuole di diritto comune. Ciò condusse ad una serie di tentativi di leggere il sistema fondiario medievale utilizzando le categorie romanistiche, spesso con risultati tutt'altro che soddisfacenti, dal momento che i giuristi iniziarono a qualificare come *dominium* ciascuna delle prerogative proprietarie vantate simultaneamente da più soggetti su di un medesimo bene, pretendendo di applicare ad ognuna di queste "proprietà" le regole operative romane (azione di rivendica, tutela possessoria, prescrizione). Le interazioni tra le due grandi concezioni lasceranno segni così profondi che ancora oggi la *propriété* può essere definita come un involucro di tradizione romanistica contenente al suo interno diversi elementi germanistici (174).

La riscoperta del diritto romano fu, del resto, favorita dalla volontà della monarchia, a partire dai secoli XVI e XVII, di unificare il diritto francese. Tale scopo fu perseguito, durante i regni di Luigi XIV e Luigi XV, mediante la redazione delle *Coutumes* (175) e delle *ordonnances* (176). Il superamento del particolarismo giuridico costituì un presupposto fondamentale per l'avvio del successivo processo di codificazione.

Anche l'evoluzione del contesto sociale ed economico giocò un ruolo fondamentale ai fini del superamento delle concezioni germanistico-feudali delle situazioni di appartenenza. Invero, a partire dal XVI secolo, la società (fino ad allora

---

<sup>173</sup> La penetrazione del modello proprietario di tipo romanistico fu ostacolata dall'accentuato pluralismo giuridico che caratterizzava i territori francesi all'epoca del declino del feudalesimo, che determinò l'affermarsi di un principio generale di territorialità del diritto. Un ulteriore ostacolo alla recezione del diritto romano fu rappresentato dalla resistenza della monarchia francese, che continuava a prediligere la legge feudale per regolare i nuovi legami instaurati con un territorio o una città. In questo quadro vanno collocate la decretale *Super specula* del 1219, emanata da Papa Onorio III a seguito delle pressioni di Filippo Augusto, con cui si proibì l'insegnamento del diritto romano nell'Università di Parigi, e l'ordinanza del 1312 con cui Filippo il Bello organizzava le fonti del diritto in modo da attribuire prevalenza alle consuetudini piuttosto che allo *ius commune* o *ius scriptum*. Una tale resistenza si spiega alla luce della preoccupazione della monarchia francese che la recezione del diritto romano (che, per definizione, veniva identificato come diritto del Sacro Romano Impero) comportasse una sorta di subordinazione del Re rispetto all'Imperatore germanico. Pertanto, il regime fondiario continuò, sino alla Rivoluzione, ad essere strutturato secondo lo schema feudale. Cfr. A. CANDIAN, *La propriété*, op. cit., pp. 215 e ss.

<sup>174</sup> Per un approfondimento sul pensiero dei giuristi francesi di epoca medievale, v. A. CANDIAN, *La propriété*, op. cit., pp. 217 e ss.

<sup>175</sup> Le *Coutumes* sostituirono alla moltitudine disordinata di consuetudini locali un diritto comune consuetudinario, ossia un complesso di principi validi su tutto il territorio di Francia.

<sup>176</sup> Con le *ordonnances* vennero fissati principi giuridici comuni a tutto il territorio francese, che si ispiravano non solo al diritto consuetudinario, ma anche al diritto romano.

prevalentemente agricola) comincia a dedicarsi alle attività mercantili, il che determina l'ascesa della borghesia, accompagnata, sul piano del pensiero filosofico, dalla continua esaltazione dell'individualismo. Tutto ciò determinò quell'accentuato fermento socio-culturale che condurrà alle burrascose vicende rivoluzionarie.

Ma, soprattutto, ad incidere in modo determinante sulla successiva evoluzione del concetto di proprietà fu l'incontro del pensiero giuridico francese con il giusnaturalismo e il razionalismo, che, a partire dal XVI secolo, spinse la dottrina verso un tentativo di razionalizzazione delle regole giuridiche. A tal fine, vennero riprese le concezioni e le categorie conservate nel *Corpus iuris civilis*, poiché il diritto romano appariva, per il suo prestigio culturale e la sua universalità, come il diritto naturale per eccellenza. Questo filone giusrazionalistico, influenzato dal pensiero filosofico che concepiva la proprietà come un diritto naturale persistente allo Stato e superiore ad esso, favorì l'affermarsi dell'idea di proprietà come situazione di appartenenza a carattere unitario e individuale; gli altri diritti eventualmente concorrenti sulla cosa vennero considerati come diritti minori o *demembrements* del diritto superiore di proprietà.

L'incontro delle tradizioni filosofica e tecnico-giuridica restituisce, dunque, vigore alla tradizione romanistica e quindi all'idea che la proprietà possa avere ad oggetto esclusivamente cose corporali. Restava, tuttavia, il problema di conciliare la concezione romanistica della proprietà con il regime fondiario feudalconsuettudinario ancora in vigore; a tal fine si iniziò ad affermare l'esistenza di un doppio dominio: accanto ad un "*verum dominium*" avente ad oggetto le cose materiali, vi era un "*dominium iurium*", concetto nel quale si fecero confluire le prerogative feudali (177).

Il carattere scarsamente razionale di questa dicotomica costruzione del diritto di proprietà, unito alla volontà del ceto intellettuale libero da legami con la monarchia di eliminare le proprietà signorili (che non erano vere proprietà) e di attribuire tutti i poteri di gestione delle terre ai loro effettivi utilizzatori, costituirà la base per la piena affermazione, con la Rivoluzione e il successivo processo di codificazione, della concezione romanistica di proprietà.

Fu così che, nel tentativo di contenere la rivolta scoppiata nella notte del 4 agosto 1789, l'Assemblea costituente decretò l'abolizione dei diritti feudali, privando i nobili dei privilegi radicati nella figura del dominio eminente, allo scopo di realizzare la riunione di tutte le prerogative sulle terre in un unico istituto, la proprietà individuale di stampo romanistico, che, a partire da questo momento, divenne il simbolo del definitivo ripudio dell'assetto feudale e degli abusi che esso aveva determinato. Emblematico, a questo riguardo, è il contenuto della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, che all'art. 2 definisce la proprietà come «*droit naturels*» e all'art.

---

<sup>177</sup> Lo stesso intreccio tra le tradizioni filosofica e tecnico-giuridica avvenne in Inghilterra, ma i risultati prodotti da questo incontro furono notevolmente differenti, poiché la tradizione di *common law* continuò ad aderire alla concezione germanistica, per cui la proprietà (sia essa spettante al *Lord* ovvero al *Tenant*) ha ad oggetto non una cosa, ma sempre e solo un diritto.

17 come «*un droit inviolable et sacré*», elevando così l'istituto a simbolo del ripudio del passato regime.

Il rifiuto della concezione germanistica della proprietà frammentata, in base alla quale le prerogative proprietarie risultavano ripartite tra una molteplicità di soggetti, a favore della concezione romanistica di *dominium*, inteso come situazione di appartenenza assoluta in capo ad un unico titolare, avviene in via (apparentemente) definitiva con l'introduzione del *Code Napoléon* del 1804, il cui contenuto riflette la scelta del legislatore francese di eliminare repentinamente quell'antico sistema di privilegi feudali che aveva caratterizzato la proprietà sin dall'epoca medievale.

### § 5.1. (Segue). La proprietà nel *Code Napoléon*.

Il concetto di “*propriété*”, che costituì la pietra angolare del codice civile francese del 1804, fu sviluppato proprio sulla base dell'idea romanistica di *dominium*, inteso come diritto esclusivo, perpetuo e sovrano su una cosa. Il perno attorno al quale ruota la disciplina del diritto di proprietà contenuta nel *Code civil* è rappresentato dall'art. 544, che definisce la proprietà come «*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*», sancendone così i caratteri fondamentali. La proprietà è configurata come una situazione giuridica soggettiva individuale (nel senso che su ogni bene può esistere soltanto una sola situazione giuridica fondamentale che fa capo ad un solo soggetto) ed esclusiva (nel senso che i soggetti diversi dal titolare del bene non possono ingerirsi nelle decisioni che riguardano l'esercizio delle prerogative proprietarie) <sup>(178)</sup>, che attribuisce al suo titolare poteri di godimento e disposizione tendenzialmente assoluti, poiché sulla cosa che forma oggetto di proprietà non possono, in linea di principio, essere imposti limiti o pesi <sup>(179)</sup>.

L'intricata selva di rapporti giuridici che caratterizzava le situazioni di appartenenza in epoca medievale viene dissolta; l'ordinamento giuridico riconosce il

---

<sup>178</sup> Espressione del carattere esclusivo del diritto di proprietà è il potere di chiudere il fondo, riconosciuto al proprietario dall'art 647 *Code civil*, che ha rappresentato un'assoluta novità introdotta dai provvedimenti normativi successivi alla rivoluzione (in particolare, dal decreto del 28 settembre 1791), in netta controtendenza rispetto al diritto feudale e consuetudinario, che invece vietava la chiusura del fondo.

<sup>179</sup> L'assolutezza del diritto di proprietà, intesa come tendenziale assenza di limiti, propaga i suoi effetti in due direzioni: da un lato, nei rapporti tra privati, essa ha condotto all'elaborazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, in forza del quale i terzi possono legittimamente vantare diritti sulla cosa altrui solo se questi diritti sono espressamente previsti dalla legge; dall'altro, nei rapporti tra privato e pubblici poteri, l'assolutezza svolge una funzione di garanzia delle prerogative proprietarie, perché implica che i limiti posti dallo Stato all'esercizio dei poteri di godimento e disposizione possano essere disposti soltanto da leggi o regolamenti.

rapporto diretto tra il soggetto e la cosa e gli interessi dei terzi assumono rilevanza solo se riconducibili ad una delle categorie legalmente sancite dei diritti su cosa altrui (da qui il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, che oggi caratterizza quasi tutti i sistemi giuridici europei). In questo quadro, la proprietà è elevata a forma tendenzialmente unica di appropriazione e gestione dei beni economici.

La formula utilizzata dal *Code civil* per descrivere il contenuto del diritto di proprietà (“il diritto di godere e disporre delle cose”) ha una portata particolarmente ampia, poiché riassume tutte le prerogative che spettano al proprietario attraverso l’uso di categorie generalizzanti: il potere di “godimento” comprende tutte le modalità di utilizzo della cosa che non determinino una modificazione dei rapporti giuridici che insistono sulla medesima <sup>(180)</sup>; il potere di “disposizione” si sostanzia nella facoltà di trasferire, in tutto o in parte, ad altri soggetti il godimento del bene <sup>(181)</sup>.

I caratteri attribuiti al diritto di proprietà dal *Code Napoléon* esprimono emblematicamente il passaggio epocale da un’organizzazione della ricchezza fondiaria di stampo germanistico, basata sull’idea di proprietà come potere di trarre dal bene una delle molteplici utilità che esso può fornire, ad un sistema ispirato alla tradizione romanistica, che fa perno sui concetti di esclusività, assolutezza e piena libertà di disposizione di una cosa materiale <sup>(182)</sup>.

La definizione del diritto di proprietà contenuta nell’art. 544 *Code civil* non rappresenta, del resto, soltanto l’espressione di una nuova tecnica di distribuzione delle ricchezze, ma anche e soprattutto il vessillo del nuovo ordine sociale: essa costituisce il riflesso, sul piano della distribuzione delle ricchezze, del sovvertimento politico dell’*Ancien Régime*; la *propriété* è ormai divenuta *maîtrise absolue*, rappresenta cioè il diritto più ampio che l’ordinamento possa attribuire, in via esclusiva, ad un soggetto su un oggetto corporale <sup>(183)</sup>.

---

<sup>180</sup> Vi rientra, pertanto, il potere di usare la cosa per trarne le utilità che essa è in grado di fornire (c.d. *ius utenti fruendi*), quello di escludere ogni altro soggetto dal godimento del bene (c.d. *ius excludendi alios*) e il potere di rivendicare la cosa nei confronti di qualunque terzo.

<sup>181</sup> Poiché le prerogative attribuite al proprietario assorbono interamente le utilità della cosa, su ogni bene può sussistere soltanto un diritto di proprietà. Resta ferma la possibilità di attribuire taluno dei poteri del proprietario a soggetti terzi, in capo ai quali, tuttavia, non sarà riconosciuto un diritto di proprietà, bensì un diritto reale (limitato) su cosa altrui.

<sup>182</sup> C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., p. 16 ha ben evidenziato come l’art. 544 del *Code civil* esprima «il superamento radicale del precedente regime giuridico dei beni, caratterizzato da una pluralità di situazioni differenziate aventi ad oggetto il medesimo bene, costruite come complesso di rapporti di diverso contenuto e tra più soggetti».

<sup>183</sup> Per un approfondimento sul significato politico dell’art. 544 *Code civil*, cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, ed. Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 75-106, ove si evidenzia, in particolare, come «tanto nella fase propriamente rivoluzionaria, quanto nella più tarda opera dei compilatori del *Code civil*, si guardasse alla legge come ad uno strumento il cui uso doveva essere il più possibile contenuto ed eccezionale, tutte le volte che era in causa la riduzione dei diritti dei privati. Ciò conferiva alla garanzia legislativa un valore ben maggiore di quello che oggi assume in società nelle quali la inviolabilità delle situazioni private a contenuto economico è negata dagli stessi testi legislativi che, nel secolo scorso, l’affermavano esplicitamente. [...] Questo valore

Di ispirazione romanistica è poi l'art. 545 del *code Napoléon*, che conferma e rafforza il concetto di proprietà come diritto soggettivo pieno ed assoluto, stabilendo che nessuno può essere costretto a rinunciare alla sua proprietà, tranne che per ragioni di pubblica utilità e con giusto e preventivo indennizzo (184).

Anche l'ultima norma di carattere generale sulla proprietà, l'art. 546 *Code civil*, sembra coerente con l'impostazione romanistica nel prevedere che la proprietà di una cosa, sia essa mobile o immobile, dà diritto a tutto ciò che essa produce e a ciò che è accidentalmente unito ad essa in modo naturale o artificiale (185). Questa disposizione, infatti, presuppone il concetto di cosa come entità corporale (mobile o immobile), produttiva di frutti e suscettibile di essere unita ad altra cosa corporale.

Questa impostazione costituisce una naturale conseguenza dell'impianto sistematico che il legislatore francese ha inteso predisporre con l'introduzione del *Code Napoléon*. La concezione del diritto di proprietà sancita nel codice, infatti, fondandosi sull'idea di stampo giusnaturalistico che il diritto di proprietà costituisca un diritto naturale dell'essere umano, che preesiste all'ordinamento giuridico (che è tenuto a riconoscerlo e non può fare altrimenti) e che si sostanzia in un potere su una cosa del mondo fisico, non poteva che rinvenire il suo riferimento oggettivo in una cosa corporale. Il legislatore francese ha, tuttavia, omesso di recepire nel *Code civil* la suddivisione tra *res corporalis* e *res incorporalis* tipica della tradizione romanistica, che concepiva la *res* come entità corporale, porzione spazialmente definita del mondo fisico, in quanto tale distinta dalle *res incorporales*, genericamente identificate con i diritti. La mancata recezione nel *code* della distinzione tra cose corporali e beni incorporali è probabilmente dovuta al fatto che questa suddivisione rimase totalmente estranea alla tradizione franco-germanistica, secondo cui la proprietà non presuppone la corporeità della cosa, ma attiene piuttosto al potere di trarre dal bene le utilità che questo è in

---

*“costituzionale” dei codici di diritto privato fa acquistare un ben preciso significato alle dichiarazioni di principio in essi contenute: così, l'art. 544, pur prevedendo istituzionalmente la possibilità di un intervento del legislatore volto a proibire ai privati talune forme di godimento, pone al tempo stesso un preciso limite allo stesso legislatore, consistente nella necessità di rispettare nel diritto di proprietà il requisito dell'assolutezza. La definizione legislativa della proprietà, infatti, è sempre considerata, nei lavori per la codificazione francese, come un principio a cui il legislatore ordinario dovrà attenersi nel dettare le discipline particolari»* (p. 84-85).

<sup>184</sup> V. art. 545 *Code civil*: «Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité». Questa disposizione fa comprendere chiaramente come le norme del *Code civil* sulla proprietà, adottate all'inizio del XIX secolo in una società che era prevalentemente rurale, si concentrino principalmente sulla terra, che all'epoca rappresentava la principale fonte di ricchezza. Proprio per tale ragione, gli studiosi francesi hanno avvertito l'esigenza di aggiornare la legge sulla proprietà per tenere conto delle nuove forme di proprietà e dei nuovi sviluppi determinati dal progresso scientifico e industriale. A tal fine, di recente, l'Associazione Henri Capitant ha elaborato un progetto di riforma del Libro II del Codice. Sul punto, cfr. S. PRADUROUX, *Objects of property rights: old and new*, in (a cura di) M. GRAZIADEI – L. SMITH, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, p. 52.

<sup>185</sup> V. art. 546 *Code civil*: «La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement».

grado di produrre e dunque, in ultima analisi, ha ad oggetto le utilità stesse piuttosto che la cosa in sè <sup>(186)</sup>. Tuttavia, una tale distinzione sarebbe stata fondamentale per la coerenza e organicità del sistema, come dimostra la circostanza che la sua assenza ha dato adito a notevoli incertezze in ordine all'oggetto del diritto di proprietà.

Invero, la nozione romanistica di proprietà solennemente sancita nell'art. 544 *Code civil*, avente una portata eminentemente politico-filosofica in quanto simbolo del nuovo ordine sociale che aveva spazzato gli antichi abusi feudali, avrebbe dovuto esser inserita all'interno di un sistema che prendesse le mosse dalla distinzione tra cose (cioè entità corporali) e beni giuridici (categoria comprendente anche i valori immateriali), chiarendo che la disciplina sulla proprietà si applica solo alle prime, salvo i casi in cui la legge espressamente ne preveda l'applicabilità (entro certi limiti) anche ai beni che non sono cose. In ciò la dottrina francese si è mostrata carente, non ha saputo recepire nel sistema gli insegnamenti della dogmatica per costruire una teoria dell'oggetto giuridico coerente ed ha quindi fallito nell'elaborare quelle categorie ordinanti che sono assolutamente necessarie all'interno di un sistema, perché consentono di gestire gli inevitabili dubbi circa la natura delle nuove entità emergenti nel contesto socio-economico.

Questa debolezza teorica è, in parte, dovuta alle scelte effettuate in sede di elaborazione del *Code Civil*, poiché il legislatore codicistico ha ommesso di operare una decisa distinzione tra cose e beni. Invero, le norme del codice civile francese che descrivono gli oggetti giuridici si concentrano esclusivamente sui beni, che vengono suddivisi in due ampie categorie: beni immobili e beni mobili <sup>(187)</sup>, una scelta dovuta probabilmente all'influenza che la tradizione germanistica ha esercitato sul sistema giuridico francese <sup>(188)</sup>.

---

<sup>186</sup> Cfr. A. CANDIAN, *La propriété*, op. cit., pp. 209 e ss.

<sup>187</sup> V. art. 516 *Code civil*.

<sup>188</sup> Il diritto consuetudinario francese di epoca medievale attribuiva grande rilevanza ai beni immobili e si ispirava al principio dalla *propriété familiale*, ossia al principio della conservazione del patrimonio immobiliare. Ciò condusse alla suddivisione dei beni in due categorie nettamente distinte: da un lato, costituivano beni mobili (*capitalia*, che diventeranno poi *chatels*, ossia raccolte, armi, bestiame), le entità corporali deteriorabili di cui si poteva liberamente disporre e che dunque erano oggetto di un dominio di tipo romanistico; dall'altro, i beni immobili (*hereditas* o *villa*), caratterizzati da una maggiore stabilità, erano concepiti come *biens familiaux* e dunque sottoposti ai principi della conservazione dei patrimoni familiari e dalla pubblicità dei trasferimenti. A partire dall'anno 1000 la grande distinzione sarà tra *catalla* ed *hereditagia* ovvero, nel lessico della *Coutume de Normandie*, tra *chatiex* e *héritages*. Le evidenti consonanze terminologiche con il diritto anglosassone (che distingueva tra *chattels* e *hereditaments*) dimostrano l'esistenza di radici comuni al *common law* e al diritto consuetudinario franco-germanico, al punto da far pensare che solo l'evento storico della riscoperta del diritto romano nei sistemi giuridici continentali abbia impedito a questi ultimi di evolversi in una struttura analoga a quella anglosassone. Cfr., sul punto, A. CANDIAN, *La propriété*, op. cit., pp. 207 e ss.

I beni immobili vengono, a loro volta, ripartiti in tre categorie <sup>(189)</sup>: la prima è quella dei *biens immeubles par nature*, che comprende la terra e gli edifici <sup>(190)</sup>, i mulini a vento e ad acqua <sup>(191)</sup>, i frutti ancora pendenti <sup>(192)</sup>, gli animali consegnati all'agricoltore per la coltivazione delle terre <sup>(193)</sup>, le tubature utilizzate per condurre l'acqua negli edifici <sup>(194)</sup>; la seconda è quella dei *biens immeubles par destination*, che comprende gli oggetti che il proprietario di un fondo ha posto per il servizio e il funzionamento del fondo <sup>(195)</sup>; l'ultima categoria è quella dei *biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent*, nella quale rientrano diritti (di natura sostanziale, come l'usufrutto e la servitù, e di natura processuale, come l'azione di rivendica), ossia beni incorporali <sup>(196)</sup>.

La categoria dei beni mobili comprende, a sua volta, quella dei beni che sono tali per loro natura, perchè possono essere trasportati da un luogo all'altro <sup>(197)</sup>, e quella dei beni che sono tali per la determinazione della legge <sup>(198)</sup>, cioè le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari, le azioni o gli interessi nei confronti di società e le rendite perpetue o vitalizie <sup>(199)</sup>.

Il *Code civil*, pertanto, da un lato qualifica come beni anche i diritti e, dall'altro, non chiarisce il concetto di "cosa", al quale rimanda l'art. 544. E ciò ha radicato nei giuristi francesi la convinzione che la proprietà possa avere ad oggetto anche beni incorporali, ossia diritti soggettivi.

## § 5.2. (Segue). Le incertezze sull'oggetto della proprietà e la riemersione della concezione germanistica.

Proprio l'assenza di una teoria dell'oggettività giuridica coerente ha indotto la dottrina francese, nel tentativo di far fronte all'esigenza di garantire tutela alle nuove entità oggettive emergenti dal contesto socio-economico – quali brevetti, marchi, disegni e modelli, opere dell'ingegno, *fonds de commerce* <sup>(200)</sup> –, a far ricorso alla figura

---

<sup>189</sup> V. art. 517 *Code civil*.

<sup>190</sup> V. art. 518 *Code civil*.

<sup>191</sup> V. art. 519 *Code civil*.

<sup>192</sup> V. art. 520 *Code civil*.

<sup>193</sup> V. art. 522 *Code civil*.

<sup>194</sup> V. art. 523 *Code civil*.

<sup>195</sup> V. art. 524 *Code civil*.

<sup>196</sup> V. art. 526 *Code civil*.

<sup>197</sup> V. art. 528 *Code civil*.

<sup>198</sup> V. art. 527 *Code civil*.

<sup>199</sup> V. art. 529 *Code civil*.

<sup>200</sup> Per *fonds de commerce* si intende un bene composto dall'insieme degli elementi mobiliari corporali e incorporali progettati per attrarre una clientela.



della “*propriété incorporelle*”, intesa come diritto reale che conferisce al suo titolare un potere esclusivo di sfruttamento di una proprietà industriale o di un’opera dell’ingegno <sup>(201)</sup>. A ben vedere, tuttavia, la nozione di “proprietà incorporale” ripropone elementi propri delle situazioni di appartenenza di stampo germanistico, in palese contraddizione con la pretesa recezione del modello proprietario romanistico. Si tratta, evidentemente, di una prospettiva che induce i giuristi francesi a parlare di *propriété* in maniera impropria e che conduce inevitabilmente all’affermazione per cui anche i diritti di credito formano oggetto di proprietà. In tal modo, tuttavia, la nozione di proprietà viene sostanzialmente a coincidere con quella di titolarità di un diritto soggettivo.

Ed, inverò, l’ammissibilità di un diritto di proprietà sui crediti è tutt’altro che pacifica nella dottrina francese. Inverò, mentre alcuni studiosi hanno proposto di estendere la portata dei diritti di proprietà alle entità immateriali, compresi i crediti <sup>(202)</sup>, altri hanno escluso che i crediti possano formare oggetto di un diritto di proprietà <sup>(203)</sup>. La concezione ampia della proprietà, sostanzialmente coincidente con quella di titolarità, è stata, tuttavia, accolta anche dalla giurisprudenza costituzionale <sup>(204)</sup> e dalla Corte di cassazione, che ha ammesso che i crediti possano formare oggetto di un diritto di proprietà anche alla luce della CEDU <sup>(205)</sup>. In particolare, con una sentenza del 2007, la Suprema Corte ha ritenuto contraria all’art. 1 Prot. Add. 1 (oltre che all’art. 14 CEDU) una normativa che rendeva la pensione di un debitore disponibile solo ad alcuni dei suoi creditori, configurando una misura discriminatoria che comprometteva i diritti di proprietà degli altri creditori <sup>(206)</sup>.

---

<sup>201</sup> Oggi il concetto utilizzato nel sistema giuridico francese per designare la proprietà su beni immateriali è quello di “proprietà intellettuale”, che costituisce una specifica branca del diritto che raggruppa le regole applicabili alle creazioni intellettuali o intangibili. Tale branca si suddivide, a sua volta, in due parti nel Codice della proprietà intellettuale: da un lato, la proprietà letteraria e artistica e, dall’altro, la proprietà industriale, che copre principalmente il diritto dei marchi, dei brevetti e il diritto dei disegni e modelli.

<sup>202</sup> S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d’un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, Librairie générale française, 1960.

<sup>203</sup> Cfr. S. MILLEVILLE, *La propriété des créances est-elle constitutionnellement consacrée?*, in *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2013, n. 22; J. F. DE MONTGOLFIER, *Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n. 31, 2011.

<sup>204</sup> Cfr. *Conseil constitutionnel*, 10 giugno 2010, n. 2010-607 DC; *Conseil constitutionnel*, 29 dicembre 1999, n. 99-425 DC.

<sup>205</sup> Cfr. *Cour de cassation civ.*, 3 maggio 2007, n. 05-19439, *Bull. civ.* 2007, II, n. 121.

<sup>206</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. S. PRADUROUX, *Objects of property rights: old and new*, in (a cura di) M. GRAZIADEI – L. SMITH, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, p. 60-61.

## § 6. La “*property*” nella tradizione di *common law*.

Il sistema giuridico più distante dalla tradizione dei Paesi continentali – e che dunque pone maggiori difficoltà in una prospettiva di armonizzazione – è certamente quello inglese. La legge inglese si distingue da quella francese e tedesca anzitutto per la mancanza di una definizione generale di proprietà <sup>(207)</sup>. Il che impone di ricostruire il concetto di “*property*” indagandone l’evoluzione nell’ambito della tradizione di *common law*.

Soprattutto, vi è una profonda differenza nell’approccio che gli studiosi di *common law* hanno seguito nel configurare le situazioni giuridiche rispetto a quello proprio dei giuristi dell’Europa continentale. Invero, mentre questi ultimi concepiscono i diritti soggettivi su base sostanziale e tendono pertanto ad organizzare le situazioni di appartenenza alla luce dei poteri riconosciuti al soggetto che ne è titolare, gli studiosi di *common law*, dovendo operare all’interno di un sistema giuridico il cui funzionamento si fondava sui *writ*s, hanno concepito le situazioni giuridiche soggettive su base rimediale, nel senso che è lo strumento di tutela riconosciuto dall’ordinamento giuridico a favore del titolare del diritto a determinare la natura di una certa situazione giuridica e non viceversa. In questa prospettiva, nei sistemi di *common law* si parla di “*property*” ogniqualvolta si riconosca al titolare di una situazione di appartenenza un’azione diretta a recuperare la posizione giuridica di cui sia stato illegittimamente privato ovvero ad ottenere un risarcimento del danno causato dall’altrui condotta illecita e tale azione possa essere trasferita ad altri da parte del suo originario titolare. Ne deriva che, in base a questa impostazione, anche i diritti di credito sono considerati oggetto di “*property*”, poiché al titolare del diritto è assicurata tutela in caso di inadempimento e il creditore può liberamente trasferire a terzi il proprio credito e quindi i relativi strumenti di tutela contro l’inadempimento <sup>(208)</sup>.

Dall’adozione di una prospettiva rimediale nella costruzione del sistema giuridico deriva la bipartizione, fondamentale nella tradizione di *common law*, in *real property* e *personal property*: la prima comprende le situazioni di appartenenza che, nell’antico diritto feudale, venivano tutelate mediante rimedi recuperatori; la seconda

---

<sup>207</sup> Questo, tuttavia, non significa che i giudici inglesi non abbiano mai provato a elaborare una definizione di proprietà. Ad esempio, nel caso *National Westminster Bank v. Ainsworth*, la *House of Lords* ha descritto le caratteristiche che un diritto deve aver per poter essere qualificato come “*property*”: «Prima che un diritto o un interesse possa essere ammesso nella categoria della proprietà o di un diritto che limita la proprietà, deve essere definibile, identificabile da terzi, suscettibile di appropriazione da parte di terzi e con un certo grado di permanenza o stabilità» (cfr. *National Westminster Bank v. Ainsworth*, 1965, AC 1175, 1247-48, citata da S. PRADUROUX, *Objects of property rights: old and new*, in (a cura di) M. GRAZIADEI – L. SMITH, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, op. cit., p. 53).

<sup>208</sup> Queste considerazioni riguardano la dimensione statica della *property*, definita attraverso lo strumento rimediale e regolata dalla *law of torts*. La dimensione dinamica concerne, invece, le modalità di circolazione della ricchezza, che nell’ottica del *common lawyer* costituiscono il principale oggetto della *law of property*.

comprende invece le situazioni di appartenenza che venivano tutelate mediante rimedi risarcitori. La bipartizione tra *real property* e *personal property* costituisce ancora oggi un pilastro fondamentale della *property law* inglese (209), sebbene sia ormai venuta meno la ragione che ne ha dato origine, dato che le “azioni reali” decadde sul finire del XVII secolo e alle azioni personali venne riconosciuta efficacia recuperatoria fin dal XVI secolo. L’evoluzione del sistema giuridico inglese ha portato, in questo campo, ad un avvicinamento ai sistemi giuridici continentali, poiché la tradizionale distinzione tra *real* e *personal property* è stata reinterpretata in senso sostanzialistico, assimilando la prima categoria a quella dei beni immobili e la seconda a quella dei beni mobili. Tale riformulazione, seppur tendenzialmente corretta, trova una rilevante eccezione nel *leasehold*, che rientra nella *personal property* pur avendo ad oggetto beni immobili (210).

Un’altra caratteristica distintiva del *common law* rispetto al *civil law* è l’accentuato tradizionalismo che ha caratterizzato le sue linee evolutive: le regole giuridiche sono caratterizzate da una grande stabilità e ciò ha fatto sì che le categorie ordinanti originarie rimanessero sostanzialmente inalterate, a differenza dei sistemi giuridici dell’Europa continentale, che hanno variamente rielaborato le categorie ordinanti fondamentali per rispondere ai nuovi bisogni via via emergenti nel contesto socio-economico. L’idea che sta alla base di questa tendenza conservatrice tipica del *common law* è che la legittimità delle regole giuridiche derivi dalla loro conformità alla tradizione. E ciò, naturalmente, ha storicamente posto il problema di adattare le regole antiche alle nuove esigenze emergenti nel contesto sociale ed economico, problema che venne aggirato mediante il ricorso allo strumento analogico (211). In ragione della debolezza del diritto delle obbligazioni nei sistemi di *common law* rispetto a quelli di *civil law*, lo strumento analogico è stato utilizzato dai giuristi inglesi per ricondurre nell’ambito della *property law* molteplici situazioni giuridiche soggettive (212) che,

---

<sup>209</sup> Essa rileva, ad esempio, in materia fiscale, ove si prevede una disciplina differenziata a seconda che si tratti di *real property* ovvero di *personal property*.

<sup>210</sup> V. GAMBARO A., *La proprietà nel common law anglo-americano*, op. cit., pp. 40 e ss.

<sup>211</sup> Peraltro, la prospettiva rimediale tipica del *common law* ha inciso in maniera rilevante anche sulle modalità operative dell’analogia, che opera non in relazione ai poteri spettanti al titolare del diritto, bensì in relazione ai rimedi riconosciuti in suo favore dall’ordinamento: in un sistema basato sull’esistenza di strumenti tipici di tutela numericamente esigui, il *common lawyer* poteva garantire tutela alle situazioni di appartenenza di nuova emersione soltanto applicando a loro vantaggio strumenti rimediali consolidati mediante la tecnica dell’analogia *from case to case*.

<sup>212</sup> Si tratta della categoria delle c.d. “*choses in action*”, la cui origine va ricondotta alla bipartizione tra *real property*, avente ad oggetto il patrimonio immobiliare, e *personal property*, comprensiva di tutte le altre ricchezze, dette genericamente *chattels* (termine che deriva da *et cetera*, proprio ad indicare le cose diverse dalle ricchezze immobiliari). I *chattels* comprendevano i *chattels real* (categoria nella quale rientrava esclusivamente il *leasehold*) e i *chattels personal*, a loro volta suddivisi in *choses in possession*, categoria comprensiva delle cose corporali, cioè che si possono possedere e che quindi possono essere oggetto di autotutela, e *choses in action*, categoria comprensiva dei beni che possono essere tutelati soltanto mediante azione giudiziaria. Essa ha assunto una portata ancor più ampia rispetto a quella dei beni immateriali propria dei sistemi continentali, poiché vi si fanno rientrare, oltre al *copyright*

invece, gli ordinamenti continentali hanno collocato nel diritto delle obbligazioni, riuscendo a tutelare i medesimi interessi mediante il ricorso alle categorie elaborate dal diritto romano<sup>(213)</sup>. Questa circostanza ha rappresentato una delle cause principali della diversa evoluzione del concetto di *property* nei sistemi di *common law* rispetto a quelli di *civil law*. Invero, la tendenza dei *common lawyers* a far confluire nella *property law* ogni nuova forma di ricchezza patrimoniale ha fatto sì che si iniziasse a utilizzare il termine *property* per indicare tutti gli elementi attivi del patrimonio. Nella tradizione di *common law*, pertanto, il termine “*property*” ha finito per assumere un significato assimilabile al termine “bene”<sup>(214)</sup> o “patrimonio”.

I sistemi giuridici continentali, invece, hanno tendenzialmente inquadrato le nuove forme di ricchezza non fondiaria negli schemi del diritto delle obbligazioni di stampo romanistico e ciò ha determinato l'affermarsi di un concetto peculiare di patrimonio, comprendente non solo i diritti reali ma anche i rapporti obbligatori. Di conseguenza, l'accezione di patrimonio propria dei sistemi giuridici continentali è venuta a comprendere anche le situazioni giuridiche passive, poiché i rapporti obbligatori prevedono, accanto alla situazione giuridica attiva, una situazione giuridica passiva. Ciò spiega perché tutti i sistemi di *civil law* tengano ben distinto, anche a livello terminologico, il concetto di proprietà (*eigentum, propriété, proprietä*) da quello di patrimonio (*Vermögen, patrimoine, patrimonio*), a differenza di quanto avviene nei sistemi di *common law*, ove i due concetti coincidono<sup>(215)</sup> e ove il patrimonio si compone soltanto degli “*assets*” di cui il soggetto è titolare, cioè delle situazioni giuridiche di vantaggio, rimanendone dunque fuori le passività. In definitiva, dunque, la *property law*,

---

(diritto d'autore) e al *patent* (brevetto), i diritti di credito, i contratti cedibili, le invenzioni industriali, il *know-how* e l'avviamento commerciale. Ciò fa comprendere come i giuristi inglesi abbiano aderito perfettamente alla concezione germanistica di bene, che ammette la possibilità di configurare situazioni di appartenenza aventi ad oggetto diritti. Sul punto, v. GAMBARO A., *La proprietà nel common law anglo-americano*, op. cit., pp. 52-53, 87.

<sup>213</sup> È emblematica, a questo riguardo, la vicenda relativa al riconoscimento dei *trusts* nel diritto inglese. Invero, gli ordinamenti continentali hanno ricondotto i rapporti fiduciari nel quadro del diritto delle obbligazioni, riuscendo così a garantire ai fiducianti la stessa tutela assicurata ai creditori. Ciò in quanto il diritto delle obbligazioni, con i suoi numerosi richiami alla morale e alla buona fede, sembrava adattarsi perfettamente alla relazione fiduciaria, a differenza del sistema dei diritti reali, che, fatte salve le regole sui rapporti di vicinato, ha sempre rifiutato ogni riferimento alla morale allo scopo di conservare il suo carattere rigorosamente oggettivo e tecnico. Nel diritto inglese ciò non fu possibile, perché la tutela di cui godevano i creditori era troppo limitata per poter essere applicata in via analogica a favore dei fiducianti. Pertanto, la tutela dei fiducianti venne assicurata riconducendo l'istituto del *trust* alla disciplina proprietaria.

<sup>214</sup> In questa prospettiva, l'art 899 del Codice civile del Québec utilizza il termine “*property*” come equivalente in lingua inglese del termine francese “*bien*”.

<sup>215</sup> Il termine *property* designa esattamente il patrimonio di un soggetto, salve alcune eccezioni, come nel caso del *trust*, il cui patrimonio è detto *fund*.

nell'accezione propria dei sistemi di *common law*, è quella parte dell'ordinamento giuridico che disciplina la ricchezza patrimoniale <sup>(216)</sup>.

### § 6.1. (Segue). La *real property* e l'adesione alla tradizione germanistica.

Poste queste premesse sulle caratteristiche del sistema giuridico inglese, è ora possibile soffermare l'attenzione sul fulcro della *property law*, che è rappresentato dalla *real property*, ossia dalla proprietà immobiliare (con l'eccezione del *leasehold*), la cui disciplina affonda le radici nella struttura feudale affermatasi successivamente alla conquista normanna e dunque ruota attorno al concetto di proprietà proprio dell'impostazione germanistica, secondo cui oggetto della situazione di appartenenza non è la cosa, ma le utilità astratte di cui il titolare del diritto è investito <sup>(217)</sup>. L'investitura conferiva il diritto al possesso del bene e quindi il potere di godere di una o più delle molteplici utilità che la cosa era idonea a fornire. In origine tale diritto non configurava una situazione di appartenenza in senso proprio, poiché rinveniva la sua giustificazione in una relazione tra soggetti (e non in un rapporto diretto tra il soggetto e la cosa), tanto è vero che le prerogative derivanti dall'investitura non potevano essere trasferite ad altri: il soggetto investito di un feudo, infatti, acquisiva il diritto di tenere il feudo in nome del suo *lord* (e perciò era detto *tenant*), ma non il diritto di alienarlo a terzi. Questa idea sta alla base della concezione, propria del diritto inglese e valevole ancora oggi, per cui la proprietà fondiaria spetta alla Corona; di conseguenza, tutti gli altri soggetti sono soltanto dei "detentori" di terreni della

---

<sup>216</sup> La precisa delimitazione del concetto di *property* nel diritto inglese è resa ancor più complessa dalla crescente rilevanza che nel diritto inglese assunse la giurisdizione di *Equity*, capace di garantire tutela a situazioni di appartenenza che altrimenti sarebbero rimaste prive di riconoscimento in base ai rigidi meccanismi di funzionamento del *common law*. L'esempio più noto è il *trust*, ma, accanto ad esso, numerose figure giuridiche di rilievo, come i *restrictive covenant running with the land in Equity* e l'*equitable mortgage*, rinvengono la loro origine nella giurisdizione di *Equity*. La giurisdizione di *Equity* è riuscita a tutelare detti interessi grazie al superamento di quel criterio del *better title* che, da sempre, era utilizzato dalla giurisdizione di *common law* come stella polare per la soluzione delle controversie proprietarie. E ciò è stato possibile perché in *Equity* si prescinde dalla verifica della regolarità formale del titolo e si riconosce il diritto a favore della parte portatrice dell'interesse più meritevole. Per un approfondimento sul punto, v. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, op. cit., pp. 54-60.

<sup>217</sup> In ciò la *property law* in diritto inglese si discosta, sin dalle origini del suo sviluppo, dalla disciplina romanistica del diritto di proprietà, elaborata proprio a partire dal presupposto della corporeità della terra e quindi in relazione alle possibilità di sfruttamento, da parte del proprietario, di tutte utilità che la cosa era in grado di fornire. In questa prospettiva, il diritto di proprietà finisce per coincidere con il bene che ne costituisce oggetto, perché ne esaurisce tutte le possibilità di sfruttamento.

Corona e quindi non possono essere titolari di un diritto di proprietà inteso, in senso romanistico, come situazione giuridica piena ed assoluta su una cosa corporale <sup>(218)</sup>.

Proprio in ragione del divieto di trasferire a terzi le prerogative conferite con l'investitura, si diffuse via via l'uso di attribuire ciascuna delle singole utilità ricavabili dalla terra a soggetti diversi, ciascuno dei quali acquisiva la "proprietà" di una soltanto delle molteplici utilità connesse allo sfruttamento del bene.

Solo nel 1290, con lo Statuto *Quia Emptores* (che riconobbe ai *tenants* il diritto di disporre del bene oggetto dell'investitura) tali situazioni giuridiche di natura relativa divennero vere e proprie situazioni di appartenenza, poiché il diritto di beneficiare di singole utilità del bene divenne trasmissibile anche per successione ereditaria. In tal modo, l'investitura finiva per conferire al soggetto che ne era beneficiario un'utilità che entrava a far parte del suo patrimonio personale, attribuendogli uno *status* proprietario. Tale *status* prendeva il nome di *estate* <sup>(219)</sup>. L'investitura, inoltre, attribuiva non solo il potere di godere delle utilità connesse allo sfruttamento della terra, ma anche alcune prerogative (come l'amministrazione della giustizia in determinate materie) che non avevano nulla a che fare con il godimento della terra e la cui funzione era, piuttosto, quella di attribuire al soggetto investito una sorta di sovranità sui soggetti che abitavano quelle terre.

Il concetto di *property* affermatosi nel *common law* presenta, dunque, delle caratteristiche notevolmente differenti rispetto al concetto di proprietà affermatosi in epoca moderna nei sistemi giuridici continentali. Invero, in chiave moderna, l'istituto è legato esclusivamente alla dimensione dello sfruttamento del bene e svolge la funzione di riconoscere a favore del proprietario il potere di trarre tutte le utilità che la cosa oggetto del diritto è in grado di fornire. Nella tradizione di *common law*, invece, accanto alla dimensione legata allo sfruttamento delle utilità del bene, assume primaria rilevanza la dimensione della sovranità, che attribuisce al titolare del diritto una serie di poteri nei confronti di altri soggetti che risiedono nei territori oggetto di concessione mediante investitura. Da qui deriva la concezione, affermata nel diritto inglese, della *property* come fascio di diritti <sup>(220)</sup> piuttosto che come diritto unitario di sfruttamento pieno e integrale di tutte le utilità di un bene corporale. Ciò che

---

<sup>218</sup> Per un approfondimento sulla concezione che sta alla base della *real property*, v. W. SWADLING, *Property: General Principles*, in (a cura di) Andrew Burrows, *English Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 219–225.

<sup>219</sup> Il termine *estate* può essere utilizzato per indicare il diritto di proprietà ovvero l'oggetto di tale diritto. Nel primo caso si parla di *estate in land*; nel secondo di *real estate* (proprietà immobiliare) o di *personal estate* (proprietà mobiliare). Esso è utilizzato anche senza specificazioni per indicare il patrimonio attivo di un soggetto. In definitiva, dunque, il termine *estate* assume gli stessi significati del termine *property*.

<sup>220</sup> Sul concetto di *property* come "*bundle of rights*", v. W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as applied in Legal Reasoning, and Other Legal Essays*, Yale University Press., 1920. Per una traduzione italiana dell'opera, cfr. W. N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, a cura di M. G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1969.

costituisce oggetto della *property*, pertanto, non è la cosa corporale in sé, ma le utilità definite nel titolo (221).

Naturalmente, la scomparsa della organizzazione feudale ha determinato il venir meno di quelle prerogative proprietarie connesse alla gestione del territorio e delle persone che vi abitavano piuttosto che allo sfruttamento delle terre, favorendo così il venir meno di alcuni *estates* riconosciuti dalla tradizione di *common law* e la ricompattazione delle proprietà terriere. Tuttavia, questa evoluzione non ha dato origine a quell'indissolubile legame tra proprietà e cose corporali che aveva caratterizzato il diritto romano. Ciò soprattutto in ragione dell'esigenza, fortemente avvertita dai *common lawyers*, di mantenere inalterato l'ordine fondiario esistente, basato sulla ripartizione delle utilità nel tempo. L'accoglimento della concezione romanistica di proprietà avrebbe, infatti, imposto di rinunciare a una dimensione della proprietà che i giuristi inglesi ritengono fondamentale, ossia la dimensione temporale (222).

## § 6.2. (Segue). La rilevanza della dimensione temporale.

---

<sup>221</sup> L'idea di proprietà come situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto una cosa corporale non è, a ben vedere, del tutto estranea al pensiero dei *common lawyers*. Emblematico, sul punto, è il pensiero di John Austin, il quale, nel tentativo di razionalizzare il linguaggio giuridico, denuncia l'erronea abitudine di far rientrare nel concetto di "thing" sia le cose corporali che quelle incorporali, perché ciò induce ad accomunare gli oggetti del mondo fisico alle situazioni giuridiche soggettive, mentre tali entità, avendo caratteristiche ontologiche totalmente diverse, vanno tenute separate. Posta tale premessa, Austin, aderendo alla concezione romanistica della proprietà, accoglie l'idea per cui il diritto di proprietà può avere ad oggetto soltanto cose corporali, poiché solo gli oggetti del mondo fisico consentono al proprietario di esercitare pienamente e in via esclusiva i poteri di godimento e disposizione che l'ordinamento gli attribuisce. Sebbene talora risulti conveniente estendere il concetto di proprietà alle cose incorporali, ciò è possibile solo mediante un'interpretazione analogica (cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, a cura di R. Campbell, John Murray, London, 1880). Tuttavia, la concezione di stampo germanistico era ormai troppo radicata nella tradizione di *common law* per essere definitivamente superata a favore di una ricompattazione del fenomeno proprietario. Ed invero, la concezione di Austin fu ribaltata da Salmond, il quale costruì la sua teoria sul presupposto che il termine *ownership* andasse inteso nel senso di *titolarità* (cfr. J. W. SALMOND, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, Stevens and Haynes, London, 1902). Una tale teoria, seppur perfettamente conforme alle concezioni proprie della tradizione di *common law*, risulta fondata su un equivoco di fondo, consistente nella indistinzione tra i concetti di *ownership* (titolarità) e di *right* (diritto soggettivo). Così inteso, il concetto di *ownership* diventa irrilevante e quindi dovrebbe essere escluso dalla tassonomia giuridica, il che, in ultima analisi, dovrebbe condurre all'abolizione della stessa distinzione tra diritti reali e diritti di credito. Per un approfondimento sul punto, cfr. GAMBARO A., *La proprietà nel common law anglo-americano*, op. cit., pp. 139 e ss.

<sup>222</sup> La tradizione romanistica, invece, attribuiva al diritto di proprietà il carattere della imprescrittibilità, sottraendolo così all'influenza della dimensione temporale.

La rilevanza attribuita dai *common lawyers* alla dimensione temporale della proprietà ha origini antiche, essendo riconducibile al meccanismo di concessione del diritto (relativo) allo sfruttamento delle utilità della cosa mediante investitura. Invero, la *property* è il frutto di una concessione che si perfeziona mediante l'investitura e che, dunque, trova la sua giustificazione in un rapporto personale di vassallaggio. Essendo fondata su un rapporto personale, l'efficacia dell'investitura non poteva che avere una durata temporale limitata, al massimo, alla vita dei soggetti protagonisti di questo rapporto; di conseguenza, il potere di godere dei benefici che l'investitura attribuiva non poteva durare oltre detto termine. Da ciò deriva che la temporaneità è insita nel concetto stesso di proprietà <sup>(223)</sup>.

Inoltre, l'investitura si collocava in una dimensione logicamente e cronologicamente anteriore rispetto alla presa di possesso delle utilità da essa derivanti, cioè al concreto sfruttamento delle stesse da parte del soggetto che ne era stato investito. Tale strumento, pertanto, si adattava perfettamente a quelle situazioni in cui vi era l'esigenza di investire immediatamente un soggetto di una *property*, spostando tuttavia in un arco temporale successivo l'effettivo godimento, da parte del beneficiario, delle utilità derivanti dell'atto formale di investitura <sup>(224)</sup>, poiché

---

<sup>223</sup> In ciò risiede una fondamentale differenza di impostazione con il diritto romano (e con i sistemi giuridici continentali che lo hanno recepito), ove la dimensione temporale è irrilevante perché il diritto di proprietà è inteso come potere di godimento pieno ed esclusivo del soggetto su una cosa corporale. Tale potere entra pienamente a far parte della sfera giuridica del soggetto che ne è titolare, diventa suo *ius proprium* in quanto il proprietario non deve più dar conto a nessun altro soggetto di ciò che fa in relazione alla cosa propria. E, proprio perché il proprietario non trova limiti all'esercizio del suo diritto nell'esigenza di rispettare un diritto altrui sullo stesso bene, il diritto di proprietà non può essere sottoposto a limiti temporali. Per tale ragione le definizioni di proprietà contenute nei codici civili degli Stati continentali (come i codici francese e tedesco) non fanno riferimento alla dimensione temporale della proprietà, poiché essi mirano a cogliere la natura della proprietà indicando i poteri che spettano a un individuo su un oggetto. È, piuttosto, rimesso alla dottrina il compito di chiarire che il diritto di proprietà è, in linea di principio, perpetuo, mentre i diritti reali minori hanno un'efficacia limitata nel tempo. Per un approfondimento sul punto, cfr. M. GRAZIADEI, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, op. cit., pp. 76 e ss., ove si evidenzia come questa diversa impostazione rispetto alla dimensione temporale riveli una differenza ontologica tra i concetti di proprietà affermatasi nei sistemi di *civil law* e in quelli di *common law*.

<sup>224</sup> Ad esempio, i sovrani dell'epoca medioevale usavano investire i loro figli della dignità regale per evitare l'insorgere di situazioni conflittuali nei momenti di *vacatio*. In effetti, lo strumento giuridico delle investiture ad efficacia differita appariva utilissimo per programmare la distribuzione delle utilità nella dimensione temporale, rivelandosi un'ottima alternativa a quella dei patti. Negli ordinamenti continentali, che hanno scelto di soddisfare tale esigenza ammettendo il ricorso allo strumento contrattuale, i soggetti tentano di cautelarsi contro i rischi connessi all'imprevedibilità del futuro predisponendo il contenuto contrattuale in modo da prevedere diritti di recesso, indici ai quali legare il valore delle prestazioni e, soprattutto, ricorrendo alle condizioni. Viceversa, nella tradizione di *common law* la debolezza del diritto delle obbligazioni e dei contratti ha spinto i giuristi a tentare di soddisfare gli interessi legati all'incertezza programmatica mediante il ricorso alla *property law*. In questo contesto, il criterio fondamentale era quello per cui si dovevano programmare meccanismi di



l'investitura determinava la concessione della *property* sin dal momento del suo perfezionamento, dunque ancor prima (e a prescindere dalla circostanza) che il soggetto beneficiario, prendendo possesso del bene, cominciasse concretamente ad esercitare le prerogative da essa derivanti. Questa soluzione di continuità tra proprietà (derivante dall'investitura) e possesso ha contribuito a quel fenomeno di moltiplicazione dei diritti di proprietà che già caratterizzava il sistema di *common law* in ragione della sostanziale identificazione dei concetti di proprietà e singole utilità traibili dai beni. Invero, venivano considerati proprietari, in quanto beneficiari di un'investitura e quindi titolari potere di alienare, trasmettere, ipotecare il loro diritto, sia coloro che si trovavano già nel possesso delle utilità (c.d. *vested in possession*), sia coloro che, pur non avendo ancora il possesso del bene, erano titolari di una legittima aspettativa di succedere al possessore attuale della cosa.

La considerazione della dimensione temporale delle situazioni di appartenenza consente di chiarire ulteriormente i confini della *property law*, sulla base di due elementi cardine che ogni situazione giuridica di appartenenza deve presentare: la stabilità delle utilità e la certezza per il titolare di poterne godere <sup>(225)</sup>.

Situazioni giuridiche di appartenenza di dubbia collocazione sono gli istituti della *tenancy at will* e della *tenancy at sufferance*. Il primo, conosciuto anche come *estate at will*, rappresenta una concessione di una situazione di appartenenza che prescinde da un contratto e che può essere revocata *ad nutum* in qualsiasi momento sia dal *tenant* che dal concedente (*landlord*). Si tratta di un istituto particolarmente utile per quei soggetti che desiderano un rapporto caratterizzato da notevole flessibilità, in modo da poter essere modificato facilmente e senza dover spezzare un vincolo contrattuale. Una *tenancy at sufferance* (detta anche *estate at sufferance*), invece, è un accordo tacito in forza del quale un affittuario è lasciato nel godimento di un immobile dopo la scadenza di un contratto di locazione, ma è obbligato a rispettare le condizioni originali del contratto, incluso il pagamento del canone. In caso contrario, il *landlord* può sfrattare il *tenant at sufferance* in qualsiasi momento senza preavviso. In origine

---

attribuzione delle utilità efficaci in una dimensione temporale futura che, tuttavia, eliminassero la necessità di successive manifestazioni di volontà per il loro perfezionamento. Peraltro, questo diverso approccio produce rilevanti differenze dal punto di vista della tutela degli interessi del soggetto titolare del diritto, atteso che "il creditore è sempre esposto al concorso degli altri creditori del suo debitore, mentre chi agisce per la tutela della sua *property* procede sempre attraverso una esecuzione individuale da cui trae vantaggio esclusivo". Così GAMBARO A., *La proprietà nel common law anglo-americano*, op. cit., pp. 71-72.

<sup>225</sup> Tali caratteristiche essenziali accomunano la *property* ai diritti reali nei sistemi di *civil law*. Cfr. S. VAN ERP, *European property law: a methodology for the future*, op. cit., p. 4, il quale, nell'individuare i caratteri della stabilità e certezza come valori di base per l'elaborazione di una "european property law", pone in evidenza come «Because property relations are of a continuing nature and frequently represent considerable economic value, property law aims at long term economic stability; without economic stability a property law system will not work effectively and efficiently. [...] To establish predictability and certainty the area of property law is therefore of a strongly mandatory character with limited party autonomy».

queste situazioni venivano qualificate come rapporti giuridici di natura personale tra il *landlord* e il *tenant*, a ciascuno dei quali era riconosciuto il potere di porre fine al rapporto in qualunque momento e per qualsiasi ragione. Tuttavia, poiché le Corti riconoscevano al *tenant* la legittimazione ad agire in *trespass* contro gli atti illeciti posti in essere dai terzi e, nel caso di *tenancy at will*, egli poteva addirittura rientrare nel fondo, da cui il *landlord* lo avesse legittimamente estromesso, per raccogliere i frutti della sua opera. Proprio il riconoscimento di una tutela possessoria a favore del *tenant* ha indotto i *common lawyers* moderni a inquadrare tali istituti tra le situazioni proprietarie.

Proseguendo con l'esame di situazioni di appartenenza dal contenuto via via meno stabile ci si imbatte in un istituto che, in linea di principio, non rientra nell'ambito della *property law*, ossia il *licence*, consistente in una concessione a favore di un determinato soggetto, da parte del proprietario terriero, della possibilità di entrare nella sua proprietà per un certo tempo e per qualche scopo senza esporsi al rischio di subire un'azione di *trespass*. Tale concessione, essendo revocabile *ad nutum* dal concedente e non trasferibile né trasmissibile *mortis causa*; attribuisce un potere non suffragato da una stabilità tale da poter essere ricondotto al concetto di *property*. Ciononostante, la giurisdizione di *Equity* riconosce anche alla *licence* una stabilità tale da consentirne l'inquadramento nell'ambito degli oggetti protetti dalla *property law* quando le parti abbiano creato un *easement* che però sia risultato inefficace per un difetto formale. In tal caso le Corti, allo scopo di proteggere l'acquirente dell'*easement* viziato da un'eventuale azione di *trespass*, affermano che la volontà delle parti ha dato origine ad una *licence* e che, grazie al rimedio dell'*equitable estoppel*, detta *licence* può divenire irrevocabile. Per stabilire se la *licence* rientri, o meno, nell'ambito della *property law* occorrerà dunque indagare caso per caso la volontà delle parti al fine di stabilire se, pur rimanendo inefficace in *common law*, essa possa divenire efficace in *Equity*.

Posto questo primo confine (seppur dai contorni non ben definiti) della *property law* sulla base del criterio della stabilità, è possibile ricavare ulteriori indicazioni sull'oggetto della tutela di questa branca dell'ordinamento applicando il secondo criterio di riferimento, ossia quello della certezza nella dimensione temporale. Sul punto, va osservato che una pratica molto diffusa nel sistema feudale era quella delle investiture ad effetto differito, che attribuivano al soggetto investito il diritto di prendere possesso delle utilità solo dopo la morte di colui che era nel possesso attuale delle utilità in questione. L'ammissibilità di un'investitura destinata a produrre effetti solo in una dimensione temporale futura si giustificava alla luce della circostanza che la morte di un soggetto costituiva un evento certo quanto all'*an* e quindi l'interesse "proprietario" del soggetto investito aveva un grado di certezza tale da poter essere riconosciuto e tutelato. Tuttavia, data l'incertezza riguardo al *quando* dell'evento morte, l'ipotesi in questione poneva delicati problemi quando il soggetto investito fosse morto prima di entrare in possesso delle utilità che gli erano state attribuite. Una possibile soluzione era quella di ammettere la validità di investiture effettuate a favore di più soggetti in via successiva, in modo tale che, nel caso di morte del primo investito

(ad esempio, il figlio di colui che effettuava l'investitura), si verificasse automaticamente il passaggio dell'investitura in capo ad un secondo soggetto (ad esempio il nipote, figlio del proprio figlio). Tale soluzione si scontrava, tuttavia, con un duplice limite: dal punto di vista giuridico, il *common law* non ammetteva un'investitura a favore di un soggetto non ancora nato, con la conseguenza che se il soggetto investito non aveva figli non era possibile disporre un'investitura successiva; dal punto di vista politico-sociale, non appariva conveniente ammettere i fedecomessi familiari poiché essi producevano l'effetto di sottrarre la terra al mercato e quindi bloccavano l'ascesa sociale delle classi non nobili.

Il primo limite venne superato grazie all'elaborazione, ad opera della giurisprudenza di *Equity*, dell'istituto del *Trust*, che consentiva di conseguire un effetto pratico analogo a quello dei fedecomessi familiari mediante la destinazione di *assets* in un *trust fund* e l'indicazione in via successiva di più soggetti come beneficiari. Tuttavia, l'esigenza politico-sociale di impedire che enormi quantità di ricchezza fossero sottratte alla circolazione condusse i *common lawyers* a elaborare alcune regole restrittive, tra le quali spicca la *Rule Against Perpetuities*, che rende nulle le attribuzioni di ricchezza che non possano essere imputate ad una persona determinata dopo che siano trascorsi 21 anni dalla morte di una persona vivente al momento in cui il *property interest* è stato costituito. Di conseguenza, i *contingent interests*, cioè i diritti futuri sospensivamente condizionati, sono esclusi dalla *law of property* se non possono trasformarsi in diritti attuali e incondizionati entro un determinato arco temporale <sup>(226)</sup>.

Il confine della *law of property* risulta, dunque, fissato: sul piano della stabilità ne rimangono fuori le situazioni di mera *licence* e sul piano della certezza il limite è rappresentato dalla *Rule Against Perpetuities*.

### **§ 6.3. (Segue). La *personal property* e la concezione germanistica come elemento invariante.**

Le regole esaminate, costruite in relazione alla *real property*, cioè alle situazioni di appartenenza immobiliari, non sono *sic et nunc* applicabili alla *personal property*, comprensiva di tutte le altre forme di ricchezza, dette genericamente *chattels* (termine che deriva da *et cetera*, proprio ad indicare le cose diverse dalle ricchezze immobiliari). Invero, alla *personal property* non è applicabile la dottrina degli *estates* e quindi non è possibile suddividere le utilità in base alla dimensione temporale. Le differenze di disciplina tra le due categorie di proprietà si giustificano alla luce della circostanza che,

---

<sup>226</sup> Per un approfondimento sul punto, v. GAMBARO A., *La proprietà nel common law anglo-americano*, op. cit., pp. 79-86.

mentre la struttura della proprietà reale ha le sue origini nel feudalesimo, la proprietà personale non ha mai avuto una base feudale.

Sia la *real* che la *personal property* presentano, tuttavia, un elemento invariante fondamentale, ossia il prescindere totalmente dalla corporeità dell'oggetto della *property*. Invero, come nella *real property* oggetto di titolarità è non la cosa, bensì una delle molteplici utilità che la cosa può fornire, così la *personal property* non ha ad oggetto esclusivamente cose mobili corporali, ma comprende una serie di beni che, nell'ottica degli studiosi di *civil law*, certamente non potrebbero costituire oggetto di proprietà. I *chattels*, infatti, comprendevano i *chattels real*, categoria comprensiva del solo *leasehold* (227), e i *chattels personal*, a loro volta suddivisi in *choses in possession*, ossia le cose corporali che, in quanto suscettibili di essere possedute, possono essere oggetto di autotutela, e *choses in action*, ossia i beni che, in quanto immateriali, possono essere tutelati soltanto mediante azione giudiziaria. La categoria delle *choses in action*, tuttavia, non coincide perfettamente con quella dei beni immateriali propria dei sistemi continentali, ma ha una portata ancor più ampia poiché vi rientrano non solo *patents* (brevetti) e invenzioni industriali, ma anche i diritti di credito.

Pertanto, i sistemi di *common law* non utilizzano il criterio della corporeità dell'oggetto come elemento di inclusione o esclusione del bene dal novero della *property* ed includono nella *property law* ogni tipologia di ricchezza patrimoniale. In ciò è evidente l'influenza che il modello costituito dalla *real property* ha avuto sulla categoria della *personal property*. Invero, i *common lawyers*, assimilata l'idea che la *real property* avesse ad oggetto non la terra, ma i diritti di sfruttamento della stessa, hanno incluso nel concetto di *personal property* ogni valore economico, a prescindere dalla circostanza che esso avesse o meno un sostrato corporale. In tal modo, i giuristi inglesi hanno seguito l'impostazione germanistica, che ammette la possibilità di configurare situazioni di appartenenza aventi ad oggetto diritti (e non cose). In definitiva, la proprietà non è altro che la titolarità di un diritto di natura patrimoniale. La conseguenza è una

---

<sup>227</sup> Il *leasehold* attribuisce il potere di godere e disporre di un immobile per un determinato arco temporale (che può variare dai 30, a 100, a 999 anni) dietro pagamento di un canone, con l'obbligo, alla scadenza del termine stabilito, di restituire il bene al concedente (ovvero ai suoi eredi). Dopo un iniziale periodo di incertezza, tale situazione di appartenenza, assimilabile ad un affitto a lunghissimo termine, è stata inquadrata dai *common lawyers* nella categoria della *personal property*. Invero, in origine al *leaseholder* non veniva riconosciuta la legittimazione ad agire con la tipica azione contro lo spoglio del bene (la *assize of novel disseisin*) poiché le azioni recuperatorie erano riservate alla *real property*; egli poteva tutelare i suoi interessi soltanto con azioni volte a conseguire il risarcimento dei danni. Tali azioni potevano essere rivolte contro il concedente che avesse ripreso il possesso del bene prima della scadenza del termine, nonché contro i suoi aventi causa e, in generale, contro qualsiasi terzo privo di titolo (*trespass*). Solo intorno alla fine del XV secolo i *common lawyers* ammisero il ricorso a un rimedio di carattere recuperatorio (*eiectio firmæ*), riconoscendo così al *leaseholder* la medesima tutela assicurata ad un proprietario. Proprio la garanzia di una così piena tutela e il conseguente raggiungimento di un elevato grado di stabilità ha indotto i giuristi di *common law* ad annoverare il *leasehold* tra le situazioni proprietarie.

sostanziale relativizzazione della *property*, tanto che le controversie aventi ad oggetto questioni proprietarie vengono decise sulla base del criterio del *better title*, il che significa che non è rilevante la titolarità della situazione giuridica in senso assoluto, ma soltanto la (relativa) prevalenza di un titolo rispetto all'altro.

In conclusione, il concetto di “*property*”, sia essa “*real*” ovvero “*personal*”, non coincide con il concetto di proprietà proprio dei sistemi giuridici continentali, perché non corrisponde all'idea di diritto pieno ed esclusivo su una cosa corporale. Il sistema di *common law* non ha, dunque, seguito linee evolutive analoghe a quelle dei sistemi continentali. E ciò per due ragioni essenziali: la prima consiste nell'assenza di un evento storico di rottura politico-ideologica rispetto al modo germanistico/feudale di concepire le situazioni di appartenenza, evento storico che nel mondo occidentale è coinciso con la Rivoluzione Francese e il successivo avvento della codificazione napoleonica; la seconda ragione può rinvenirsi nella mancanza di quell'approccio organico e sistematico che ai sistemi di *civil law* è stato garantito dalla pandettistica tedesca, la cui ideologia ha determinato una tendenziale unificazione del regime della proprietà.

## § 7. La proprietà nell'area scandinava.

Un altro settore di studio fondamentale per lo sviluppo di una normativa europea sulla proprietà è rappresentato dai sistemi giuridici dei Paesi nordici (Svezia, Finlandia, Danimarca, Norvegia e Islanda), in quanto essi presentano qualche istituto giuridico dal carattere peculiare, al quale il legislatore europeo potrebbe ispirarsi per fornire una soluzione a questioni proprietarie delicate e ancora irrisolte <sup>(228)</sup>.

Va subito rilevato che il diritto di proprietà occupa una posizione tutt'altro che centrale all'interno dei sistemi scandinavi, ove manca del tutto una definizione legislativa di tale diritto. La ragione risiede principalmente negli eventi storici che hanno determinato gli attuali assetti dei sistemi giuridici scandinavi. Nei Paesi nordici, infatti, la proprietà fondiaria non è stata al centro di tensioni sociali paragonabili a quelle sviluppatasi nei Paesi dell'Europa continentale <sup>(229)</sup>. E ciò per molteplici

---

<sup>228</sup> Gli ordinamenti dei Paesi nordici rappresentano un gruppo di sistemi giuridici non facilmente collocabile all'interno della tradizionale bipartizione in famiglie di *civil law* e di *common law*. Invero, talvolta essi sono stati inquadrati all'interno della famiglia romano-germanica (Cfr. V. R. DAVID – C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Ed. Cedam, Padova, 2004), talaltra sono stati considerati come afferenti ad una famiglia giuridica autonoma (Cfr. V. K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Vol. 1: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998). Ad ogni modo, ciò che interessa ai nostri fini è evidenziare taluni aspetti peculiari del diritto nordico sulla proprietà, allo scopo di fornire un possibile modello per la futura normativa europea.

<sup>229</sup> Come si è visto nelle pagine precedenti, una delle ragioni principali della riscoperta della tradizione romanistica nei sistemi giuridici continentali è rappresentata dagli eventi rivoluzionari che

ragioni. Anzitutto, la scarsa densità della popolazione ha mantenuto a bassi livelli la pressione economica sui fondi. Inoltre, nei Paesi scandinavi non si è affermata un'organizzazione feudale assimilabile a quella degli ordinamenti continentali. La proprietà fondiaria attribuiva al soggetto che ne era titolare il controllo esclusivo del bene e dunque escludeva in radice quella moltiplicazione dei "proprietari" dello stesso fondo che aveva caratterizzato i sistemi feudali. Solo intorno al XVII secolo, quando nei Paesi continentali il sistema feudale era ormai avviato verso il declino, l'aristocrazia scandinava (e soprattutto quella svedese) tentò di accaparrarsi privilegi mediante l'introduzione del sistema del doppio dominio, in base al quale il *dominium directum* spettava al signore e il *dominium utile* a colui che lavorava la terra e la rendeva produttiva. Il tentativo incontrò, tuttavia, la resistenza politica dei contadini, che seppero difendere pacificamente i propri diritti attraverso l'azione dei loro rappresentanti all'interno del parlamento svedese. Proprio la capacità del sistema socio-politico scandinavo di gestire i conflitti sociali attraverso i canali istituzionali ha impedito eventi rivoluzionari e fatto sì che la proprietà non si affermasse come "diritto sacro e inviolabile", pietra miliare del sistema e perno attorno al quale costruire l'intera struttura ordinamentale. Un'altra fondamentale causa della debolezza dell'istituto proprietario nei Paesi scandinavi fu il ritardo con cui la borghesia si affermò come classe sociale egemone, il che le impedì di incidere profondamente sulle strutture fondamentali del sistema giuridico. In effetti, mentre negli ordinamenti continentali l'avvento dei codici ha rappresentato un segno di discontinuità rispetto al passato e l'occasione per l'affermazione dei valori borghesi, i testi normativi dell'area scandinava seguirono il solco tracciato dalla tradizione medievale. Di conseguenza, la proprietà (diritto sacro per la classe borghese, ma non per quella aristocratica) ha sempre avuto agli occhi dei giuristi scandinavi una rilevanza modesta <sup>(230)</sup>.

In senso contrario rispetto a questa conclusione sembrerebbero deporre le previsioni costituzionali dei Paesi nordici sulla proprietà, in quanto la loro formulazione ricalca quella tipica delle Costituzioni degli Stati dell'Europa

---

condussero alla caduta dell'*Ancient Regime* e all'abolizione dell'antico sistema fondiario di stampo feudale. Invero, un tale sistema, che configurava le appartenenze come situazioni relative (frutto di concessioni a fronte dell'assunzione di obblighi e vincoli di fedeltà), non poteva sopravvivere allo sviluppo dei commerci e alla conseguente emersione della classe borghese, che, insieme alla classe contadina, manifestò ben presto il proprio malcontento nei confronti di un sistema che privilegiava il ceto nobiliare. I contadini tentavano di difendere gli antichi diritti collettivi sulle terre dagli abusi del potere regio ed aristocratico e la classe borghese, a partire dal XVI secolo, iniziava a far sentire il proprio crescente peso sociale, costruito sull'abilità nel commercio, sulla ricchezza e quindi sulla proprietà. Da ciò deriva la centralità della proprietà privata nel contesto delle codificazioni ottocentesche. Emblema di ciò è la struttura sistematica del *Code civil* francese, che fa perno proprio sulla proprietà, come confermano i titoli dei vari libri: "Delle persone", "Dei beni e delle diverse modifiche della proprietà", "Dei diversi modi di acquistare la proprietà".

<sup>230</sup> Cfr., sul punto, A. SIMONI – F. VALGUARNERA, *La tradizione giuridica dei paesi nordici*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, pp. 75 e ss.

continentale e, talvolta, addirittura delle Carte dei diritti di impostazione liberale. Ad esempio, la Costituzione danese definisce la proprietà come “diritto inviolabile” e ammette l’esproprio dei beni che ne formano oggetto soltanto se ciò è richiesto dal pubblico interesse, in conformità alle previsioni di legge e dietro pagamento di un pieno indennizzo <sup>(231)</sup>. Anche la Costituzione finlandese garantisce la protezione della proprietà e ammette l’espropriazione solo per esigenze pubbliche e dietro pieno indennizzo, in conformità a quanto stabilito dalla legge <sup>(232)</sup>. Similmente, la Costituzione norvegese stabilisce che se il benessere dello Stato lo richiede, qualsiasi persona deve cedere la sua proprietà mobile o immobile per l’uso pubblico e, in cambio, riceverà il pieno indennizzo <sup>(233)</sup>. Più articolata è la previsione contenuta nel testo costituzionale svedese, in base al quale la proprietà di ogni individuo deve essere così garantita che non si può essere costretti da espropriazioni (o da provvedimenti simili) a cedere la proprietà alle istituzioni pubbliche o a un soggetto privato, o tollerare restrizioni da parte delle istituzioni pubbliche sull’uso di terreni o edifici, salvo che ciò sia necessario per soddisfare interessi pubblici urgenti. Inoltre, sempre secondo la Costituzione svedese, una persona che è costretta a cedere la proprietà mediante espropriazione avrà diritto al pieno indennizzo per la sua perdita; indennizzo che deve essere garantito anche a favore delle persone il cui uso di terreni o edifici sia stato limitato dalle istituzioni pubbliche in modo tale da comprometterne in modo sostanziale l’uso ovvero che abbiano subito un danno rilevante in relazione al valore di quella proprietà <sup>(234)</sup>.

Al di là di queste dichiarazioni di principio, tuttavia, la tutela garantita alla proprietà negli ordinamenti nordici risente del sostrato culturale che ne sta alla base. Invero, dato che il riconoscimento di un diritto di proprietà attribuisce al soggetto che ne è titolare poteri meno ampi rispetto a quanto avviene nei sistemi di *civil law*, è possibile che interventi volti a limitare i poteri di godimento spettanti al proprietario, che potrebbero essere qualificati come espropriazioni sostanziali in altri ordinamenti,

---

<sup>231</sup> Cfr. Sez. 73 Cost. danese, di cui è reperibile una traduzione in lingua inglese al seguente indirizzo: [https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark\\_1953.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf?lang=en).

<sup>232</sup> Cfr. Sez. 15 Cost. finlandese (per la traduzione in lingua inglese v.: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>).

<sup>233</sup> Cfr. art. 105 Cost. norvegese, di cui si trova una traduzione in lingua inglese al seguente indirizzo: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat/6fa4d35e5e3025394125673e00508143/eee956c813a2da0ec1256a870049de0c/%24FILE/Constitution.pdf>.

<sup>234</sup> Cfr. cap. 2, art. 15, Cost. svedese, di cui è reperibile una traduzione in lingua inglese al seguente indirizzo: <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf>.

non comportino in base al diritto dei Paesi nordici il riconoscimento di un indennizzo a favore del proprietario <sup>(235)</sup>.

### § 7.1. (Segue). Il “diritto di accesso alla natura”: un modello per una disciplina europea dei “beni comuni”?

Emblema di questa ontologica debolezza del diritto di proprietà è la previsione contenuta nel quarto comma dell’art. 15 (cap. 2) della Costituzione svedese, in forza del quale ciascuno deve avere accesso alla natura secondo l’*allemansrätt* (termine che, tradotto letteralmente, significa “*diritto di ogni uomo*”) <sup>(236)</sup>.

---

<sup>235</sup> Cfr. A. SIMONI – F. VALGUARNERA, *La tradizione giuridica dei paesi nordici*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, pp. 84 e ss.; l’Autore richiama, a titolo esemplificativo, le ipotesi in cui si riconosca ai terzi il diritto di passaggio su terreni privati.

<sup>236</sup> L’art. 15 (cap. 2) della Costituzione svedese è frutto di un compromesso tra le due forze politiche egemoni e contrapposte nel contesto svedese: da un lato, il partito socialdemocratico, che persegue gli obiettivi della costruzione di uno stato sociale forte e della redistribuzione della ricchezza e dunque propende per un concetto di proprietà come diritto cedevole di fronte alle esigenze pubblicistiche; dall’altro, la coalizione borghese, che persegue l’obiettivo del rafforzamento della proprietà privata. In questa prospettiva, con la riforma costituzionale del 1994, si è tentato di fornire una solida tutela al diritto di proprietà (cfr. commi 1 e 2), anche al fine di evitare una possibile violazione dell’art. 1 Prot. 1 CEDU; al tempo stesso, tuttavia, è stato posto un limite espresso ai poteri del proprietario riconoscendo ai terzi il diritto di avere “accesso alla natura” (cfr. comma 4), cioè di partecipare alle utilità derivanti dal bene che forma oggetto di proprietà.



Il “*diritto di accesso alla natura*” – riconosciuto alla collettività dagli ordinamenti di Svezia <sup>(237)</sup>, Norvegia <sup>(238)</sup>, Finlandia <sup>(239)</sup> e Islanda <sup>(240)</sup> – rappresenta una di quelle peculiarità giuridiche nordiche che potrebbe suscitare l’interesse del legislatore europeo in una prospettiva di armonizzazione della disciplina proprietaria. Esso si

---

<sup>237</sup> In Svezia la disciplina dell’*Allemansrätt* ha origine consuetudinaria. Talune regole sono state, inoltre, ricavate dalla giurisprudenza mediante l’interpretazione *a contrario* di due norme della *Brottsbalk* (ossia del codice penale svedese, reperibile al seguente indirizzo: [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700\\_sfs-1962-700](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700_sfs-1962-700)). La prima è il cap. 12 § 2 a, che sanziona chi, in una foresta o in un campo, raccolga illegalmente erba, rami, cortecce, foglie, bastoni, ghiande, noci o resina, pietra, ghiaia, zolle o cose simili. La norma è stata interpretata nel senso che, vietando soltanto la raccolta di alcuni frutti specifici, permette la raccolta degli altri. La seconda disposizione di riferimento è il cap 12 § 4, che vieta il passaggio abusivo su un terreno che si trovi nelle immediate vicinanze di abitazioni (*tomt*), su piantagioni o su altro terreno che può essere danneggiato dall’altrui attraversamento. Da essa si ricava la liceità del passaggio nei terreni diversi da quelli espressamente menzionati, purché il loro attraversamento non arrechi danno al proprietario (come potrebbe avvenire nel caso di attraversamento con veicoli a motore).

<sup>238</sup> In Norvegia il diritto di accesso alla natura è disciplinato nella *Friluftsloven* (“*Legge sulla vita all’aria aperta*”, reperibile al seguente indirizzo: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1957-06-28-16>), il cui cap. II § 13 vieta al proprietario o utilizzatore del terreno di chiudere il proprio fondo per impedire il passaggio, lo stabilimento, il nuoto o la raccolta di frutti che avvengano in conformità alle previsioni della stessa legge, salvo che la chiusura del fondo sia necessaria per la tutela dei suoi legittimi interessi e non sia indebitamente pregiudizievole per il pubblico interesse. In base al diritto norvegese, l’accesso al fondo altrui è consentito a condizione che esso non danneggi il fondo e non avvenga ad una distanza tanto breve dall’abitazione da violare la sfera privata del proprietario.

<sup>239</sup> In Finlandia l’*Allemansrätt* consiste nel diritto, riconosciuto a ciascun consociato, di camminare, sciare, andare a cavallo o andare in bicicletta liberamente in campagna, tranne che nei giardini o nelle immediate vicinanze delle case delle persone. È anche possibile accamparsi temporaneamente nelle campagne, a una distanza ragionevole dalle case, raccogliere campioni di minerali, bacche selvatiche, funghi e fiori (purché non siano specie protette). Si può pescare con una canna e una lenza, remare, navigare o usare un motoscafo sui corsi d’acqua (con alcune restrizioni) e nuotare o fare il bagno sia nelle acque interne che in mare. Infine, è possibile camminare, sciare e pescare sui laghi ghiacciati, i fiumi e il mare. In ogni caso, il diritto di accesso alla natura è riconosciuto soltanto a condizione che non si danneggi l’ambiente, gli animali selvatici o il proprietario terriero. In particolare, è vietato tagliare o danneggiare alberi, raccogliere legna, muschi o licheni su proprietà altrui, accendere fuochi senza il permesso del proprietario terriero (eccetto in caso di emergenza), disturbare la *privacy* delle abitazioni o fare troppo rumore, lasciare rifiuti o guidare veicoli fuoristrada senza il permesso del proprietario del fondo (per un approfondimento sulla legislazione finlandese in materia, cfr. il documento contenuto al seguente indirizzo: [file:///C:/Users/User/Downloads/jokamichenoikeus\\_englanti\\_12-2017.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/jokamichenoikeus_englanti_12-2017.pdf)).

<sup>240</sup> In Islanda, in base alla legge sulla protezione dell’ambiente del 22 marzo 1999 (di cui è reperibile una traduzione in lingua inglese al seguente indirizzo: [https://www.ust.is/library/Skrar/Atvinnulif/Log/Enska/The\\_Nature\\_Conservation\\_Act.pdf](https://www.ust.is/library/Skrar/Atvinnulif/Log/Enska/The_Nature_Conservation_Act.pdf)), è consentito l’accesso ai terreni incolti e il soggiorno per brevi periodi di tempo su fondi di proprietà privata e la raccolta di bacche, sebbene i proprietari terrieri possano limitare l’accesso di terzi al proprio fondo mediante cartelli o altri segni, purché ciò non ostacoli il passaggio di escursionisti lungo fiumi, laghi o sentieri.

sostanza nel diritto, riconosciuto a ciascuno dei consociati, di passeggiare sul terreno altrui, raccogliere limitate quantità di frutti naturali, e persino soggiornarvi (ad esempio in una tenda da campeggio) per un arco temporale limitato.

Tale istituto affonda le sue radici nella peculiare concezione della proprietà fondiaria dei Paesi nordici, che non attribuisce al suo titolare quel potere di escludere chiunque dal godimento del proprio fondo (il c.d. *ius excludendi alios*) proprio della cultura giuridica di *civil law* <sup>(241)</sup> e condiviso anche dai sistemi di *common law* <sup>(242)</sup>. Nei sistemi giuridici nordici, invece, non solo è consentito a ciascuno l'accesso all'altrui fondo, ma, in mancanza di regole che riservano in via esclusiva al proprietario il diritto di sfruttare il fondo a scopo di lucro, si riconosce ai terzi persino il potere di sfruttare l'*allemansträtt* per trarne un profitto, a condizione che l'attività di sfruttamento del fondo altrui non arrechi al proprietario un danno tale da superare la soglia della ragionevolezza <sup>(243)</sup>. L'istituto dell'*allemansträtt* ha assunto un ruolo sociale così rilevante nei Paesi nordici da non poter essere considerato come un semplice spazio di generica libertà che un diritto di proprietà troppo debole non riesce a comprimere. Si tratta, viceversa, di un istituto che, accanto al diritto di proprietà, costituisce un fondamentale punto di riferimento nella disciplina dei rapporti tra i soggetti e gli oggetti del mondo fisico.

La considerazione dell'istituto dell'*allemansträtt* nell'ambito di una riflessione sull'esigenza di armonizzare taluni aspetti del diritto di proprietà nell'ambito dell'Unione europea appare particolarmente utile allo scopo di superare talune discrasie che rimangono irrisolte tanto nei sistemi continentali quanto in quelli di *common law*. Anzitutto, l'evoluzione storica cui è andata incontro la disciplina della proprietà nei sistemi di *civil law* e di *common law* ha condotto verso un progressivo e inerosabile allontanamento dall'idea per cui il proprietario gode del pieno potere di escludere i terzi da ogni possibilità di godimento del bene di cui egli è titolare. Già a partire dalla Costituzione di *Weimar*, infatti, il principio della funzione sociale della proprietà assume preponderanza sull'interesse egoistico del proprietario a sfruttare in

---

<sup>241</sup> Numerose norme degli ordinamenti giuridici continentali esprimono tale principio: a titolo esemplificativo, l'art. 647 del *Code civil* riconosce al proprietario il diritto di chiudere il fondo; in senso analogo dispone l'art. 841 del codice civile italiano e l'art. 637 del codice penale italiano punisce addirittura come reato l'ingresso abusivo nel fondo altrui.

<sup>242</sup> I rimedi tradizionalmente concessi dal *common law* a tutela della terra erano il *writ of right* e le *assizes*. L'oggetto della tutela garantita da queste *forms of action* era la *seisin*, ovvero il godimento dei diritti sulla terra derivanti dal rapporto feudale. Esse costituivano azioni recuperatorie, consentendo al *tenant* che fosse stato espulso dal fondo di rientrarne in possesso. Tuttavia, non fornivano alcuna tutela nel caso di irruzione violenta, ma puramente momentanea, perché non erano dirette a garantire un risarcimento dei danni. Tale problema venne risolto con l'elaborazione del *writ of trespass*, un rimedio con funzione risarcitoria che si sviluppa in Inghilterra intorno alla metà del XIII secolo e che viene concesso a favore della vittima di un'invasione violenta ed ingiustificata del fondo.

<sup>243</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. A. SIMONI – F. VALGUARNERA, *La tradizione giuridica dei paesi nordici*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, pp. 88 e ss.

via esclusiva le utilità derivanti dal bene di cui questi è titolare. Invero, l'art. 153 della suddetta Costituzione disponeva espressamente che «*La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*». In questa norma affondano le loro radici i principi successivamente sanciti nell'art. 14, comma 2, della *Grundgesetz* tedesca, in base al quale «*la proprietà impone degli obblighi. Il suo uso deve anche servire al bene comune*» e l'art. 42, comma 2, della Costituzione italiana, che affida alla legge non solo il compito di riconoscere e garantire la proprietà, ma anche quello di determinarne i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale, intesa non solo e non tanto come insieme di limiti e vincoli all'esercizio del potere proprietario, ma soprattutto come strumento per definire il contenuto stesso del diritto, per circoscrivere sin dall'origine i poteri spettanti al proprietario in modo da assicurare che il loro esercizio non pregiudichi la realizzazione dell'interesse generale. Più di recente, la funzione sociale è stata configurata anche come «*potere di una molteplicità di soggetti di partecipare alle decisioni riguardanti determinate categorie di beni*»<sup>(244)</sup>. Tali concezioni, radicate nel contesto culturale europeo, implicano che il concetto di proprietà come diritto sacro e inviolabile sia ormai superato a favore di una proprietà che non solo è comprimibile allo scopo di perseguire i preminenti interessi della collettività, ma che talvolta, avendo ad oggetto cose che rappresentano il punto di riferimento oggettivo di una molteplicità di interessi, esige anche la partecipazione dei soggetti portatori di quegli interessi alle decisioni relative a quei beni, affermandosi così un modello proprietario partecipativo in sostituzione del tradizionale modello esclusivo.

Queste riflessioni conducono all'emersione di nuove categorie di beni, in relazione ai quali si pone il delicato problema di individuare le regole che devono disciplinarne l'appartenenza. Si tratta del tragico problema dei beni comuni, che da decenni affligge i moderni ordinamenti giuridici senza che si riesca a individuarne una definitiva soluzione<sup>(245)</sup>, poiché si ha a che fare con situazioni essenziali che richiedono modalità di gestione dei beni che non siano individualistiche ed esclusive (dunque, alternative rispetto alla classica logica proprietaria)<sup>(246)</sup> ma che rispondano ad una logica inclusiva, e che non possono essere adeguatamente regolate mediante iniziative intraprese da singoli Stati, ma vanno affrontate in chiave sovranazionale,

---

<sup>244</sup> S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, op. cit., p. 463.

<sup>245</sup> Per un approfondimento sul dibattito dottrinale relativo ai c.d. beni comuni, cfr. U. MATTEI, *Beni comuni*, in Enc. dir., Annali VII, 2014; IDEM, *Beni comuni. Un manifesto*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2011.

<sup>246</sup> Sul punto, C. B. MACPHERSON, *Liberal-Democracy and Property*, in ID. (a cura di), *Property. Mainstream and Critical Positions*, Oxford, 1978, p. 201, osserva che «La proprietà [...] non ha bisogno d'essere confinata, come ha fatto la teoria liberale, nel diritto di escludere gli altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni, ma può egualmente consistere in un diritto individuale a non essere escluso ad opera di altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni».

giacchè deve essere loro garantita una protezione globale <sup>(247)</sup>. In questa prospettiva, un intervento normativo dell'Unione europea potrebbe rivelarsi essenziale. E l'istituto dell'*allemansträtt* potrebbe rappresentare un punto di riferimento particolarmente utile per il legislatore europeo al fine di predisporre una disciplina dei beni comuni che, da un lato, sottragga detti beni alla logica proprietaria escludente, riconoscendo a tutti i consociati il diritto di accesso alle utilità che il bene (comune) è in grado di fornire, a prescindere dalla circostanza che tale bene sia oggetto di proprietà pubblica ovvero di proprietà privata <sup>(248)</sup>; e, dall'altro, consenta di evitare la c.d. "*tragedia degli anticommons*", ossia la sottoutilizzazione delle loro potenzialità <sup>(249)</sup>.

In definitiva, la disciplina dei beni comuni deve essere in grado di finalizzarne l'utilizzo al perseguimento dell'interesse generale, indipendentemente dalla natura, privatistica ovvero pubblicistica, del soggetto che ne è il titolare formale. Un tale risultato può esser raggiunto soltanto facendo in modo che tutti possano accedervi e che nessuno possa escluderne gli altri dal godimento. La caratteristica propria dei beni comuni è, infatti, quella di essere beni "a titolarità diffusa" <sup>(250)</sup>, che, per, per la loro ontologica propensione a realizzare interessi generali, devono essere condivisi e gestiti in modo che siano garantite, da un lato, l'effettiva partecipazione di ciascuno al loro godimento, in attuazione dei principi di eguaglianza e solidarietà condivisi da tutte le tradizioni giuridiche europee <sup>(251)</sup>, e, dall'altro, affidando la loro tutela a forme di

---

<sup>247</sup> S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, op. cit., p.481, evidenzia che «è la logica del "comune", non della "comunità", a fondare lo spazio dei beni comuni, sempre più globali: a meno che, con quest'ultimo termine, non ci si voglia riferire alla "comunità umana", dunque all'opposto di una chiusura in frontiere nelle apparenze protettive, ma nella sostanza pericolosamente legate ad un'appartenenza che può produrre conflitti con chiunque abbia un'appartenenza diversa e interessi concorrenti sul medesimo bene». Per un approfondimento, cfr. anche H. MUIR WATT, *Private International Law. Beyond the Schism*, in *Transnational Legal Theory*, 3, 2011.

<sup>248</sup> Naturalmente, all'interno della macrocategoria dei beni comuni vengono ricompresi beni dalle caratteristiche molto diverse tra loro (come, ad esempio, l'acqua, il cibo, risorse naturali, internet), il che pone l'ulteriore problema di verificare in relazione a quali di questi beni l'*allemansträtt* possa costituire un modello utile per l'elaborazione di una disciplina a livello europeo. Tutti questi beni sono, tuttavia, accomunati dalla necessità, per i legislatori, di sottrarli alla classica logica del dominio esclusivo, per fare in modo che di essi possa beneficiare una pluralità, nella maggior parte dei casi indeterminata, di soggetti.

<sup>249</sup> Sul punto, v. M. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, *Harv. L. Rev.* 111, no. 3, 1998, pp. 621-688.

<sup>250</sup> Così li definisce S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, op. cit., p. 472.

<sup>251</sup> Un tale diritto di accesso ai beni comuni non deve, possibilmente, esser subordinato alla disponibilità di risorse economiche, poiché tali beni devono essere sottratti alla logica del calcolo economico e ai circuiti del mercato. Ciò pone a carico dei legislatori il compito di individuare quei beni che, in quanto strutturalmente diretti alla realizzazione di interessi umani generali, devono essere liberamente accessibili, secondo una logica opposta a quella che normalmente connota gli oggetti giuridici inseriti nelle ordinarie dinamiche di mercato.

legittimazione diffusa, cioè riconoscendo a ciascun interessato il diritto di agire per garantirne la conservazione.

I sistemi giuridici dei Paesi nordici possono, dunque, offrire soluzioni giuridiche rilevanti per la soluzione delle delicate questioni proprietarie ancora irrisolte e, proprio per tale ragione, devono essere attentamente considerati nell'avviare la difficile opera di armonizzazione del diritto di proprietà nel contesto dell'Unione europea.

### **§ 8. Chiusura dell'analisi intra-sistemica ed avvio dell'indagine trans-sistemica.**

L'indagine sin qui condotta ha consentito di comprendere le profonde differenze esistenti tra le concezioni che stanno alla base della disciplina del diritto di proprietà nei principali sistemi giuridici europei: da un lato, la concezione romanistica, alla quale hanno aderito i sistemi di *civil law*, concepisce la proprietà come diritto individuale assoluto ed esclusivo spettante ad un soggetto su una cosa corporale; dall'altro, l'opposta concezione germanistica intende la proprietà come sinonimo di titolarità, identificando con il termine "proprietà" ciascuna delle singole utilità che un bene (corporale o incorporale) è in grado di fornire.

Il sistema dei diritti reali di ciascuno dei 28 Stati membri dell'Unione aderisce, nelle sue linee di fondo, ad una di queste due concezioni fondamentali: alla concezione romanistica si ispirano prevalentemente i sistemi giuridici dei Paesi continentali; a quella germanistica, la *common law* inglese, la legge gallese e quella dell'Irlanda del Nord, così come la legge irlandese ed i sistemi nordici <sup>(252)</sup>.

Ciò posto, è evidente che il primo problema di fronte al quale il legislatore europeo verrà a trovarsi nell'intraprendere la complessa opera di armonizzazione della disciplina proprietaria sarà quello di scegliere il modello ideologico di base su cui costruire la normativa europea. Si tratta di una scelta fondamentale non solo da un punto di vista teorico – dato che l'intero sistema dovrà essere costruito in maniera coerente rispetto ad essa –, ma anche da un punto di vista pratico, perché dalla determinazione di ciò che è proprietà (e, correlativamente, di ciò che non lo è) dipende l'individuazione della disciplina concretamente applicabile per risolvere i problemi emergenti nel contesto sociale ed economico.

Ciò posto, è necessario domandarsi verso quale tra le soluzioni prospettate dovrebbe propendere il legislatore europeo. La scelta più saggia sembrerebbe quella di costruire la normativa europea sulla base del concetto romanistico di "*dominium*". Ciò soprattutto perché il concetto di proprietà strettamente inteso rappresenta l'unico possibile denominatore comune a tutti i sistemi giuridici europei. Invero, l'idea

---

<sup>252</sup> Sul punto, v. B. AKKERMANS, *The Use of the Functional Method in European Property Law*, op. cit., p. 97.

romanistica di proprietà non è del tutto estranea alla cultura dei giuristi di *Common law*, come è reso palese dalla circostanza che Blackstone, nei suoi “*Commentaries*”, afferma che la proprietà consiste nel libero uso, godimento e disposizione da parte del titolare di tutti i suoi beni, salvo quanto previsto dalle leggi <sup>(253)</sup>, formulando così una definizione di proprietà che non si discosta da quelle contenute nei codici civili dei Paesi continentali. Anche in chiave moderna, del resto, il concetto di proprietà che caratterizza i sistemi giuridici continentali è sostanzialmente analogo al concetto di “*ownership*” proprio della tradizione inglese. Viceversa, la *property law* inglese rappresenta un sistema di norme dai confini particolarmente sfuggenti e comprende molteplici concetti (*freehold, leasehold, estate, tenure*) che sono estranei alla cultura del giurista di *civil law* ed il cui recepimento all’interno dei sistemi giuridici continentali determinerebbe estrema confusione, rendendo difficile l’integrazione tra diritto europeo e regole nazionali preesistenti. Del resto, anche da un punto di vista economico il concetto romanistico di proprietà come diritto unitario ed esclusivo sulla cosa si lascia preferire rispetto a quello germanistico di proprietà come potere di sfruttamento di una delle tante utilità economiche connesse al bene, poiché una eccessiva frammentazione dei poteri di godimento e disposizione delle cose porta ad un uso inefficiente delle risorse <sup>(254)</sup>. Infine, considerata l’imminente uscita della Gran Bretagna dall’Unione europea (c.d. *Brexit*), è decisamente poco probabile che il legislatore europeo utilizzi proprio il sistema di *common law* come modello di base per costruire la propria normativa sul tema proprietario. Ad ogni modo, l’adesione al modello romanistico non esclude la necessità che il legislatore europeo tenga

---

<sup>253</sup> V. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893, Vol. 1, Books I – II, p. 103 (reperibile al seguente indirizzo: <https://www.nationallibertyalliance.org/files/docs/Books/Blackstone%20vol%201.pdf>), ove l’Autore dichiara che la *property* «consists in the free use, enjoyment, and disposal of all his acquisitions, without any control or diminution, save only by the laws of the land». L’esame del diritto di proprietà viene approfondito nelle pagine successive, ove si evidenzia che gli “*jura rerum*” sono «those rights which a man may acquire in and to such external things as are unconnected with his person. These are what the writers in natural law style the rights of dominion, or property. There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe» (p. 304). L’Autore formula anche una classificazione delle cose che formano oggetto della proprietà, che non differisce dalla bipartizione, propria dei sistemi di *Civil law*, dei beni in immobili e mobili: «The objects of dominion or property are things, as contradistinguished from persons: and things are by the law of England distributed into two kinds, things real and things personal. Things real are such as are permanent, fixed, and immovable, which cannot be carried out of their place; as lands and tenements: things personal are goods, money, and all other movables; which may attend the owner’s person wherever he thinks proper to go» (p. 313).

<sup>254</sup> Per un approfondimento sul punto, v. M. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, Harv. L. Rev. 111, no. 3, 1998, pp. 621-688. L’Autore evidenzia che quando troppe persone sono autorizzate a usare la proprietà senza che nessuna di queste abbia il diritto di escluderne altre risulta particolarmente difficile assumere decisioni efficienti sul modo in cui utilizzare la proprietà e, in ultima analisi, determina un sottoutilizzo del bene.

adeguatamente in conto il sistema di *common law*, soprattutto quando si tratti di disciplinare a livello europeo istituti che hanno origine in detta tradizione: emblematico è il caso del *trust*, la cui elaborazione si deve alla giurisdizione di *Equity*, ma la cui diffusione è ormai talmente ampia negli Stati membri dell'Unione da porre l'esigenza di valutare la compatibilità dell'istituto con i principi fondamentali che regolano il mercato comune europeo.

Le considerazioni sin qui svolte ci inducono ad affermare la necessità di sviluppare in una direzione nuova il metodo comparativo, tradizionalmente rispondente a scopi descrittivi piuttosto che normativi, cioè volto ad indagare similitudini e differenze tra le normative dei diversi Stati. Una tale prospettiva d'indagine "orizzontale", tuttavia, non è più adeguata a far fronte alle mutate esigenze della realtà normativa, sociale ed economica del XXI secolo. L'avvento dell'Unione europea ha, infatti, determinato una profonda evoluzione del diritto privato comparato moderno, chiamato ad abbandonare la tradizionale funzione descrittiva a favore di una nuova dimensione normativa: lo studioso di diritto privato, oggi, non può più dedicarsi esclusivamente al confronto orizzontale dei sistemi giuridici, ma deve assumere un compito ulteriore e ancor più complesso, ossia quello di rendere il confronto orizzontale propedeutico allo sviluppo, ove necessario, di una nuova normativa in chiave europea. Il diritto privato diviene quindi "europeo", nel senso di funzionale alla dinamica verticale dell'integrazione europea, il cui scopo ultimo è quello di garantire la concreta attuazione dei principi del diritto costituzionale economico europeo (tra i quali spiccano quelli relativi alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali).

In questa nuova dimensione, connessa al processo di integrazione europea, anche la tradizionale prospettiva d'indagine orizzontale acquista un significato nuovo, poiché – nel contesto del Mercato Europeo Comune e, in particolare, della teoria dell'*acte clair* formulata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea <sup>(255)</sup> –, serve a valutare se, in presenza di una pronuncia della Corte che qualifica una certa norma nazionale in materia di proprietà come un ostacolo per il corretto funzionamento del mercato, una disposizione analoga di un altro Stato membro debba esser ritenuta altrettanto idonea a impedire il libero scambio tra Paesi membri <sup>(256)</sup>.

Tuttavia, nella realtà normativa, sociale ed economica contemporanea la comparazione mira non solo e non tanto a scoprire come determinati istituti giuridici siano disciplinati nei diversi Stati membri, ma soprattutto a valutare se le norme

---

<sup>255</sup> Com'è noto, in base a questa teoria, se una sentenza o una regola giuridica sono sufficientemente chiari, uno Stato membro non ha l'obbligo di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Cfr. Corte di Giustizia C.e., Causa 283/81, *CILFIT e Lanificio di Gavardo S.p.A. c. Ministero della sanità*, 6 Ottobre 1982.

<sup>256</sup> Cfr. B. AKKERMANS, *The Use of the Functional Method in European Property Law*, op. cit., pp. 113 e ss.

nazionali di diritto privato attualmente in vigore ostacolano il funzionamento del mercato comune.

L'approccio che adotteremo nel prosieguo del presente lavoro ha, dunque, carattere normativo piuttosto che descrittivo, in quanto non si limita a descrivere le analogie e le differenze esistenti tra le diverse discipline nazionali della proprietà, ma mira ad individuare quelle disomogeneità normative che ostacolano il corretto funzionamento del mercato, perché impediscono (o comunque rendono difficoltoso) il commercio tra gli Stati membri. In tale contesto, il legislatore europeo dovrà adattare le discipline nazionali alle esigenze del mercato unico e i legislatori nazionali dovranno adeguare le loro regole alle indicazioni provenienti dall'Unione.

Chiarito l'approccio metodologico di cui ci avvalremo nel prosieguo della presente indagine, è ora possibile compiere un passo ulteriore verso l'individuazione dei principi fondamentali, comuni a tutte le tradizioni giuridiche degli Stati membri, di cui l'Unione europea dovrà tener conto qualora decida di armonizzare taluni aspetti della disciplina proprietaria. Nel tentativo di enucleare detti principi, indagheremo, attraverso un'analisi trans-sistemica, gli elementi essenziali che compongono il nucleo del diritto di proprietà. Solo dopo aver delineato i principi fondamentali (e dunque aver costruito una solida base per la nuova normativa europea) sarà possibile spostare la prospettiva d'indagine verso l'intricatissimo campo delle regole operative, nel tentativo di individuare quei profili della disciplina della proprietà rispetto ai quali le esigenze di armonizzazione appaiono particolarmente pressanti <sup>(257)</sup>.

---

<sup>257</sup> In dottrina è stato proposto un interessante modello trans-sistemico per descrivere i confini della c.d. *property law*. Per un approfondimento sul punto cfr. E. RAMAEKERS, *What is Property Law?*, Oxford Journal of Legal Studies, 2017, pp. 1-30 .



### CAPITOLO III. ANALISI TRANS-SISTEMICA. ARMONIZZAZIONE DEGLI ELEMENTI STRUTTURALI DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ.

#### § 1. Premessa metodologica.

Il percorso di indagine sin qui compiuto consente di individuare una serie di punti essenziali per il prosieguo della ricerca. Anzitutto, si è visto che, negli Stati organizzati in economia di mercato, il diritto di proprietà rappresenta uno strumento essenziale per ottimizzare l'allocazione delle risorse. Esso contribuisce al corretto funzionamento dell'economia di mercato concedendo ai soggetti poteri con efficacia *erga omnes*, il che consente di leggere le relazioni tra le persone in termini di potere di usare e fruire delle cose. Tuttavia, la normativa che regola il diritto di proprietà è in grado di favorire l'operatività equa ed efficiente del sistema economico solo se accetta di svolgere alcune essenziali funzioni: 1) riconoscere diritti di proprietà con efficacia *erga omnes* e garantire ai loro titolari strumenti di tutela appropriati; 2) stabilire quali diritti patrimoniali intende riconoscere sul suo territorio e con quali effetti; 3) determinare quali cose possono formare oggetto dei diritti patrimoniali; 4) predisporre regole sull'acquisto, il trasferimento e l'estinzione dei diritti di proprietà <sup>(258)</sup>.

Nel prosieguo della presente indagine si tenterà di sviluppare i punti indicati, evidenziando gli spazi che, di volta in volta, si aprono per un eventuale intervento del legislatore europeo in funzione dell'armonizzazione delle regole operative. A tal fine, la prima esigenza da affrontare è quella di costruire un concetto "europeo" di proprietà capace di abbracciare tutte le tradizioni degli Stati membri, nonché di elaborarne le categorie ordinanti fondamentali. Una volta edificata una solida base teorica, destinata a costituire il collante che assicura armoniosità e sistematicità delle regole operative, si procederà con l'indagine di queste ultime, allo scopo di individuare i profili rispetto ai quali appare opportuna un'opera di armonizzazione della disciplina da intraprendere a livello europeo.

---

<sup>258</sup> Cfr. C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, op. cit., pp. 30-31.

## § 2. Il concetto “europeo” di proprietà.

In tutti i sistemi giuridici, siano essi appartenenti alla tradizione di *civil law* ovvero a quella di *common law*, il diritto di proprietà (o la c.d. *ownership*) è inteso come il diritto assoluto di più ampia portata (dal punto di vista dei poteri che ne scaturiscono) che un ordinamento possa attribuire ad soggetto su un oggetto del mondo fisico, imponendo contestualmente a tutti gli altri soggetti il dovere di astenersi dal tenere condotte lesive di tale diritto (259). Esso costituisce il cardine del sistema dei diritti reali, tanto da essere stato identificato come il “*diritto reale primario*”, rispetto al quale vanno tenuti distinti gli altri diritti reali, ossia i c.d. “*diritti limitati*” (260), o “*diritti secondari*” (261), o “*diritti minori*” (262), come l’usufrutto (nel *civil law*), l’ipoteca (o *mortgage*) e la *leasehold* (nel *common law*).

Il diritto di proprietà può, dunque, essere definito come una relazione, giuridicamente rilevante (e quindi protetta dall’ordinamento) tra un soggetto e un oggetto del mondo fisico, dal cui riconoscimento ad opera del sistema giuridico scaturisce in capo al soggetto il potere pieno ed esclusivo di godimento e disposizione dell’oggetto. Quando si discute di diritto di proprietà, dunque, la relazione giuridica fondamentale è quella che si instaura tra il soggetto e l’oggetto; accanto a questa, tuttavia, è possibile riscontrare una relazione “secondaria”, che si instaura tra il titolare

---

<sup>259</sup> Il carattere “assoluto” del diritto di proprietà va inteso proprio nel senso di opponibilità del diritto *erga omnes* e realizzabilità dell’interesse che ne sta alla base senza che sia necessaria l’altrui collaborazione e non come totale assenza di vincoli e restrizioni all’esercizio dei poteri che l’ordinamento riconosce al proprietario sulla cosa che forma oggetto del suo diritto.

<sup>260</sup> Cfr. G. L. GRETTON, *Ownership and its objects*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, pp. 840 e ss.; tale espressione, talvolta utilizzata dallo stesso legislatore (v. l’art. 3:8 del BW olandese, a norma del quale «un diritto limitato è un diritto derivato da un diritto più ampio, che viene limitato attraverso di esso» e l’art. 244, § 1, c.c. pol., che statuisce «i diritti reali limitati sono: l’usufrutto, le servitù, il pegno, i diritti di proprietà di spazi esercitati in forma cooperativa e l’ipoteca»), appare, in realtà, impropria. Ed, infatti, il suo utilizzo è stato criticato da C. VON BAR, *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, in *Rivista di diritto civile* 3/2018, pp. 577-578, il quale ha evidenziato come «La teoria dello smembramento, alla quale questa espressione è intellettualmente collegata, potrebbe essere corretta, nel migliore dei casi, se il più esteso dei diritti – la proprietà – potesse ricoprire ogni cosa che può formare oggetto di un diritto reale (e non solo le cose corporali). La comparazione implicita con il diritto di proprietà si rivela insoddisfacente nel momento in cui il diritto civile preso in considerazione riconosce che solo un numero limitato di cose può formare oggetto di proprietà. In questo caso esso crea “diritti reali limitati” con riguardo a oggetti di diritto che non possono in alcun caso formare oggetto di proprietà. Inoltre, la teoria dello smembramento contraddice il suo stesso presupposto di partenza, giacché ciò che rimarrebbe dopo lo smembramento sarebbe soltanto una posizione residuale, non più il diritto di proprietà. I diritti non possono gemmare da altri diritti. Essi, semmai, gravano sugli altri diritti, più precisamente (con riserva di eventuali previsioni legislative in senso contrario), ogni diritto reale può gravare su un altro diritto reale. Solo il diritto di proprietà non può mai essere costituito su un altro diritto».

<sup>261</sup> V. S. VAN ERP, *European property law: a methodology for the future*, op. cit., p. 8.

<sup>262</sup> Cfr. B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, op. cit., pp. 410 e ss.

del diritto di proprietà e tutti gli altri soggetti e che impone a questi ultimi il dovere di astenersi dal tenere condotte lesive della situazione giuridica spettante al proprietario<sup>(263)</sup>. Occorre, dunque, sgomberare il campo dall'equivoco che il diritto di proprietà si sostanzia esclusivamente in una relazione tra un soggetto e un oggetto, senza che assuma alcuna rilevanza il rapporto giuridico del proprietario con gli altri individui. Invero, una relazione tra una persona e una cosa che non coinvolga, almeno potenzialmente, altri soggetti non sarebbe suscettibile di far venir alla luce quegli interessi umani che giustificano la valutazione di rilevanza giuridica da parte degli ordinamenti e quindi sarebbe, in ultima analisi, giuridicamente irrilevante<sup>(264)</sup>. Come tutte situazioni giuridiche soggettive, pertanto, anche i diritti reali spiegano necessariamente la loro efficacia nei confronti di altri individui. E ciò sia quando si tratti di esercitare i poteri di natura sostanziale conseguenti alla titolarità del diritto, poiché detto esercizio implica e presuppone l'imposizione di un correlativo dovere a carico di tutti i consociati di astenersi dal tenere condotte che possano impedirlo, sia quando si tratti di esperire i rimedi processuali che l'ordinamento riconosce al proprietario per la protezione della sua situazione giuridica sostanziale<sup>(265)</sup>, poiché non esistono azioni nei confronti delle cose, sebbene talvolta si utilizzi impropriamente l'espressione "azioni reali" (*actiones in rem* o *claims in rem*)<sup>(266)</sup>. Tale

---

<sup>263</sup> Cfr. S. VAN ERP, *European property law: a methodology for the future*, op. cit., p. 4, ove l'Autore dichiara espressamente: «The broad notion of property law which I propose is: relations between subjects, concerning objects with effect against a substantial group of other subjects».

<sup>264</sup> Sul punto, è sufficiente richiamare il celebre esempio di Robinson Crusoe: un uomo si ritrova su un'isola deserta, in cui non esistono relazioni intersoggettive e, di conseguenza, non esiste il diritto. Solo quando entra in scena il personaggio di Venerdì nasce l'esigenza di darsi delle regole giuridiche. Peraltro, prendendo le mosse da questo esempio, in dottrina si è osservato che la caratteristica fondamentale dei diritti reali è quella di sviluppare la loro efficacia nelle relazioni tra tre o più persone. Invero, fino a quando Robinson Crusoe è rimasto solo sull'isola, non era titolare di nessun diritto soggettivo, perché non esisteva alcun diritto oggettivo. Dopo l'incontro con Venerdì, vengono ad esistenza le basilari norme giuridiche che regolano le relazioni intersoggettive, ma non è ancora possibile distinguere, sulla base di queste regole, i diritti di natura personale da quelli di natura reale. Invero, questa bipartizione presuppone la presenza sull'isola almeno di un'altra persona. Cfr., sul punto, G. L. GRETTON, *Trusts without Equity*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 2000, p. 607 (nota 44: «*Robinson Crusoe had no law. When an island has two people, there must be law -ubi societal ibi ius - but only personal rights are needed, not real rights. Real rights will arrive with the third castaway*»); C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, C. H. Beck, 2015, pp. 13 e ss.

<sup>265</sup> Questo concetto è bene espresso dal § 194 del codice civile tedesco, che definisce il rimedio processuale come una "pretesa", cioè come il potere di esigere che un altro soggetto compia o si astenga dal compiere un certo atto.

<sup>266</sup> Cfr. il § 198 BGB, ove si rinviene l'espressione «*dinglicher Anspruch*», traducibile come "pretesa reale" o "azione reale". Anche nel diritto marittimo inglese si è talvolta fatto riferimento ad azioni reali: v., sul punto, *Republic of India and Others v India Steamship Co. Ltd. (No. 2)*, [1998] AC 878 (HL), criticamente commentata da C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I: Grundlagen*,

espressione è, infatti, linguisticamente inaccurata, poiché una pretesa è sempre diretta contro una determinata persona (e mai contro una cosa). Piuttosto, l'espressione "azione reale" andrebbe intesa nel senso di pretesa avente ad oggetto il libero godimento di una cosa esercitata da un soggetto (chi asserisce di essere proprietario) nei confronti di un altro soggetto (colui che, con il proprio comportamento, impedisce il libero godimento del diritto di proprietà), giacché, in concreto, la protezione che il sistema giuridico garantisce al soggetto titolare di un diritto di proprietà sorge soltanto quando un altro soggetto, attraverso il suo comportamento, viola il diritto o minaccia di violarlo.

Ciò posto, è possibile articolare la prosecuzione della nostra indagine su tre profili fondamentali per l'analisi e la comprensione del diritto di proprietà: il primo profilo di indagine avrà carattere "generale", nel senso che si occuperà di individuare i principi cardine di ogni sistema sulla proprietà e di evidenziare gli spazi che si aprono per un futuro intervento del legislatore europeo; il secondo profilo da indagare sarà quello soggettivo, che evidenzia una serie di problematiche emergenti in ordine alla titolarità delle situazioni giuridiche proprietarie; infine, il terzo profilo sarà quello oggettivo, che riguarda l'esame delle "cose" che possono formare oggetto di proprietà. L'analisi di ciascuno di questi profili ci consentirà di proseguire l'opera di costruzione di un concetto europeo di proprietà, di individuarne gli elementi invarianti e di evidenziare taluni aspetti rispetto ai quali appare necessaria un'opera di armonizzazione da parte del legislatore europeo.

### § 3. Profili generali. La proprietà "europea" come diritto assoluto.

Il punto di partenza dell'opera di costruzione di un sistema europeo della proprietà può essere individuato nella distinzione tra *iura in rem* e *iura in personam*, in quanto detta bipartizione caratterizza sia i sistemi di *civil law* che quelli di *common law* <sup>(267)</sup>.

Tradizionalmente, la bipartizione tra diritti reali e diritti di credito è stata fondata sull'opponibilità – *erga omnes* ovvero *erga personam* – della situazione giuridica. In questa prospettiva, i diritti reali, strettamente collegati ad una cosa, hanno carattere "assoluto" perché alla posizione di potere facente capo al titolare del diritto

---

*Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, op. cit., pp. 10-13.

<sup>267</sup> Sebbene nella lingua inglese legata al gergo di *common law* non esistesse un'espressione equivalente a "diritti reali", poiché l'espressione "*property rights*" designa una categoria giuridica vicina ma non coincidente con quella dei diritti reali delle tradizioni romanistiche, con l'affermarsi dell'utilizzo della lingua inglese come lingua internazionale e veicolo di comprensione fra giuristi che parlano lingue madri diverse, l'espressione "*real rights*" è divenuta perfettamente ammissibile. In tal senso, GAMBARO A., *Diritti reali (diritto internazionale e comparato)*, in Enc. dir. Annali, 1, 2007.

corrisponde, in capo a tutti i consociati, una posizione di dovere generico di astensione da condotte lesive del diritto <sup>(268)</sup> – che, tecnicamente, assume la denominazione di dovere in senso stretto – e, dunque, essi sarebbero tutelati contro chiunque <sup>(269)</sup>. Viceversa, i diritti di credito hanno carattere “relativo” in quanto alla posizione di potere facente capo al creditore corrisponde una posizione di dovere dal contenuto specifico <sup>(270)</sup> – che, tecnicamente, assume il nome di obbligo – che fa capo ad un altro soggetto ben individuato (cioè il debitore) e, dunque, essi sarebbero opponibili soltanto nei confronti di soggetti determinati (cioè dei soggetti gravati dall’obbligo) <sup>(271)</sup>. Tutti i sistemi giuridici europei attribuiscono efficacia assoluta ai diritti reali, in ciò contrapponendoli ai diritti di credito che caratterizzano il rapporto obbligatorio.

In realtà, il criterio degli effetti (*erga omnes* ovvero *erga personam*) risulta talvolta insoddisfacente ai fini della classificazione di un diritto come reale ovvero relativo. Infatti, da un lato, l’affermazione per cui al titolare di un diritto reale è riconosciuto il potere di far valere il suo diritto nei confronti di tutti gli esseri umani che popolano il pianeta Terra costituisce nient’altro che un’iperbole, cioè un riferimento metaforico volutamente alterato per eccesso, che non trova riscontro nella realtà concreta, poiché la dimensione esperienziale dimostra che i soggetti che, con il loro comportamento,

---

<sup>268</sup> Questo dovere è generico sia perché grava su tutti i consociati (e non su singoli soggetti specificamente individuati), sia perché impone al suo destinatario non uno specifico comportamento, ma semplicemente l’astensione dall’arrecare turbative al diritto altrui.

<sup>269</sup> L’opponibilità *erga omnes* delle situazioni giuridiche assolute si giustifica proprio alla luce della circostanza che esse richiedono una tutela diversificata rispetto a quella garantita ai diritti relativi, perché gli interessi che ne stanno alla base possono (almeno teoricamente) essere violati da chiunque, mentre l’interesse del creditore a ricevere la prestazione dedotta in obbligazione può essere violato solo dal suo debitore.

<sup>270</sup> Questo obbligo è specifico sia perché grava su soggetti determinati, sia perché impone al suo destinatario di tenere un preciso comportamento, di natura commissiva ovvero omissiva.

<sup>271</sup> Il principio dell’efficacia *erga omnes* dei diritti reali è condiviso anche dalla dottrina inglese della *relativity of title*, secondo cui la “property” rappresenta un concetto relativo, poiché le condizioni fisiche, giuridiche e morali di escludibilità possono variare secondo il tempo e le circostanze, ma anche perché la gamma di risorse rispetto a cui può esistere una “property” è variabile con il progresso della tecnologia (così K. GRAY, *Property in Thin Air*, in Cambridge LJ, 1991, p. 295). Invero, tale dottrina non nega la differenza tra diritti reali e rapporti obbligatori, ma intende far emergere come, nel caso in cui un soggetto agisca in giudizio per difendere il proprio diritto a utilizzare un bene nei confronti di soggetti terzi che hanno, sullo stesso bene, un diritto concorrente della stessa natura, il giudice debba verificare se l’attore ha, rispetto al convenuto, un diritto più ampio o un titolo migliore sul bene controverso. Pertanto, può affermarsi che ogni titolo produce effetti “quasi” nei confronti di tutti i terzi, poiché non è opponibile nei confronti di coloro che hanno un titolo (ancora) migliore. Questa impostazione è dovuta alla circostanza che il diritto delle cose nella tradizione di *common law* si è evoluto non verso la protezione della proprietà, ma verso la protezione del possesso di una cosa. La *possession* costituisce, di per sé, un *property right* che trae forza dal motivo alla base dell’acquisto del possesso (furto, invenzione, comodato, locazione, acquisto, ecc.). Sul punto, v. C. VON BAR, *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, in Rivista di diritto civile 3/2018, pp. 575-576.

possono impedire il pieno godimento del bene che costituisce oggetto del diritto reale costituiscono una cerchia limitata (272). Né avrebbe senso considerare l'interesse che sta alla base del diritto reale in una dimensione puramente astratta e potenziale, che prescinde dalle dinamiche della realtà concreta, poiché, per definizione, “*inter-esse*” è ciò che “*sta tra*” i consociati, che è presente nelle concrete vicende della vita quotidiana degli individui. E, in definitiva, l'interesse riconosciuto come meritevole di tutela dall'ordinamento conduce all'attribuzione, al favore del suo titolare, di una pretesa, il cui esercizio non può che avvenire nei confronti di soggetti ben determinati. Dunque, anche il diritto assoluto finisce per esprimere una pretesa del soggetto che, concretamente, si esplica soltanto nei confronti di una cerchia più o meno ristretta di soggetti.

Dall'altro lato, il diritto di credito, pur sostanziandosi in un vincolo giuridico che lega esclusivamente soggetti determinati mediante un assoggettamento del debitore al creditore, può assumere rilevanza anche all'esterno, cioè nei confronti dei terzi. Per comprendere questa dinamica, occorre tenere ben distinti due piani differenti. Sul piano interno, funzionale alla realizzazione dell'interesse che sta alla base del rapporto obbligatorio, i soggetti coinvolti sono esclusivamente debitore e creditore. Ne deriva che solo il debitore è obbligato all'adempimento, cioè all'esecuzione della prestazione che realizza l'interesse del creditore. Ma il diritto di credito è un bene giuridico che fa parte del patrimonio del creditore. E proprio per tale ragione il rapporto obbligatorio assume rilevanza anche sul piano esterno, poiché tutti i consociati sono tenuti a rispettare i beni altrui. Il diritto di credito, dunque, in quanto bene giuridico, entra a far parte del patrimonio del soggetto e, in tal modo, diviene oggetto di un distinto diritto, di natura assoluta, alla protezione *erga omnes* del patrimonio contro le condotte lesive dei consociati (273).

Sul punto, va evidenziato che l'interesse che sta alla base della rilevanza esterna del diritto di credito è diverso da quello che sta a fondamento della sua efficacia interna: mentre quest'ultimo si sostanzia nella pretesa a ricevere la prestazione dovuta dal debitore, il primo coincide con la pretesa al rispetto dei propri beni giuridici da parte dei terzi, cioè con la pretesa a che i terzi non impediscano, con il loro comportamento, il pieno godimento del bene. Nel caso in esame, il godimento del bene consiste nel ricevere la prestazione dovuta da parte del debitore. Dunque, viola

---

<sup>272</sup> Se un soggetto è titolare di un diritto reale su un bene sito in un certo luogo della Terra, il suo diritto non potrà, in concreto, essere leso dalle persone che vivono a centinaia di chilometri di distanza dal luogo in cui è situato il bene. Pertanto, solo un insieme limitato di soggetti, cioè coloro che in concreto entrano in contatto con il bene, potrà violare il diritto reale.

<sup>273</sup> Cfr. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, op. cit., p. 279, ove, con riferimento alla questione della tutela aquiliana del credito, si osserva che «*quello che, sotto un certo profilo, si definisce diritto di credito subisce una radicale trasformazione nella sua rilevanza giuridica, cioè una trasformazione concettuale. Avviene, cioè, che, essendo connesso con un fenomeno di godimento, esso non rileva più da un punto di vista soggettivo, bensì da un punto di vista oggettivo; cessa di essere un “potere”, diventa un “bene”*».

il diritto (assoluto) a godere pienamente del diritto (relativo) di credito chi, con il proprio comportamento, impedisce l'esecuzione della prestazione dovuta dal debitore. Ecco allora che il diritto di credito assume rilevanza esterna perché impone ai terzi di tenere un comportamento tale da non ostacolare il regolare sviluppo della relazione tra il creditore e il debitore (274). Pertanto, se un fatto del terzo (ad esempio, l'uccisione del debitore) impedisce al creditore di ottenere il soddisfacimento del proprio interesse, il titolare del diritto relativo dovrà essere risarcito del danno subito a causa della condotta del terzo (275). Naturalmente, la responsabilità di quest'ultimo non avrà natura contrattuale – poiché egli, non essendo debitore, non era tenuto ad eseguire la prestazione realizzativa dell'interesse che sta alla base del rapporto obbligatorio e dunque non pone in essere un inadempimento –, ma extracontrattuale, avendo egli violato un bene giuridico altrui e dunque posto in essere un comportamento illecito causativo di danno ingiusto.

Del resto, alcuni ordinamenti giuridici dei Paesi membri dell'Unione riconoscono espressamente fattispecie contrattuali opponibili *erga omnes*. Un esempio è quello previsto dall'articolo 59 del codice civile polacco, ove si prevede che nel caso in cui venga concluso un contratto il cui adempimento rende totalmente o parzialmente impossibile la soddisfazione del credito di un terzo, quest'ultimo può richiedere che il contratto in questione sia dichiarato inefficace nei suoi confronti (276). La norma conferisce, dunque, ad un creditore il diritto di far dichiarare relativamente inefficace un contratto tra il suo debitore e un'altra persona, se l'esecuzione di detto contratto ostacola il soddisfacimento del suo credito, a condizione che anche l'altro contraente fosse a conoscenza del credito preesistente o che il contratto controverso non preveda alcun corrispettivo. In tal caso, dunque, il credito risulta opponibile

---

<sup>274</sup> Il che non significa che la distinzione tra diritti assoluti e relativi sia ormai superata, poiché tutte le situazioni giuridiche soggettive hanno acquisito efficacia *erga omnes*. Non pare, invero, condivisibile quanto affermato da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. II, ed. III, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 843, secondo cui «la distinzione tra situazioni assolute e relative ha [...] perso la sua giustificazione storica: al giorno d'oggi, sul fondamento del dovere di solidarietà e della conseguente responsabilità, ciascuno deve rispettare qualsiasi situazione e il titolare della stessa ha una pretesa alla sua conservazione nei confronti di chiunque».

<sup>275</sup> V., sul punto, Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, ove la Suprema Corte italiana ha chiarito che «chi, con il suo fatto doloso o colposo, cagiona la morte del debitore altrui è obbligato a risarcire il danno subito dal creditore, qualora la morte abbia determinato l'estinzione del credito e una perdita definitiva e irreparabile per il creditore medesimo».

<sup>276</sup> La fattispecie è molto simile a quella disciplinata dall'art. 2901 del codice civile italiano, che attribuisce al creditore il potere di domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, quando concorrono le seguenti condizioni: 1) che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento; 2) che, inoltre, trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione.

anche nei confronti di terzi, ma non può essere qualificato come diritto reale, dato che la legge polacca annovera solo gli oggetti fisici (e non i crediti) tra le cose che possono formare oggetto di diritti reali <sup>(277)</sup>.

Il novero dei contratti efficaci nei confronti dei terzi può essere ulteriormente esteso considerando l'esperienza giuridica francese, che aderisce al principio per cui i contratti producono i loro effetti soltanto tra le parti contraenti (c.d. "*effet relatif des conventions*"), art. 1199 c.c. franc.). Tuttavia, ciò non esclude che un contratto possa produrre effetti anche nei confronti dei terzi. La *Cour de cassation*, in una sentenza del 22 ottobre 1991, ha chiarito che «*se non possono essere costituiti né debitori né creditori, i terzi di un contratto possono invocare, a loro vantaggio, come fatto giuridico, la situazione creata dal contratto*» <sup>(278)</sup>. Si è, inoltre, ritenuto che i contratti il cui oggetto sia il trasferimento di un diritto reale (*contrats translatifs de droit réels*), siano opponibili *erga omnes*. Già nel 1864, la *Cour de cassation* decise che un *contrat translatif de propriété* costituisce un titolo che l'acquirente può opporre alla richiesta di consegna del bene oggetto del contratto avanzata da un terzo <sup>(279)</sup>. Il *contrat translatif de droit réel* deve necessariamente essere dotato di efficacia anche nei confronti dei terzi, perché altrimenti i creditori di un venditore potrebbero aggredire anche il bene venduto. Pertanto, senza la costruzione (ausiliaria) della *opposabilité*, in ultima analisi, non esisterebbe neanche la possibilità di trasferire un diritto reale assoluto mediante un contratto, perché, nella catena di compratori, ciascuno sarebbe "proprietario" solo in relazione al proprio venditore. È, dunque, possibile affermare che il contratto che produce il trasferimento di un diritto reale obbliga i terzi a rispettare gli effetti giuridici che scaturiscono dal contratto <sup>(280)</sup>.

Le fattispecie appena menzionate dimostrano che il criterio distintivo tra diritti reali e diritti di credito non può risiedere esclusivamente nella opponibilità (*erga omnes* ovvero *erga personam*) del diritto. Pertanto, è necessario individuare un ulteriore criterio di riferimento, che possa aiutare l'interprete a risolvere i casi dubbi. Questo secondo

---

<sup>277</sup> V. art. 45 codice civile polacco.

<sup>278</sup> Cass. com., 22 ottobre 1991, n. 302, Bull. civ. 1991, IV, p. 309.

<sup>279</sup> Cas. civ., 22 giugno 1864, D.P. 1864.1.142; S. 1864.1.349: «*Les contrats qui servent de titre et de preuve (à la propriété) sont ceux qui sont passés entre l'acquéreur et le vendeur; le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties.*».

<sup>280</sup> In realtà, la regolamentazione introdotta dal legislatore francese appare incoerente, poiché crea un conflitto tra gli artt. 1199 (efficacia relativa dei contratti) e 1196, comma 1, del codice civile francese (trasferimento della proprietà per semplice conclusione del contratto). Cfr., sul punto, C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, C. H. Beck, 2015, pp. 25 e ss. Più coerente appare la disciplina contenuta nel codice civile italiano, che, fermo restando il principio generale dell'efficacia relativa dei contratti (*ex art. 1372 c.c. ita.*, il contratto ha forza di legge tra le parti), regola espressamente anche la figura dei contratti ad efficacia reale, ossia quei contratti che, avendo ad oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, sono suscettibili di determinare l'immediato acquisto della proprietà o del diritto per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato (v. art. 1376 c.c. ita.).



criterio può essere individuato indagando la struttura delle due tipologie di situazioni giuridiche in esame. Com'è noto, la situazione giuridica è la condizione di potere o di dovere (rispettivamente, nel lato attivo e passivo del rapporto giuridico) che l'ordinamento attribuisce a (o pone a carico di) determinati soggetti per la realizzazione dei loro interessi, quando tali interessi siano stati valutati come meritevoli di tutela. Essa costituisce la risposta che l'ordinamento giuridico fornisce rispetto ai problemi posti nel fatto giuridico, cioè in quei fenomeni temporali (fatti naturali ovvero atti dell'uomo) considerati rilevanti per la dimensione giuridica perché manifestano un interesse umano reputato meritevole di tutela.

Il giudizio di meritevolezza dell'interesse emergente dal fatto avviene alla luce dell'interesse fondamentale della comunità di riferimento, cioè del valore fondamentale (c.d. *Grund-Wert*) che costituisce la sintesi onnicomprensiva di tutti gli interessi emergenti dal contesto sociale <sup>(281)</sup>. Questo valore fondamentale si specifica, in ciascuna norma, nell'effetto giuridico, che, concretizzandosi in una situazione giuridica attribuita a certi soggetti, mira a soddisfare un bisogno umano mediante la realizzazione dell'interesse giuridico che emerge dalla concreta situazione di vita definita nella fattispecie. E, per soddisfare tale interesse, l'ordinamento giuridico non può che fare affidamento sull'attività dei soggetti membri della comunità di riferimento, poiché le attività dei soggetti giuridici sono le sole forze di cui una comunità giuridica disponga per realizzare gli eventi che le sono vantaggiosi <sup>(282)</sup>.

Ne deriva che gli elementi essenziali ai fini della distinzione tra le situazioni giuridiche di natura reale e quelle di natura personale sono due: la tipologia di interesse che sta alla base delle due situazioni giuridiche e il tipo di attività richiesta al soggetto per la realizzazione di quell'interesse o, in altri termini, la modalità attraverso cui avviene il soddisfacimento dell'interesse.

L'interesse protetto da una norma giuridica può essere o quello di conseguire un bene di cui il soggetto non ha ancora la disponibilità, ovvero quello di conservare un bene che è già nella disponibilità del soggetto. Nel primo caso si configura una situazione dinamica di appropriazione che sfocia nell'attribuzione di un diritto relativo

---

<sup>281</sup> Sulla base di questo sistema fondamentale di valori, ogni ordinamento può fornire, di fronte ad un concreto interesse umano, un triplice giudizio. Anzitutto, può assumere un atteggiamento di indifferenza, qualora consideri l'interesse lecito, ma non apprezzabile da un punto di vista giuridico (si pensi all'ipotesi di un mancato invito a pranzo), cosicché la soluzione del problema posto nel fatto sarà rimessa esclusivamente a regole di carattere morale o sociale. Potrebbe anche verificarsi il caso in cui l'interesse del singolo individuo appare in contrasto con gli interessi superiori in cui si esprime il valore fondamentale della comunità, cosicché l'ordinamento considererà illecito quell'interesse e cercherà di impedirne la realizzazione. Se, invece, l'interesse del singolo individuo è conforme all'interesse della comunità, l'ordinamento, considerando tale interesse come meritevole di tutela, tenderà di garantirne la realizzazione, fornendo al soggetto che ne è portatore gli strumenti giuridici idonei a realizzarlo. Per un approfondimento, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ed. XVII, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 55 e ss.

<sup>282</sup> Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965.

al soggetto che è portatore dell'interesse. Nel secondo caso, invece, si configura una situazione statica, che mira, mediante l'attribuzione di un diritto assoluto, a garantire al soggetto portatore dell'interesse il potere di mantenere il godimento del bene che costituisce il riferimento oggettivo dell'interesse.

Il tipo di interesse che sta alla base, rispettivamente, delle situazioni giuridiche relative e assolute incide anche sul tipo di attività che l'ordinamento giuridico richiede ai soggetti per il soddisfacimento dell'interesse. Invero, per la realizzazione dell'interesse a conservare che sta alla base delle situazioni giuridiche reali non è necessaria la cooperazione altrui, perché il titolare del diritto soddisfa l'interesse di cui è portatore esercitando direttamente i poteri che l'ordinamento gli attribuisce nei confronti del bene che forma oggetto del suo diritto. Viceversa, quando l'interesse del soggetto consiste nel conseguire un bene che fa parte del patrimonio altrui, la sua realizzazione presuppone l'altrui cooperazione. Invero, in tal caso si è in presenza di una situazione dinamica, che mira all'acquisizione di utilità spettanti ad altri, il che, evidentemente, non può avvenire se non con il consenso e la collaborazione altrui, dato che l'ordinamento non può certo tutelare una appropriazione violenta.

Pertanto, il diritto assoluto, come suggerisce la stessa etimologia del termine (che deriva dal latino “*absolvere*”, composto di ab- e solvere, cioè “*sciogliere*”, e che quindi va etimologicamente inteso nel senso di “*libero da limitazioni o condizioni?*”) è una situazione giuridica che attribuisce al suo titolare una serie di poteri allo scopo di consentirgli di realizzare in via autonoma l'interesse di cui è portatore, senza che, a tal fine, siano necessarie strumentali cooperazioni di soggetti terzi <sup>(283)</sup>. Questi ultimi potrebbero, però, con il loro comportamento, impedire il godimento del bene da parte del titolare del diritto reale. Proprio per evitare che una tale situazione si verifichi e dunque al fine di permettere al titolare del diritto la realizzazione del suo interesse, l'ordinamento giuridico impone a carico di tutti gli altri soggetti un dovere di astensione dal tenere una condotta idonea ad impedire la realizzazione dell'interesse del titolare della situazione giuridica reale. Dunque, il diritto assoluto richiede, da parte dei terzi, un atteggiamento di astensione dall'interferire con la sfera giuridica del titolare del diritto. Ma questo dovere è funzionale a garantire al titolare del diritto il pieno espletamento dei suoi poteri e non è da esso che dipende la realizzazione dell'interesse che sta alla base della situazione giuridica reale.

Il soddisfacimento dell'interesse sotteso al riconoscimento di un diritto di credito, invece, dipende dal comportamento di un altro soggetto. Ciò è immediatamente evidente quando il soggetto debitore è obbligato a tenere una

---

<sup>283</sup> Il proprietario realizza l'interesse di cui è portatore mediante il semplice godimento della cosa, cioè traendo dalla cosa tutte le utilità che questa è in grado di fornire, nonché escludendo gli altri dalle decisioni che riguardano le concrete modalità di fruizione del bene e dai relativi benefici. È, dunque, chiaro che la realizzazione del suo interesse prescinde dalla collaborazione di soggetti terzi, poiché il suo soddisfacimento avviene mediante un comportamento dello stesso proprietario.

condotta attiva per realizzare l'interesse del creditore <sup>(284)</sup>. Ma lo stesso vale quando a carico del debitore gravi un obbligo di condotta dal contenuto negativo, cioè l'obbligo di astenersi dal compiere una certa attività <sup>(285)</sup>. Invero, tale condotta omissiva costituisce lo specifico comportamento necessario per realizzare l'interesse del creditore e proprio in ciò l'obbligo negativo specifico che fa da contraltare al diritto relativo si differenzia dal dovere generico di astensione che grava su tutti i consociati come situazione giuridica passiva corrispondente a un diritto assoluto. Quest'ultimo, infatti, non realizza l'interesse che sta alla base della situazione giuridica, ma ha la sola funzione di consentire il pieno espletamento dei poteri che l'ordinamento riconosce al suo titolare, con la conseguenza che la violazione del dovere generico di astensione, rendendo impossibile la realizzazione dell'interesse, determinerebbe la violazione del diritto.

Le considerazioni svolte consentono di delineare le caratteristiche dei diritti reali in contrapposizione a quelle dei diritti di credito. I diritti reali attribuiscono al soggetto una serie di poteri su una cosa e dunque danno origine ad una relazione immediata tra un soggetto e una cosa; la relazione tra soggetti è, invece, solo mediata, perché il titolare del diritto può realizzare il suo interesse prescindendo dalla collaborazione di terzi, cosicché la situazione giuridica soggettiva passiva corrispondente al diritto reale si configura come un mero dovere di astensione a carico dei soggetti terzi. Perciò il diritto reale si configura come una situazione finale, in quanto idonea a realizzare in via autonoma e definitiva l'interesse del soggetto che ne è titolare. E proprio in ciò risiede la giustificazione del carattere assoluto del diritto reale, cioè la possibilità di far valere potenzialmente il diritto *erga omnes*.

I diritti di credito, invece, tendendo alla realizzazione di una modificazione della realtà mediante lo spostamento di utilità da un patrimonio ad un altro, implicano che a carico del soggetto passivo del rapporto obbligatorio gravi non un generico dovere di astensione (come avviene nei diritti reali), ma uno specifico dovere di cooperazione, che tecnicamente assume la denominazione di obbligo <sup>(286)</sup>. Il diritto di credito rappresenta, pertanto, una situazione strumentale al soddisfacimento dell'interesse del suo titolare, in quanto se manca la cooperazione del debitore non può esserci soddisfazione dell'interesse a conseguire il bene, salvi i rimedi giurisdizionali di carattere esecutivo (esecuzione forzata in forma specifica e per equivalente) che l'ordinamento riconosce a favore del creditore in caso di inadempimento dell'obbligazione. L'obbligo di cooperazione è specifico non solo perché impone al

---

<sup>284</sup> Se il creditore ha diritto al pagamento di una somma di denaro, o alla consegna di un bene, o ad una prestazione di fare, il suo interesse si realizza solo se e quando il debitore esegue la prestazione dovuta.

<sup>285</sup> Si pensi al caso in cui due soggetti stipulino un patto di non concorrenza, cioè un accordo in forza del quale uno dei due soggetti si impegna ad astenersi, per un certo periodo di tempo, dallo svolgimento di un'attività concorrenziale rispetto a quella svolta dall'altro.

<sup>286</sup> Cfr. F. ROMANO, *Obbligo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, 1979, pp. 500-508.

debitore un comportamento ben preciso allo scopo di realizzare l'interesse del creditore (a differenza del dovere, che impone la mera astensione dal tenere una condotta lesiva dell'altrui diritto), ma anche perché è posto a carico di un soggetto determinato (e non della generalità dei consociati).

Ciò posto, risultano ormai chiariti i due criteri cui si dovrà far riferimento per evitare confusione e collocare ciascuna situazione giuridica soggettiva all'interno della più ampia categoria di riferimento: opponibilità nei confronti dei terzi e modalità di realizzazione dell'interesse rappresentano le stelle polari che devono guidare il percorso ricostruttivo dell'interprete.

### § 3.1. (Segue). Il principio del *numerus clausus* dei diritti reali.

L'adozione di un criterio chiaro di classificazione di un diritto in una categoria o in un'altra è un obiettivo fondamentale per tutti i sistemi giuridici, allo scopo di minimizzare i casi di dubbio. A tal fine, la tecnica di regolamentazione più comune consiste nell'applicare il c.d. principio del *numerus clausus* <sup>(287)</sup>, ossia nel limitare il numero e il contenuto dei diritti reali costruendo un sistema chiuso <sup>(288)</sup>, in

---

<sup>287</sup> Il termine *numerus clausus* ha origine nella letteratura giuridica tedesca degli inizi del XX secolo. Gli studiosi tedeschi utilizzavano tale espressione per descrivere una regola della legge tedesca secondo cui solo la legislazione (in particolare il codice civile tedesco) può descrivere cosa sia un diritto di proprietà e quale possa essere il contenuto di tale diritto. Per un approfondimento, cfr. O. VON GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig Verlag von Dunker & Humblot, 1889, nonché P. ÖRTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Heymann, Berlin, 1899. Più di recente, v. T. STRUYCKEN, *De numerus clausus in bet Goederenrecht*, Kluwer Deventer, 2007; C. VON BAR, *The Numerus Clausus of Property Rights: A European Principle?*, in *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law, Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford 2014, p. 441 ss.

<sup>288</sup> Il principio del *numerus clausus* limita il numero di tipi di diritti reali esistenti in un certo ordinamento, ma anche il contenuto degli stessi. In concreto, l'elenco di diritti reali si differenzia da ordinamento a ordinamento, sebbene nella maggior parte di essi esista un nucleo comune essenziale di diritti reali. Anzitutto, in tutti gli ordinamenti giuridici il sistema dei diritti reali è strutturato gerarchicamente: al vertice si trova il diritto di proprietà, spesso definito "*primary property right*" (v. S. VAN ERP, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, op. cit.); in una posizione subordinata si collocano i diritti reali su cosa altrui, definiti anche "*limited rights*" (v. G. L. GRETTON, *Ownership and its objects*, op. cit., pp. 840 e ss.), "*secondary rights*" (v. S. VAN ERP, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, op. cit.) o "*lesser rights*" (v. B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law*, op. cit., pp. 410 e ss.). Nei sistemi di *common law*, dove ci sono generalmente due sistemi di diritto di proprietà - diritto fondiario ("*land law*") e diritto di proprietà personale ("*personal property law*") - ci sono due diritti di proprietà "primari". Nella legislazione fondiaria questa è la *freehold* (o *fee simple*), nella proprietà personale è il *title* (cfr. W. SWADLING, *Property: General Principles*, op. cit., pp. 171 e ss.; G. L. GRETTON, *Ownership and its objects*, op. cit., pp. 829 e ss.). Gli altri diritti reali sono minori nel contenuto rispetto al diritto di proprietà "primario" e perciò vengono spesso definiti diritti reali limitati. Questi diritti possono essere distinti in tre categorie: diritti reali di godimento, diritti reali di garanzia e diritti di prelazione efficaci *erga omnes*. I primi possono

controtendenza rispetto al principio di autonomia delle parti che governa il diritto contrattuale <sup>(289)</sup>. Ciò significa, in concreto, che se un accordo tra due parti diretto a costituire un diritto reale non rispetta il principio del *numerus chiusus*, tra le parti medesime sorgerà un rapporto di natura meramente obbligatoria, come tale inefficace nei confronti dei terzi. I sistemi giuridici moderni ricorrono al principio del *numerus clausus* anche per un'altra fondamentale ragione, ossia quella di assicurare la certezza del diritto: la restrizione dell'autonomia delle parti garantisce che la concreta conformazione dei diritti di proprietà non oltrepassi i limiti stabiliti dal legislatore, il che impedisce eccessive frammentazioni del diritto nel contenuto, nello spazio e nel tempo <sup>(290)</sup>.

---

avere una portata molto ampia e, in tal caso, generalmente, hanno una durata piuttosto limitata (ad esempio, un diritto di usufrutto ha durata limitata alla vita dell'usufruttuario), oppure una portata limitata e protrarsi per periodi temporali molto ampi (ad esempio, una servitù di passaggio ha una durata potenzialmente illimitata, salvo che si prescriva per non uso prolungato nel tempo). In questa categoria di diritti si fanno rientrare, oltre che l'usufrutto e le servitù ("*easements*"), i diritti di abitazione ("*apartment rights*"), le proprietà superficiali ("*building rights*") e talvolta le locazioni a lungo termine ("*long leases*"). Il secondo gruppo di diritti reali limitati comprende i diritti di garanzia. La maggior parte dei sistemi giuridici distingue i diritti di garanzia in base alla tipologia di bene su cui essi gravano, che può essere un immobile (e in tal caso si parla di ipoteche o *mortgages*), un bene mobile (e in tal caso si parla di pegni o *charges*) oppure un bene immateriale (come nel caso di pegno su crediti o *floating charge*). In generale, i diritti reali di garanzia, comunque denominati, attribuiscono al loro titolare il diritto di soddisfarsi con priorità rispetto agli altri creditori in caso di inadempimento del debito il cui pagamento è garantito, mediante la vendita forzata dell'oggetto della garanzia (che determina il trasferimento a terzi del diritto di proprietà su tale oggetto) e la detrazione del ricavato dall'importo del debito (cfr. E. M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009). Infine, il terzo gruppo di diritti reali limitati comprende una serie di situazioni giuridiche che attribuiscono al loro titolare il potere di acquisire un'altra situazione giuridica. In questa categoria si fanno rientrare: *estate contracts*, opzioni di acquisto (o prelezioni legali) e *Anwartschaftsrechte* (o diritti di aspettativa, su cui v. F. BAUR – R. STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2009, pp. 30 e ss.). Per un approfondimento sulla classificazione proposta, cfr. B. AKKERMANS, *The numerus clausus of property rights*, in (a cura di) GRAZIADEI M. – SMITH L., *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, p. 113; S. VAN ERP, *European Property Law: A Methodology for the Future*, op. cit., p. 227; S. VAN ERP – B. AKKERMANS, *Text, Cases and Materials on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

<sup>289</sup> Cfr. B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, op. cit., nonché S. VAN ERP, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, 6th Walter van Gerven Lectures, Europa Law Publishing, 2006.

<sup>290</sup> Per un approfondimento sulla *ratio* sottesa al principio del *numerus clausus*, cfr. B. AKKERMANS, *Concurrence of Ownership and Limited Property Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, pp. 259-284; B. FOËX, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*. Lausanne: Payot, 1987; B. RUDDEN, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in *Oxford Essays on Jurisprudence* (third series), (a cura di) J. BELL - J. EEKELAAR, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 239-263.

I sistemi giuridici europei hanno tendenzialmente accolto il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, esprimendolo secondo due diverse modalità. Invero, alcuni Stati – come Portogallo <sup>(291)</sup>, Paesi Bassi <sup>(292)</sup> e Grecia <sup>(293)</sup> – hanno esplicitamente sancito nella propria legislazione l’inammissibilità di diritti reali diversi da quelli riconosciuti dalla legge. Altri sistemi giuridici – come l’Italia, l’Austria e l’Inghilterra – hanno, invece, evitato di affermare esplicitamente per via legislativa il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, ma ciò non ha impedito di farne concreta applicazione <sup>(294)</sup>.

Altri ordinamenti europei hanno inteso in modo meno rigoroso il principio del *numerus clausus*. Alcuni di essi ammettono che nuovi tipi di diritti reali (rispetto a quelli previsti dalla legge) possano essere riconosciuti dalle Corti. Un esempio di ciò è fornito da alcune decisioni della Corte di cassazione francese, con cui si è stabilito che l’elencazione dei diritti reali da parte del codice civile non è esaustiva, nel senso che sono ammissibili altri diritti reali diversi da quelli che il legislatore ha prescritto. Infatti, la Corte ha creato nuovi tipi di diritti reali: il diritto di superficie nel 1858 <sup>(295)</sup> e il diritto di uso perpetuo nel 2012 <sup>(296)</sup>. Altri sistemi giuridici si spingono sino a riconoscere ai soggetti privati il potere di creare nuovi tipi di diritti reali. Ad esempio, il sistema giuridico spagnolo, in netta controtendenza rispetto agli altri ordinamenti europei, accoglie il principio del *numerus apertus* dei diritti reali, nel senso che è riconosciuta ai soggetti privati la facoltà di creare autonomamente nuovi diritti reali, a condizione che soddisfino un bisogno reale e socialmente valido e rispettino le caratteristiche di questi tipi di diritti. Sebbene tale soluzione possa, a primo impatto, apparire maggiormente idonea a tutelare i nuovi interessi emergenti nel contesto sociale ed economico, essa nasconde una criticità, perché il riconoscimento di nuove entità come beni giuridici e la conseguente attribuzione di diritti reali su di essi incide sul sistema di distribuzione e fruizione delle risorse, attivando un processo di attribuzione delle medesime tendenzialmente connotato dall’esclusività. Ed infatti,

---

<sup>291</sup> L’art. 1306 c.c. port., rubricato “*numerus clausus*”, al comma 1 dispone: «*Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacionab.*».

<sup>292</sup> L’art. 3:81 (1) del codice civile olandese statuisce che il titolare di un diritto di proprietà può creare - entro i limiti di tale diritto - i diritti reali limitati che la legge ha reso disponibili a tale scopo.

<sup>293</sup> L’art. 973 del codice civile greco elenca i diritti reali riconosciuti dalla legge: da una parte vi è la proprietà e dall’altra le servitù, il pegno e l’ipoteca.

<sup>294</sup> Sul punto, v. C. VON BAR, *The Numerus Clausus of Property Rights: A European Principle?*, in *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law*, Eds. Louise Gullifer and Stefan Vogenauer, Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 441-454.

<sup>295</sup> V. *Cour de cassation civ.*, 18 maggio 1858, S. 58.1.661.

<sup>296</sup> V. *Cour de cassation civ.*, 23 maggio 2012, n. 573, 11-13.202; cfr. anche *Cour de cassation civ.*, 28 gennaio 2015, n. 94, 14-10.013, nonché *Cour de cassation civ.*, 31 ottobre 2012, n. 1285, 11-16.304

nonostante l'apertura del sistema, in Spagna non si è ancora assistito alla creazione di nuovi tipi di diritti reali (297).

Le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti con riguardo ai diritti reali riconosciuti al loro interno creano delicati problemi quando diverse leggi nazionali entrano in contatto tra loro. In questo contesto, trovano applicazione le norme del diritto internazionale privato, alle quali è affidato il compito di determinare la legge applicabile. Quando si tratti di questioni giuridiche di natura proprietaria, trova generalmente applicazione la regola della *lex rei sitae*, che impone di risolvere il caso controverso applicando la normativa del luogo in cui l'oggetto è situato. Tuttavia, la non coincidenza dell'elenco dei diritti reali disponibili nei sistemi giuridici di riferimento – e comunque la circostanza che essi non hanno, nei diversi ordinamenti, un contenuto uguale e invariabile, anche se sono indicati con la stessa denominazione – rende talvolta difficoltosa l'individuazione di un diritto reale nazionale alternativo in cui il diritto di proprietà straniera può essere trasformato al fine di renderlo effettivamente utilizzabile da parte del suo titolare.

Un esempio servirà a chiarire la delicatezza della questione appena sollevata. Alcuni sistemi giuridici, come Francia e Paesi Bassi, ammettono diritti reali di garanzia non possessori, cioè che non presuppongono il trasferimento del possesso del bene. Altri ordinamenti, come quello tedesco, non ammettono diritti di garanzia senza spossessamento; riconoscono, invece, i trasferimenti di proprietà a fini di garanzia (c.d. *fiducia cum creditore*) (298). Se, in base all'ordinamento francese oppure olandese, viene creato un diritto reale di garanzia non possessorio e il bene che ne forma oggetto viene trasferito in Germania, lo Stato di destinazione è chiamato a riconoscere detto diritto di garanzia. Ma il sistema tedesco, che applica rigidamente la regola del *numerus clausus* dei diritti reali, non ammette diritti reali di garanzia non possessori e quindi non potrà riconoscere come tale il diritto di garanzia non possessorio sorto nell'ordinamento di provenienza. Tale diritto dovrà, pertanto, essere trasformato in una diversa situazione giuridica, conosciuta e protetta dal sistema tedesco. Poiché la legge tedesca ammette il trasferimento del diritto di proprietà a scopo di garanzia,

---

<sup>297</sup> Ciò ha indotto alcuni studiosi ad affermare che, in realtà, anche il sistema spagnolo aderisce all'idea del *numerus clausus* dei diritti di proprietà. In tal senso, v. B. AKKERMANS, *The numerus clausus of property rights*, in (a cura di) GRAZIADEI M. – SMITH L., *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, p. 101.

<sup>298</sup> Nella gran parte degli ordinamenti di *civil law* (tra cui Italia, Bulgaria, Romania, Grecia, Spagna, Portogallo, Lussemburgo) il diritto di pegno presuppone che il creditore ottenga il trasferimento del possesso fisico del bene oggetto della garanzia, poiché è proprio il possesso del bene vincolato che rende valida e opponibile la garanzia nei confronti degli altri creditori. Sono fatti salvi i casi in cui la legge consenta espressamente la costituzione – subordinata a particolari forme di pubblicità – di garanzie non possessorie su determinati beni mobili. Per un approfondimento sul punto, cfr. A. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, in *Contratto e impresa/Europa* 2-2013, p. 796; V. SAGAERT, *Security Interests*, op. cit., p. 425 e ss.

adattare il diritto di garanzia non possessorio francese al sistema giuridico tedesco significherebbe trasformare il diritto di garanzia non possessorio in proprietà per finalità di garanzia. Tuttavia, una tale trasformazione comporterebbe il disconoscimento del diritto di proprietà spettante al debitore che ha concesso il bene in garanzia <sup>(299)</sup>.

Una situazione di questo genere potrebbe configurare una violazione dell'art. 34 TFUE, che vieta le restrizioni quantitative all'importazione fra gli Stati membri nonché qualsiasi misura ad effetto equivalente. Invero, le differenze esistenti tra le regole nazionali ostacolano il commercio all'interno del Mercato Europeo Comune, poiché conducono al disconoscimento di un diritto di garanzia straniero, o comunque, nel caso di adattamento della garanzia, alla perdita di alcune delle caratteristiche del diritto reale originario <sup>(300)</sup>. Il che, in definitiva, renderebbe inapplicabili le norme nazionali in questione <sup>(301)</sup>.

Situazioni a carattere trasfrontaliero di tal genere dimostrano come un'armonizzazione delle regole che compongono i sistemi nazionali dei diritti reali – o, quantomeno, di taluni aspetti di essi, come l'elenco dei diritti reali ammessi e riconosciuti in ogni parte del territorio dell'Unione – possa facilitare gli scambi e prevenire dannosi impedimenti alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

Del resto, una standardizzazione del principio del *numerus clausus* assicurerebbe una migliore attuazione di altri principi fondamentali del diritto di proprietà, come la libertà di proprietà e la libera circolazione delle merci <sup>(302)</sup>. Invero, un'economia di libero mercato presuppone che a ciascun soggetto sia riconosciuto il diritto di avere beni in proprietà e di scambiare questi beni con altri, suscettibili di garantire una migliore realizzazione dei suoi interessi. L'adozione di un principio del *numerus clausus* uniforme è, dunque, essenziale per lo sviluppo del Mercato Europeo Comune, in quanto indica quali sono i diritti reali di cui i soggetti possono essere titolari e quindi quali diritti possono essere scambiati nel mercato europeo. La circostanza che i tipi di diritti reali disponibili siano noti in anticipo in un sistema giuridico garantisce

---

<sup>299</sup> Cfr., sul punto: B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Free movement of goods and property law*, op. cit., pp. 240-241; ID., *Lex Rei Sitae in Perspective: National Developments of a Common Rule? Property Law Perspectives*, Cambridge, Antwerp and Portland, Intersentia, 2012.

<sup>300</sup> Cfr. RAMAEKERS E., *European Union Property Law. From Fragments to a System*, Antwerp: Intersentia, 2013, pp. 51 e ss.

<sup>301</sup> Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 8/74, *Benoît e Dassonville c. SA Éts. Fourcroy e SA Breuwal e Cie*, 11 luglio 1974.

<sup>302</sup> Cfr. B. AKKERMANS, *The Use of the Functional Method in European Property Law*, in *European Property Law Journal* 7, 2013, p. 95; ID., *European Union Constitutional Property Law; Searching for Foundations for the Allocation of Regulatory Competences, in Who Does What: On the Allocations of Regulatory Competences in European Private Law*, (a cura di) B. AKKERMANS, J. HAGE, N. KORNET E J. SMITS, Cambridge, Antwerp and Portland: Intersentia, 2015, p. 165.



prevedibilità per gli operatori del mercato e assicura che il diritto oggetto di scambio sia protetto dall'ordinamento giuridico <sup>(303)</sup>.

L'esigenza di un'applicazione quanto più possibile uniforme del principio del *numerus clausus* ai fini dell'attuazione degli obiettivi dell'Unione europea è confermata da una serie di osservazioni di natura economica. Anzitutto, ove un ordinamento giuridico ammettesse troppi oneri sulla terra (e, più in generale, troppi diritti reali limitati sulle cose), ne risulterebbero inevitabilmente ridotte le possibilità di utilizzo efficiente e, di conseguenza, l'appetibilità e la commerciabilità. Inoltre, la standardizzazione dei diritti reali favorirebbe la circolazione dei medesimi, perché consentirebbe di ridurre i costi di informazione per i partecipanti al mercato, i quali, in mancanza di standardizzazione, sono obbligati a sostenere ingenti spese non solo per conoscere quali diritti sono ammessi in un certo ordinamento giuridico nazionale, ma anche qual è il loro contenuto e quali adempimenti occorre effettuare per acquisire un certo diritto <sup>(304)</sup>. La standardizzazione dei diritti reali a livello europeo consentirebbe di individuare facilmente il tipo di diritto reale di cui si tratta, il che assicurerebbe ai soggetti interessati di avere già molte informazioni a loro disposizione.

Le considerazioni sin qui svolte dimostrano come il principio del *numerus clausus* sia destinato ad assumere un ruolo essenziale nell'ambito del progetto di creazione di una normativa europea sulle proprietà (e, più in generale, sul sistema dei diritti reali). Invero, i contatti sempre più frequenti tra i sistemi nazionali sulla proprietà hanno originato una serie di dinamiche alle quali i sistemi tradizionali non sono in grado di rispondere. Emblema di questo continuo processo evolutivo è la tendenza, da parte di un crescente numero di ordinamenti europei, a introdurre nel proprio sistema figure giuridiche provenienti da altri ordinamenti (come l'istituto del *trust*), che pongono delicati problemi di compatibilità con le categorie nazionali esistenti in materia proprietaria. Queste dinamiche rendono ormai indifferibile una riforma della normativa sui diritti reali ad opera del legislatore europeo, che, partendo da una rivalutazione del principio del *numerus clausus*, possa consentire una migliore comprensione degli sviluppi futuri del sistema, finalizzati al soddisfacimento dei bisogni emergenti dal contesto socio-economico dell'epoca contemporanea.

Più radicalmente, un intervento del legislatore europeo nella materia *de qua* consentirebbe di valutare l'opportunità di adottare un approccio più flessibile al principio del *numerus clausus*, in modo da rendere il sistema giuridico maggiormente idoneo a garantire tutela ai nuovi interessi meritevoli che via via si affermano nella società civile. Invero, la rigida adesione all'una o all'altra delle alternative rinvenibili nelle codificazioni europee non può adeguatamente contemperare le esigenze sottese

---

<sup>303</sup> In questo senso, v. B. AKKERMANS, *The numerus clausus of property rights*, in (a cura di) GRAZIADEI M. – SMITH L., *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, p. 104.

<sup>304</sup> Cfr. B. RUDDEN, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, op. cit., p. 239.

a questa delicata scelta di politica del diritto: da un lato, un'applicazione rigida del principio del *numerus clausus* condurrebbe a riconoscere esclusivamente al legislatore il potere di qualificare le nuove entità come beni giuridici e di attribuire su di esse situazioni giuridiche di appartenenza, il che significherebbe configurare i beni giuridici come una categoria rigidamente chiusa e, di conseguenza, escludere in radice la possibilità di regolare le nuove entità (non considerate dal legislatore) mediante l'applicazione analogica della disciplina predisposta per le situazioni di appartenenza; dall'altro lato, una piena adesione al principio del "*numerus apertus*" implicherebbe la configurazione della categoria dei beni giuridici come categoria del tutto aperta e quindi il rischio di rendere ogni nuova entità suscettibile di appropriazione esclusiva, annacquando la categoria dei beni giuridici sino a farle perdere ogni significato normativo <sup>(305)</sup>.

La soluzione preferibile è, dunque, quella di un'adesione flessibile al principio del *numerus clausus*, nel senso che il legislatore europeo dovrebbe non limitarsi ad elencare le entità riconosciute come beni giuridici e le situazioni di appartenenza che su di esse possono essere riconosciute, ma garantire anche uno spazio di autonomia ai soggetti privati, mediante la predisposizione di una clausola di salvaguardia dei valori dell'ordinamento giuridico di riferimento che consenta ai privati di riconoscere le nuove entità come beni giuridici a condizione che l'applicazione della normativa sulle situazioni di appartenenza risulti finalizzata alla tutela di interessi reputati meritevoli di tutela alla luce dell'intero quadro valoriale del sistema giuridico di riferimento <sup>(306)</sup>.

### § 3.2. (Segue). Il principio della trasparenza.

La caratteristica fondamentale dei diritti di proprietà, ossia la loro efficacia *erga omnes*, implica l'esigenza di garantire che tutti i soggetti la cui sfera giuridica possa essere incisa dalle vicende che riguardano una situazione giuridica proprietaria siano messi nelle condizioni di conoscere tali vicende. L'efficacia *erga omnes* dei diritti di proprietà è giustificata soltanto se esistono dei meccanismi che rendono tali situazioni giuridiche conoscibili agli *omnes*.

Pertanto, strettamente connesso al carattere assoluto dei diritti di proprietà, è il principio di trasparenza <sup>(307)</sup>, che assicura a chiunque la possibilità di verificare l'esistenza di un diritto di proprietà su un determinato oggetto del mondo fisico

---

<sup>305</sup> In tal senso, C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno* in Europa e diritto privato, vol. 2018, p. 964.

<sup>306</sup> In questa prospettiva, cfr. S. VAN ERP, *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2003, 7, p. 2; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, op. cit.

<sup>307</sup> Cfr. S. VAN ERP, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, op. cit., pp. 14 e ss.

attraverso appositi meccanismi di pubblicità delle vicende giuridiche che lo riguardano.

Analogamente a quanto evidenziato con riferimento al principio del *numerus clausus*, anche la standardizzazione delle regole volte a dare attuazione al principio di trasparenza favorirebbe la circolazione transfrontaliera dei diritti e quindi lo sviluppo del Mercato Europeo Comune, perché consentirebbe di ridurre i costi di informazione per gli operatori di mercato. In questa prospettiva, sarebbe senz'altro utile non solo rendere obbligatoria la trascrizione o iscrizione delle vicende relative ai diritti reali immobiliari, ma anche superare le accentuate differenze esistenti tra i vari regimi nazionali di pubblicità immobiliare ed assicurare che i relativi registri abbiano delle caratteristiche comuni in tutti gli Stati membri.

Allo scopo di rendere più facilmente accessibili i dati relativi ai diritti reali immobiliari, si potrebbe addirittura pensare di predisporre in tutti gli Stati dell'Unione un Registro Immobiliare Europeo, abilitato al rilascio di certificati dalle caratteristiche uniformi in tutti quei casi che presentano profili di diritto transfrontaliero. La creazione di un sistema catastale standardizzato, autorizzato a rilasciare certificati che contengano gli stessi dati e che abbiano lo stesso valore in tutti gli Stati membri, assicurerebbe un'informazione più adeguata e comprensibile ai cittadini di un certo Stato membro che intendano acquistare diritti su immobili siti in altri Paesi dell'Unione.

Nella combinazione dei due principi afferenti alla dimensione relazionale dei diritti di proprietà (numero chiuso e trasparenza), si trova l'essenza della certezza giuridica, che, a sua volta, favorisce lo sviluppo del commercio e la piena realizzazione di un Mercato Europeo Comune.

### **§ 3.3. (Segue). La proprietà conformata in funzione dell'interesse generale.**

Un ulteriore aspetto particolarmente rilevante ai fini della costruzione di un sistema europeo sulla proprietà è quello che concerne la possibilità, per un ordinamento giuridico, di indirizzare l'esercizio delle prerogative proprietarie in modo da renderlo funzionale al perseguimento dell'interesse generale <sup>(308)</sup>. Si tratta di un profilo che afferisce alla dimensione costituzionale piuttosto che a quella privatistica,

---

<sup>308</sup> La scelta di trattare il profilo in questione nella parte dedicata alla dimensione relazionale del diritto di proprietà dipende dalla circostanza che anche in questo ambito l'esigenza primaria è quella di bilanciare l'interesse del proprietario con quello di altri soggetti. Questi altri soggetti sono, in tal caso, tutti gli individui che compongono un certo gruppo sociale di riferimento e l'interesse da bilanciare con quello del proprietario è rappresentato dall'interesse oggettivo facente capo all'intera collettività.

poiché non nei codici civili <sup>(309)</sup>, bensì nelle Carte costituzionali si rinvengono le disposizioni che sanciscono il principio della conformabilità del diritto di proprietà in funzione dell'interesse della collettività <sup>(310)</sup>. Ciononostante, la questione presenta risvolti relevantissimi anche in ambito privatistico, poiché la costituzionalizzazione del principio della funzione sociale indirizza l'esercizio della funzione legislativa verso l'obiettivo di assicurare che il godimento delle prerogative proprietarie non determini situazioni di conflitto con l'interesse della collettività <sup>(311)</sup>. Il che rende evidente come

---

<sup>309</sup> Sebbene vi sia stata qualche discussione in ordine all'inserimento di un tale principio all'interno del codice civile, come avvenne nell'ordinamento italiano. Invero, a partire dagli anni della Prima Guerra Mondiale, il legislatore aveva introdotto, mediante la legislazione speciale, una serie di nuovi limiti alle prerogative proprietarie, che non erano il frutto delle esigenze del mondo, ma rappresentavano un nuovo modo di intendere l'intervento pubblico nell'economia. Questa nuova tendenza si accentua a partire dagli anni '30, quando il fascismo, abbandonato l'iniziale liberismo, conduce una politica improntata ad un crescente intervento dello Stato nell'economia e fondata sul principio del produttivismo nazionalistico, che legittima la proprietà privata in funzione dello svolgimento di attività economiche piuttosto che del godimento statico dei beni. Per tali ragioni, una parte della dottrina giuridica italiana propone di inserire, all'interno della norma generale sulla proprietà, il riferimento alla "funzione sociale", allo scopo di recepire gli elementi di novità che emergevano nel contesto economico e sociale. Tale proposta ebbe, infine, esito negativo, perché si ritenne che la codificazione del principio della funzione sociale avrebbe determinato una profonda rottura della tradizionale logica individualistica che caratterizzava il diritto di proprietà. Per un approfondimento sul punto, cfr. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., pp. 28-35.

<sup>310</sup> Il principio della funzione sociale del diritto di proprietà viene introdotto con la Costituzione di Weimar (il cui art. 153 sanciva che: «*La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune*») e ripreso nella Legge Fondamentale tedesca del 1949, che, all'art. 14 dispone: «*La proprietà impone degli obblighi. Il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività*». Numerosi altri testi costituzionali europei hanno sancito solennemente tale principio: l'art. 42 della Costituzione italiana affida alla legge il compito di garantire la proprietà privata e di determinarne i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale; l'art. 17 della Costituzione greca impone allo Stato di proteggere la proprietà, ma aggiunge che i diritti che ne derivano non possono esercitarsi in modo contrario all'interesse generale; l'art. 33 della Costituzione spagnola riconosce il diritto alla proprietà privata e prevede che la funzione sociale di questo diritto ne delimiterà il contenuto conformemente alle leggi; l'art. 43, comma 2, della Costituzione della Repubblica irlandese prevede che l'esercizio del diritto di proprietà debba essere regolato in conformità ai principi della giustizia sociale e, se le circostanze lo richiedono, limitato con legge allo scopo di conciliarlo con le esigenze del bene comune.

<sup>311</sup> Per un approfondimento sul significato dell'espressione "*funzione sociale*", v. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, op. cit., pp. 190 e ss., ove si evidenzia, *inter alia*, che la costituzionalizzazione del principio opera come limite all'attività legislativa e giustifica il sindacato costituzionale sull'opera del legislatore, il quale «*non è del tutto libero nello scegliere le modalità del suo intervento in materia di proprietà privata, ma deve farlo in modo da rendere concretamente operante la funzione sociale*» (p. 317). Ciò, del resto, evidenzia ancora l'Autore, cambia anche il modo di interpretare le norme in materia di proprietà, poiché «*il passaggio da un regime in cui il principio è quello dell'assolutezza della proprietà privata (quale può essere considerato quello fondato sullo Statuto del Regno) ad uno di proprietà funzionalizzata (quale può essere considerato quello fondato sulla Costituzione repubblicana) reagisce sulla*

la concreta conformazione di un certo diritto di proprietà incida sulle prerogative riconosciute dai codici civili e dalla legislazione speciale al soggetto che ne è titolare<sup>(312)</sup>.

Il principio in esame è stato, di recente, elevato ad un livello sovranazionale con la previsione contenuta nell'art. 17 della Carta di Nizza, in forza del quale «*l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale*». La stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato in più occasioni che il diritto di proprietà non è illimitato, perché il principio della funzione sociale consente ai legislatori nazionali di introdurre interventi normativi volti a porre dei limiti all'esercizio delle prerogative proprietarie. La legittimità di tali interventi dovrà essere valutata dalla Corte alla luce del principio di proporzionalità e della rispondenza alle finalità d'interesse generale perseguite dall'Unione<sup>(313)</sup>. È chiaro, pertanto, che il principio della funzione sociale assume una rilevanza centrale nell'ambito di una riflessione sui futuri sviluppi della normativa sulla proprietà in seno all'Unione europea.

Le previsioni costituzionali, di livello nazionale ed europeo, che funzionalizzano l'esercizio del diritto di proprietà al perseguimento di interessi sociali ribaltano la

---

*qualificazione della normativa d'intervento. In un regime in cui la proprietà sia qualificata come "inviolabile", gli interventi restrittivi devono essere considerati eccezionali e, in quanto tali, non suscettibili né di essere utilizzati nel procedimento analogico, né di ricevere attenzione determinante nella ricostruzione della nozione stessa di proprietà; l'opposta conclusione, invece, vale nei casi in cui quegli interventi rientrino in un quadro che esplicitamente assuma come riferimento la funzione sociale della proprietà» (p. 326).*

<sup>312</sup> In questa prospettiva, numerosi sono stati gli interventi del legislatore italiano che hanno determinato una relativizzazione delle prerogative proprietarie, dando concreta attuazione al principio della funzione sociale. Alcuni di questi interventi hanno limitato il contenuto del diritto, riservando alla pubblica autorità le scelte relative alle modalità di taluni impieghi della cosa, com'è avvenuto con la normativa in materia di urbanistica ed edilizia. Altri interventi, come quello realizzato con la legge 27 luglio 1978, n. 392, sulla locazione degli immobili urbani, le attribuzioni proprietarie sono state limitate attraverso la tipizzazione legislativa del contenuto del contratto cui si fa abitualmente ricorso per lo sfruttamento economico del bene, in funzione della tutela del diritto all'abitazione degli altri cittadini.

<sup>313</sup> V., in particolare, Corte di Giustizia C.e., Causa 4/73, *Nold c. Commissione delle Comunità europee*, 14 maggio 1974, par. 14, ove si evidenzia che il diritto di proprietà, benché tutelato dall'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri, non costituisce prerogative assolute, ma va considerato alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa a tale diritto fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Ciò posto, la Corte precisa che anche nell'ordinamento giuridico comunitario appare legittimo sottoporre tale diritto a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza del diritto stesso. Cfr. anche Corte di Giustizia C.e., Causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz (Land Renania-Palatinato)*, 13 dicembre 1979, parr. 15-20, ove la Corte riconosce che il diritto di proprietà costituisce parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza, e che, nel garantire la tutela di tale diritto, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che consentono al legislatore di disciplinare l'uso della proprietà privata nell'interesse generale.

tradizionale impostazione civilistica e del costituzionalismo ottocentesco <sup>(314)</sup>, tanto da potersi ormai affermare che l'assoluta prevalenza dell'interesse del proprietario rispetto a quelli della collettività non costituisce più la regola, ma l'eccezione; la regola diviene, invece, quella del bilanciamento degli interessi, con una certa tendenza a subordinare quelli egoistici del proprietario agli interessi sociali. Una tale impostazione costituisce lo sviluppo ultimo di quell'idea, propria della pandettistica tedesca, per cui il diritto di proprietà impone, al contempo, degli obblighi in capo al suo titolare. Il che conduce alla prospettazione di un modello di proprietà nel quale la funzionalizzazione diviene elemento strutturale della situazione giuridica <sup>(315)</sup>, determinandosi così il passaggio dall'attribuzione incondizionata del sistema precedente (nel quale il proprietario è, in linea di principio, libero nell'esercitare a suo piacimento i poteri riconosciutigli dall'ordinamento) ad un'attribuzione istituzionalmente condizionata al perseguimento dell'interesse generale, oltre che di quello del proprietario <sup>(316)</sup>.

Un tale capovolgimento di valori si spiega alla luce delle trasformazioni che hanno caratterizzato gli Stati europei a partire dal Secondo Dopoguerra, quando, abbandonate le idee liberali, si è assistito ad un crescente interventismo in campo economico, volto a realizzare finalità redistributive socialmente molto rilevanti. La "funzione sociale" della proprietà (o, il che è lo stesso, l'esercizio di tale diritto in funzione del perseguimento degli interessi generali) altro non è che la traduzione in termini normativi delle mutate esigenze emergenti nel contesto sociale ed economico <sup>(317)</sup>.

---

<sup>314</sup> Sul punto, basti pensare alla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, il cui art. 17 recita: «*La proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato*», nonché allo Statuto Albertino, che sanciva l'invulnerabilità di tutte le proprietà, senza alcuna eccezione (art. 29). Invero, come è stato ben rilevato da C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., p. 38, «*L'enunciazione della inviolabilità esprimeva [...] l'impegno di non ingerenza dello Stato liberale nei confronti della proprietà, correlato alla riconduzione di questa nella sfera dei diritti di libertà. Un'enunciazione che corrisponde a un principio costitutivo dello Stato liberale – le cui radici sono nell'ideologia del giusnaturalismo e dell'individualismo possessivo – che si traduce in concreto in una "inviolabilità nei confronti dei pubblici poteri" come espressione enfatica per indicare il principio di legalità dell'azione amministrativa sul diritto di proprietà [...]: profili, entrambi, che nulla toglievano e nulla aggiungevano alla concezione civilistica della proprietà privata*».

<sup>315</sup> Ciò ha indotto parte della dottrina italiana ad evidenziare che il principio costituzionale della funzione sociale ha una portata immediatamente precettiva, tanto da potersi finanche ammettere un controllo giudiziale sull'esercizio antisociale del diritto mediante il ricorso al divieto dell'abuso del diritto (sul punto, cfr. U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, ed. 2, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 191 e ss.). Altri studiosi hanno ritenuto non condivisibile tale tesi ed hanno evidenziato come l'enunciato costituzionale non consenta al giudice di attingere il criterio della decisione unicamente dal principio della funzione sociale, ma valga piuttosto a legittimare l'applicazione analogica di norme restrittive dei poteri proprietari (v. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, p. 50).

<sup>316</sup> V. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, op. cit., p. 236.

<sup>317</sup> IBIDEM, pp. 322-323, ove l'Autore evidenzia che la Costituzione italiana è attraversata da una costante tensione verso il superamento dell'identificazione, propria dell'ideologia liberale, tra ottimo economico e interesse dei privati, e che, sebbene ciò non porti immediatamente con sé

Naturalmente, queste esigenze si manifestano in maniera differenziata in relazione alle singole tipologie di cose, poiché il rapporto tra l'interesse egoistico del proprietario e l'interesse della collettività si atteggia diversamente a seconda delle caratteristiche del bene che forma oggetto del diritto <sup>(318)</sup>, il che consente di superare definitivamente il tradizionale dogma dell'unitarietà del diritto di proprietà (già messo in crisi dalla legislazione speciale introdotta dai legislatori fin dai primi decenni del '900) e di acquisire consapevolezza in ordine alla circostanza che esistono tanti diritti di proprietà (e tante normative proprietarie) quante sono le tipologie di cose che possono formarne oggetto <sup>(319)</sup>.

Poste tali premesse, si aprono nuove prospettive per lo sviluppo della normativa sulla proprietà in chiave europea. Invero, il principio della funzione sociale, recepito anche a livello di Unione europea mediante l'art. 17 della Carta di Nizza, impone al legislatore europeo (oltre che a quelli nazionali) e, soprattutto, alla Corte di Giustizia europea l'obbligo di garantire che la disciplina che regola il diritto di proprietà persegua lo scopo primario di far sì che il concreto esercizio del diritto non violi l'interesse generale della collettività. Tale interesse deve essere individuato, mediante un'interpretazione sistematica, alla luce del complessivo quadro valoriale espresso dal sistema costituzionale di riferimento, che, nel caso di specie, è dato dai principi che compongono il diritto primario dell'Unione, ma anche dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. In questa prospettiva, per determinare l'interesse generale dell'insieme dei cittadini europei si dovrà tener conto non solo delle esigenze del mercato, ma anche e soprattutto di quei valori "sociali" che tradizionalmente hanno informato le Costituzioni dei Paesi membri e che, di recente, hanno pervaso anche il quadro costituzionale dell'Unione europea. L'interesse generale dei cittadini europei non coincide, pertanto, con la massimizzazione della produzione e del profitto, né (soltanto) con l'efficienza economica, poiché il corretto funzionamento del mercato europeo rappresenta non il fine ultimo dell'Unione, ma piuttosto il mezzo per la

---

l'abbandono pieno della logica del mercato, si è ormai fuori dalla logica liberista, dal momento che «*il vincolo previsto per l'intervento pubblico è unicamente quello che consiste nella realizzazione di finalità sociali*».

<sup>318</sup> Ciò in quanto la rilevanza economica e sociale delle singole cose che possono formare oggetto di proprietà è fortemente differenziata. È chiaro che, ad esempio, un bene immobile è ontologicamente più idoneo a realizzare interessi generali di quanto non possa esserlo un bene mobile. Pertanto, in linea di principio, l'esercizio del diritto di proprietà su un immobile sarà soggetto a limiti che non si estendono al godimento dello stesso diritto su una cosa mobile.

<sup>319</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, op. cit., *passim*, ove l'Autore elabora la sua teoria della pluralità dei modelli proprietari proprio alla luce del principio della funzione sociale, evidenziando come l'esistenza di normative differenziate in relazione alle singole tipologie di beni dipenda non tanto dalla differenza ontologica tra le cose che formano oggetto di proprietà, quanto piuttosto dal diverso contenuto che l'interesse generale assume in ordine all'utilizzazione di ciascuna tipologia di bene. La conseguenza di ciò è che la stessa tipizzazione degli statuti proprietari discende da scelte normative, cioè dalla valutazione che il legislatore fa dell'interesse pubblico, che richiede discipline differenziate in vista degli scopi perseguiti.

realizzazione dei valori di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà <sup>(320)</sup>. Pertanto, in una prospettiva *de iure condendo*, la funzionalizzazione della proprietà all'interesse generale assume il carattere di un vero e proprio programma politico per una normativa europea da costruire. Inoltre, l'individuazione dell'interesse generale alla cui realizzazione deve essere orientata la disciplina del diritto di proprietà assume particolare rilevanza anche in una prospettiva *de iure condito*, poiché permette di valutare la legittimità delle norme in base al sistema gerarchico delle fonti e quindi di individuare la regola da applicare al caso concreto; consente di verificare quale sia la *ratio legis* e quindi di stabilire se sussistono antinomie o lacune nell'ordinamento e come vadano colmate; e fornisce un parametro che orienta l'interpretazione delle disposizioni di legge, soprattutto quando esse contengono criteri finalistici di comparazione degli interessi (come avviene in materia di immissioni) <sup>(321)</sup>.

### § 3.4. (Segue). I rimedi a protezione del diritto di proprietà.

Ulteriori indicazioni sui caratteri essenziali del diritto di proprietà nei sistemi giuridici europei possono essere ricavate dall'indagine della fase patologica della relazione tra il proprietario e i soggetti terzi, ossia dei rimedi che i sistemi giuridici dei Paesi europei predispongono a protezione del diritto di proprietà. Essi si basano esclusivamente sull'accertamento della titolarità del diritto in capo al ricorrente e, a seguito di tale accertamento, reagiscono contro le violazioni (o le minacce di violazioni) delle prerogative spettanti al titolare del diritto, imponendo la restituzione del bene illecitamente sottratto ovvero la cessazione delle turbative arrecate al godimento <sup>(322)</sup>. Non sanzionano, invece, la condotta colposa o dolosa del convenuto,

---

<sup>320</sup> Tali valori sono espressamente posti a fondamento dell'Unione europea dal Preambolo alla Carta di Nizza, che pone la persona al centro dell'azione politica dell'Unione. La loro portata è specificata nei vari capi e nelle singole norme che compongono la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: il Capo I è dedicato alla dignità umana, che è riconosciuta come valore inviolabile (art. 1); il Capo II tutela, tra le varie libertà, il diritto di ogni cittadino dell'Unione di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro (art. 15); il Capo III sancisce il principio di uguaglianza (artt. 20 e ss.) ed il Capo IV quello di solidarietà (artt. 27 e ss.). È proprio sulla base di un'interpretazione sistematica di queste norme che deve determinarsi il contenuto di quell'interesse generale alla cui realizzazione deve essere orientata la disciplina del concreto esercizio delle prerogative proprietarie.

<sup>321</sup> Per un approfondimento sul punto, v. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., p. 50.

<sup>322</sup> Parzialmente diversa è la disciplina dei rimedi posti a protezione della proprietà nei sistemi giuridici di *common law*, ove le azioni a tutela della proprietà consentono di recuperare in forma specifica la terra, ma non necessariamente anche i beni mobili, poiché questi ultimi sono protetti da rimedi che consentono il recupero del loro equo valore di mercato, a meno che il convenuto accetti di consegnare lo specifico bene rivendicato. Questa disciplina sta alla base della tradizionale



né tantomeno il suo illecito arricchimento, e non garantiscono, pertanto, a favore del ricorrente il risarcimento del danno subito <sup>(323)</sup>.

Nei sistemi di *civil law*, il diritto di proprietà è protetto da un'azione specifica (la c.d. *rei vindicatio*), che mira al recupero della cosa (mobile o immobile), previo accertamento della titolarità del diritto assoluto. Diversa finalità hanno le azioni possessorie, essendo deputate alla protezione di una situazione di fatto come il possesso e non di una situazione di diritto come la proprietà. La netta distinzione, tipica dei sistemi giuridici continentali, tra azioni a tutela della proprietà e rimedi possessori non trova riscontro negli ordinamenti di *common law*, ove tutte le azioni previste a tutela dei rapporti di proprietà sono basate sul possesso e sulla disponibilità del titolo che conferisce il diritto di possedere, piuttosto che sulla sussistenza del diritto assoluto in capo al ricorrente <sup>(324)</sup>.

A ben vedere, tuttavia, la differenza tra i sistemi di protezione della proprietà negli ordinamenti di *civil law* e in quelli di *common law* è meno netta di quanto possa apparire. Invero, anche nei sistemi giuridici continentali le azioni possessorie sono spesso utilizzate per proteggere gli interessi del proprietario (a condizione che, naturalmente, egli sia anche possessore del bene), in quanto idonee a garantire una tutela più rapida e più facilmente accessibile (dato che meno complicato è assolvere il relativo onere della prova) contro le turbative arrecate dai terzi al concreto godimento del bene. Ciò fa sì che, nei sistemi di *civil law*, l'azione di rivendica divenga un rimedio cui ricorrere solo in via residuale, ossia quando le azioni possessorie non risultino, in concreto, idonee a tutelare l'interesse del proprietario <sup>(325)</sup>.

L'analisi dei rimedi esperibili dal proprietario per ottenere protezione delle sue prerogative sulla cosa consente di delineare più nettamente i confini del diritto di proprietà, ossia di stabilire quali beni possano formarne oggetto. Invero, tutti i sistemi nazionali sono stati costruiti sul presupposto per cui il diritto di proprietà ha ad oggetto una cosa suscettibile di appropriazione e controllo fisico, con la conseguenza che il titolare del diritto, il quale sia stato illecitamente privato della materiale disponibilità della cosa, può chiederne la consegna. Inoltre, la natura corporale della cosa assicura al proprietario/possessore il diritto di ottenere protezione contro le interferenze altrui mediante il ricorso alle azioni possessorie.

La circostanza che gli ordinamenti giuridici europei abbiano costruito il loro sistema di protezione della proprietà sul presupposto della natura corporale del bene

---

bipartizione delle proprietà in “*real property*” e “*personal property*”, ove la proprietà immobiliare può sempre essere recuperata in specie, mentre la proprietà personale è protetta solo da azioni personali.

<sup>323</sup> Sul punto, cfr. VON BAR C., *Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, op. cit., pp. 23 e ss.

<sup>324</sup> Cfr. S. M. SANTISTEBAN – P. SPARKES, *Protection of Immovables in European Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

<sup>325</sup> Sul punto, cfr. M. GRAZIADEI, *The structure of property ownership*, in (a cura di) M. GRAZIADEI – L. SMITH, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, op. cit., 2017, p. 92-94.

che ne forma oggetto deve necessariamente indurre l'interprete ad escludere che i c.d. beni immateriali possano formare oggetto di proprietà. Invero, una tale conclusione implicherebbe che l'intera disciplina proprietaria (comprensiva dei rimedi contro le violazioni del diritto) risulti applicabile anche alle entità immateriali, rispetto alle quali, invece, sono evidentemente inapplicabili gli strumenti di tutela tradizionali predisposti a protezione della proprietà.

#### § 4. Profili soggettivi del diritto europeo sulla proprietà.

I caratteri tradizionali della proprietà privata, ripresi dalla dottrina romanistica e cristallizzati nelle codificazioni moderne, consentono di individuare facilmente la prima figura soggettiva di riferimento, cioè la persona fisica. Invero, le varie definizioni dell'istituto in questione, rinvenibili nei codici civili degli Stati europei <sup>(326)</sup>, condividono l'elemento dell'attribuzione al proprietario del diritto di godere e disporre della cosa con pienezza ed esclusività, il che lascia intravedere, dietro la figura astratta del proprietario, la persona fisica. Tale concetto implica, infatti, l'attribuzione al proprietario del potere di scegliere a proprio piacimento le modalità di utilizzazione della cosa tra tutte le destinazioni economiche del bene possibili e lecite in quanto rispondenti alla conformazione disposta dal legislatore <sup>(327)</sup>.

Peraltro, tutti gli ordinamenti giuridici europei riconoscono la soggettività giuridica, oltre che alle persone fisiche, anche alle persone giuridiche – ovvero, più in generale, agli enti collettivi non personificati – e quindi ammettono che i beni possano appartenere, a titolo di proprietà, anche a questi ultimi <sup>(328)</sup>. Ed anzi, la realtà

---

<sup>326</sup> Ad esempio, l'art. 544 *Code civil* definisce la proprietà come il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti; il § 903 BGB attribuisce al proprietario il potere di agire sulla cosa a proprio piacimento (cioè, in sostanza, di goderne) ed escludere gli altri da ogni ingerenza, in quanto non si opponga la legge o diritti di terzi; l'art. 832 c.c. italiano attribuisce al proprietario il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico; l'art. 354 ABGB definisce la proprietà come la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altro della sostanza e degli utili di una cosa; l'art. 348 c.c. spagnolo descrive la proprietà come il diritto di godere e disporre di una cosa, senza altre limitazioni che quelle stabilite dalla legge.

<sup>327</sup> In questo senso, A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, op. cit., pp. 388-395.

<sup>328</sup> Per un approfondimento sul tema della proprietà degli enti collettivi, cfr. M. BASILE (con il contributo di M.V. DE GIORGI), *Le persone giuridiche*, ed. II, Giuffrè, Milano, 2014; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, in Studi in memoria di Tullio Ascarelli, Giuffrè, Milano, 1969, p. 241; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in Riv. Dir. Civ., 1965, I, p. 553; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova, 1975; A. FALZEA - M. BASILE, *Persona giuridica (dir. priv.)*, in Enc. Dir., vol. XXXIII, 1983, p. 234.

economica dimostra che gran parte della ricchezza mondiale è oggi posseduta da soggetti che non sono persone fisiche <sup>(329)</sup>.

Da questo punto di vista, non si pongono, dunque, particolari problemi, dato che, da un lato, ormai tutti i sistemi giuridici moderni riconoscono la capacità giuridica a tutte le persone fisiche, senza che sia ammissibile alcuna limitazione, e quindi riconoscono a ciascun soggetto, in quanto tale, la potenziale titolarità di diritti di proprietà; e, dall'altro, tutti gli ordinamenti riconoscono la soggettività giuridica anche agli enti collettivi, che quindi possono a loro volta divenire titolari di beni giuridici (ormai senza alcuna limitazione).

#### § 4.1. (Segue). La proprietà nell'interesse altrui. Il *trust*.

La figura giuridica che, sul piano soggettivo, si discosta maggiormente dal paradigma proprietario ricavabile dalle definizioni contenute nei codici civili europei è quella del *trust* <sup>(330)</sup>, istituto che trae le sue origini nella tradizione del Regno Unito (in particolare, nella giurisdizione di *Equity*) e che, negli ultimi decenni, ha iniziato a diffondersi anche nei sistemi giuridici continentali <sup>(331)</sup>. L'impostazione tradizionale,

---

<sup>329</sup> Per un approfondimento sulle implicazioni connesse al riconoscimento della proprietà in capo alle grandi società (c.d. *corporations*), v. U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in Enc. dir., Annali V, 2012.

<sup>330</sup> Sulla figura del *trust*, cfr. G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645-ter c.c. e «trust italiano»*, in Riv. Dir. civ., 2016, I, p. 167; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in Riv. Dir. priv., 2007, p. 721; M. GRAZIADEI - U. MATTEI - L. SMITH, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge Univ. Press, 2005; A. BRAUN, *Trust interni*, in Riv. dir. civ., 2000, II, p. 590; L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, Giuffrè, 2004; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, Padova, 2010; ID., *I trusts nel diritto civile*, in Trattato di diritto civile (diretto da) R. SACCO, Utet, Torino, 2004; ID., *Trusts*, II ed., Milano, Giuffrè, 2001; S. BANAKAS, *Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe*, InDret, Vol. 323, No. 1/2006; A. GAMBARO, voce "*Trusts*", in Dig. disc. priv., sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 449; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in Vita not., 1998, 1323.

<sup>331</sup> L'istituto è stato ampiamente studiato dalla dottrina di *civil law* sin dai primi decenni del XX secolo. Particolare interesse destavano soprattutto i *trust* americani, poiché, con la crescita economica e finanziaria che seguì la fine della Prima Guerra Mondiale, le relazioni economiche di alcuni Paesi europei con gli Stati Uniti si rafforzarono e alcuni *trust* americani furono costituiti su beni situati nei territori dell'Europa continentale, soprattutto Francia e Italia. Di conseguenza, già a partire dai primi decenni del '900, i Giudici degli Stati europei continentali dovettero risolvere questioni giuridiche aventi a che fare con i *trust*. E ciò ha indotto gli studiosi non solo a esplorare la natura del *trust* e la sua struttura concettuale, ma anche a cercare istituti funzionalmente simili nei propri sistemi giuridici. Alcuni Paesi europei (come il Liechtenstein) hanno finanche introdotto una apposita legislazione in materia di *trust*, al fine di attirare investitori internazionali. Questo processo di diffusione si è ulteriormente accentuato nei decenni successivi, sia per il progressivo aumento della ricchezza personale (specialmente dopo la Seconda Guerra Mondiale), sia per la crescente integrazione dei

che attribuisce al proprietario poteri di godimento e di disposizione pieni ed esclusivi sulla cosa, è abbandonata a favore di un meccanismo di gestione dei beni in cui il proprietario formale (ossia il *trustee*) deve rendere conto ad altri soggetti (i beneficiari) delle modalità di conservazione e utilizzazione del patrimonio <sup>(332)</sup>.

La *ratio* sottesa alle regole che disciplinano tale figura giuridica è diversa rispetto a quella che connota la proprietà tradizionalmente intesa, ma non è incompatibile con la logica tradizionale. Invero, l'impostazione teorica che sta alla base dell'attribuzione di un bene in proprietà esclusiva ad un certo soggetto è quella per cui il comportamento egoistico del singolo proprietario, seppur tenuto al solo scopo di realizzare l'interesse del titolare del diritto, produce effetti benefici per l'intera collettività, poiché egli è stimolato a gestire i beni che gli vengono assegnati nella maniera migliore possibile e ciò ne aumenta la produttività o, quantomeno, ne impedisce l'abbandono e quindi il perimento. Nel caso del *trust*, invece, il "proprietario" è chiamato a una gestione razionale dei beni che compongono il c.d. *trust fund* allo scopo di realizzare un interesse altrui, ossia quello dei beneficiari. Il che non esclude, tuttavia, che la logica di fondo dell'istituto sia analoga a quella che caratterizza la proprietà in senso tradizionale. Anche in questo caso, infatti, l'attribuzione in proprietà al *trustee* mira ad assegnare la gestione dei beni a quel soggetto che è ritenuto maggiormente capace di svolgere adeguatamente tale compito. Ed, in effetti, i settori in cui si è fatto più ampio ricorso all'istituto del *trust* sono stati quelli relativi a beni sofisticati come i titoli di credito e gli strumenti finanziari, la cui gestione richiede non solo una specifica competenza professionale, ma anche una notevole elasticità e sveltezza nell'esercizio delle prerogative proprietarie.

La grande diffusione di questo istituto si spiega proprio alla luce della sua capacità di fornire una soluzione adeguata rispetto a tutti quei casi in cui il titolare di una situazione di appartenenza non sia in grado di gestire autonomamente e in modo

---

mercati finanziari. Infatti, allo scopo di attrarre nuovi investimenti finanziari, all'indomani della Convenzione dell'Aia, numerosi Stati europei (Lussemburgo, Francia, San Marino e, più recentemente, Romania, Ungheria e Repubblica ceca) hanno approvato una legislazione in questo settore. Desti particolare interesse la riforma introdotta in Francia dalla legge n. 211 del 19 febbraio 2007 e dal Decreto n. 725 del 7 maggio 2007, che hanno introdotto la *fiducie* nel *Code Civil* agli artt. 2011-2031. In particolare, l'art. 2011 definisce la *fiducie* come un contratto con il quale una società trasferisce beni o diritti ad un altro soggetto, che tiene separati quei beni dal suo patrimonio e li amministra nell'interesse di uno o più beneficiari. La *fiducie* viene ad esistenza a seguito di registrazione dell'atto costitutivo presso un registro nazionale (il *National Registre des Fiducies*), nonché presso il *Service des Impôts*. Tale adempimento pubblicitario ha, dunque, efficacia costitutiva. Per un approfondimento, v. A. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, op. cit., pp. 798 – 800; A. BRAUN, *The state of the art of comparative research in the area of trusts*, in (a cura di) GRAZIADEI M. – SMITH L., *Comparative Property Law. Global Perspectives*, op. cit., pp. 121-149.

<sup>332</sup> Sulla proprietà fiduciaria nell'interesse altrui, cfr. M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Univ. Degli studi di Trento, 1995; A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, ESI, 1999.

razionale i beni che l'ordinamento gli attribuisce <sup>(333)</sup>. Per tale ragione, molti ordinamenti giuridici continentali hanno imitato il modello di *trust* elaborato nella tradizione britannica, introducendo nel proprio sistema la stessa figura del *trust* ovvero meccanismi analoghi di gestione patrimoniale <sup>(334)</sup>.

Tuttavia, la diffusione dell'istituto del *trust* genera delicati problemi per il corretto funzionamento del mercato, il che rende necessario un intervento regolatore da parte del legislatore europeo <sup>(335)</sup>.

Invero, ad oggi, l'unico punto di riferimento sovranazionale per la disciplina del *trust* è la XV Convenzione dell'Aia del 1985 <sup>(336)</sup>, che, oltre a fornire una definizione dell'istituto e a delinearne le caratteristiche essenziali <sup>(337)</sup>, rimette alla volontà del

---

<sup>333</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, all'esigenza di amministrare un patrimonio eccessivamente ampio per poter essere razionalmente e utilmente gestito da una sola persona.

<sup>334</sup> In questa prospettiva, la Scozia ha semplicemente trasposto nel proprio sistema giuridico le regole della *law of trust* inglese; il Liechtenstein e San Marino, nel tentativo di attrarre ricchezza finanziaria, hanno introdotto un'apposita legislazione in materia di *trust*; la Francia ha imitato solo parzialmente il modello inglese mediante l'introduzione, con la legge sulla modernizzazione dell'economia del 2008, dell'istituto della "*fiducie*". L'Italia, oltre ad aver aderito alla XV Convenzione dell'Aia del 1985 sulla legge applicabile e il riconoscimento degli effetti dei *trust* (ratificata con legge n. 364/1989), ha introdotto molteplici disposizioni volte a consentire la produzione di uno degli effetti tipici dei *trust*, ossia la segregazione patrimoniale, ammettendo che determinati beni possano rimanere separati dal restante patrimonio del loro titolare con riguardo alle società di intermediazione mobiliare, ai fondi comuni di investimento ed ai gestori di portafoglio, ai fondi pensione, agli intermediari finanziari e assicurativi. È stata, inoltre, introdotta, con l'art. 2645-ter c.c., la figura del vincolo di destinazione, che rappresenta una forma specifica di proprietà nell'interesse altrui. Per un approfondimento sull'ammissibilità dell'istituto del *trust* nell'ordinamento italiano, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, op. cit., pp. 409-418. In particolare, l'Autore osserva che per effetto della legge di ratifica della Convenzione dell'Aia del 1985 (legge n. 364/1989), «è stata introdotta in Italia la possibilità di riconoscere gli effetti dei trusts, regolati dalla legge di uno Stato che li preveda e disciplini, e con ciò cessa di avere un qualche valore l'argomento secondo cui nell'ordinamento italiano non sarebbe ammissibile la titolarità di un diritto di proprietà cui non corrisponde un elemento attivo del patrimonio del titolare» (p. 410).

<sup>335</sup> Il legislatore europeo ha mostrato di essere consapevole della necessità di un suo intervento in sede di elaborazione del *Draft Common Frame of Reference*, il cui libro X è specificamente diretto a disciplinare l'istituto del *trust*. Questo progetto non ha, tuttavia, ancora trovato concretizzazione, a dimostrazione della complessità delle opere di armonizzazione della disciplina proprietaria.

<sup>336</sup> Su cui cfr. S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts*, 2000, p. 145.

<sup>337</sup> V. art. 2 Conv. Aja 1985, a norma del quale «*Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il trust presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge*».

costituente la scelta della legge applicabile <sup>(338)</sup>, prevedendo altresì un criterio suppletivo per l'individuazione della normativa di riferimento per il caso in cui la legge scelta dal costituente non preveda l'istituzione del *trust* o la categoria del *trust* in questione <sup>(339)</sup>, ovvero non sia stata scelta alcuna legge <sup>(340)</sup>. In tal caso, il *trust* sarà regolato dalla legge con la quale ha più stretti legami. E, per determinare la legge con la quale un *trust* ha più stretti legami, si tiene conto in particolare: a) del luogo di amministrazione del *trust* designato dal costituente; b) della situazione dei beni del *trust*; c) della residenza o sede degli affari del trustee; d) degli obiettivi del *trust* e dei luoghi dove dovranno essere realizzati.

Il *trust* costituito in conformità alla legge ad esso applicabile dovrà essere riconosciuto dagli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati che abbiano aderito alla Convenzione <sup>(341)</sup>. Il riconoscimento determina la produzione di una serie di effetti sostanziali necessari, tra cui la separazione dei beni del *trust* dal patrimonio personale

---

<sup>338</sup> V. art. 6, comma 1, Conv. Aja 1985, in forza del quale «*Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso*».

<sup>339</sup> L'art. 6, comma 2, Conv. Aja 1985 dispone: «*Qualora la legge scelta in applicazione del precedente paragrafo non preveda l'istituzione del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui all'art. 7*».

<sup>340</sup> V. art. 7 Conv. Aja 1985.

<sup>341</sup> V. art. 11, comma 1, Conv. Aja 1985, a norma del quale: «*Un trust costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come trust*». La disposizione citata assume grande rilevanza perché risolve positivamente la questione relativa alla compatibilità dei *trust* con i sistemi di *civil law*. Tuttavia, ha attirato molta attenzione un altro argomento correlato, riguardante la natura del diritto del beneficiario e quindi la questione se i *trust* implicino o meno la proprietà divisa o doppia. In effetti, la bipartizione tra proprietà legali ed equitative è stata spesso descritta come il punto cruciale della nozione di *trust* e il principale ostacolo alla sua introduzione nei sistemi giuridici che si ritiene abbiano una nozione assoluta di proprietà (cfr. F. WEISER, *Trusts on the continent of Europe: a study in comparative law with an annex containing suggestions for the drafting of general bonds of international government loans*, London: Sweet & Maxwell, 1936, p. 3; F. H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1953, p. 201). Sul punto, destano un certo interesse gli studi compiuti da Lepaulle, il quale cercò di favorire la diffusione del *trust* nei sistemi di *civil law* liberando l'istituto da quei caratteri, connessi alla tradizione di matrice britannica, che, nell'ottica dello studioso, lo avrebbero reso incompatibile con i sistemi continentali. A tal fine, egli sviluppò la teoria del *patrimoine d'affectation*, vale a dire un patrimonio senza titolare, rivolto al perseguimento di un certo scopo (cfr. P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932). L'impostazione di Lepaulle fu criticata da Siebert, che non condivideva il tentativo di trattare i beni in *trust* come patrimonio senza proprietario e, pur riconoscendo che, da un punto di vista pratico, il diritto del beneficiario ha l'apparenza di un diritto reale, preferiva seguire l'approccio di Maitland, che ha qualificato il diritto del beneficiario come un diritto di natura personale (cfr. W. SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Treubandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treubandproblem*, Marburg, Elwert, 1933; F. MAITLAND, *Equity. A Course of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, pp. 23 e ss.). Per un approfondimento, v. A. BRAUN, *The state of the art of comparative research in the area of trusts*, op. cit., pp. 137-138.

del *trustee* <sup>(342)</sup>, ed eventuali, cioè destinati a realizzarsi qualora la legge applicabile al *trust* lo preveda, tra i quali spicca il riconoscimento a favore dei beneficiari di un'azione di rivendicazione dei beni del *trust* qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dalle regole che governano la relazione fiduciaria (c.d. *trust terms*), abbia confuso i beni del *trust* con i propri, determinandone l'illecita fuoriuscita dal *trust fund* <sup>(343)</sup>. Tuttavia, poiché non tutti gli Stati aderenti alla Convenzione disciplinano sul piano interno l'istituto del *trust*, l'art. 13 prevede che nessuno Stato aderente alla Convenzione è vincolato a riconoscere gli effetti di un *trust* i cui elementi rilevanti (ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*) sono più strettamente connessi ad uno Stato che non prevede l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione <sup>(344)</sup>. La norma risponde alla *ratio* di garantire agli Stati che hanno ratificato la Convenzione la libertà di valutare se una determinata tipologia di *trust* sia ammissibile sul piano interno, in quanto compatibile con l'ordinamento giuridico dello Stato al quale gli elementi fondamentali del *trust* in questione sono maggiormente connessi <sup>(345)</sup>.

Senonchè, la disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aia lascia irrisolte una serie di questioni che andrebbero attentamente vagliate al fine di eliminare i persistenti dubbi in ordine alla compatibilità di tale istituto con le regole di corretto funzionamento del sistema giuridico ed economico.

Anzitutto, vi è il rischio che i beneficiari del *trust* rimangano privi di una tutela efficace, atteso che il riconoscimento, pur determinando automaticamente la

---

<sup>342</sup> V. art. 11, comma 1, Conv. Aja 1985: «[...] Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di *trustee* davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica».

<sup>343</sup> V. art. 11, comma 2, Conv. Aja 1985: «Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare: a) che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare i beni del *trust*; b) che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta; c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*; d) che la rivendicazione dei beni del *trust* sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro».

<sup>344</sup> V. art. 13 Conv. Aja 1985.

<sup>345</sup> Cfr. S. ASARO – F. COLLETTI – D. RECCO, *La trascrizione. La giurisprudenza di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa*, Ed. Giuffrè, Milano, 2011, p. 80. Cfr. anche Tribunale Bologna, sentenza 1 ottobre 2003, il quale ha espressamente affermato che il *trust* interno che non abbia intenti abusivi o fraudolenti è valido, non contrasta con norme imperative o principi di ordine pubblico ed ha l'effetto di segregare i beni del *trust* rispetto al restante patrimonio del *trustee* in deroga all'art. 2740 c.c.; nonché Tribunale Belluno, sentenza 12 febbraio 2014, secondo cui «il giudice italiano può rifiutare il riconoscimento di un *trust* interno quando i soggetti, i beni e lo scopo del *trust* siano localizzati in uno Stato che non conosce l'Istituto. (Nel caso di specie, si è negato il riconoscimento di un *trust* nel quale l'unico elemento di estraneità è costituito dalla scelta del disponente di applicare la legge del Jersey, mentre i dati di fatto del *trust* non risultano collegati né con quello specifico ordinamento né con altri ordinamenti stranieri)».

separazione dei beni del *trust* dal patrimonio personale del *trustee* (ex art. 11, comma 1), non necessariamente assicura ai beneficiari la titolarità di un'azione di rivendicazione dei beni del *trust* illecitamente sottratti dal *trustee*, poiché tale effetto consegue solo eventualmente al riconoscimento (ex art. 11, comma 2), cioè è condizionato ad una espressa previsione in tal senso della legge applicabile al *trust*. La conseguenza è che un *trust* potrebbe produrre l'effetto di rendere opponibile ai terzi la separazione dei beni detenuti in *trust* dal *trustee* rispetto a quelli che compongono il suo patrimonio personale, ma non quello di munire i beneficiari di rimedi reipersecutori rispetto ai beni che siano usciti illecitamente dal fondo del *trust*.

Ancor più radicalmente, data la previsione di cui all'art. 13 della Convenzione, gli strumenti di tutela previsti dalla *law of trust* potrebbero risultare difficilmente accessibili per i beneficiari di *trust* costituiti nei sistemi giuridici continentali, almeno quando il diritto interno non li prevede, atteso che lo Stato con il quale il *trust* presenta un collegamento più stretto potrebbe rifiutarsi di riconoscere gli effetti del *trust* e quindi lasciare sforniti di tutela i soggetti coinvolti. Proprio alla luce di tale previsione, infatti, il Giudice indicato come competente nell'atto costitutivo potrebbe ritenere il *trust* di cui si discute incompatibile con l'ordinamento interno e quindi rifiutarsi di intervenire a protezione dei beneficiari, ad esempio mediante la sostituzione del *trustee* che abbia negligenemente violato i doveri fiduciari, oppure non sia più in grado di adempierli.

Inoltre, il *trust*, per sua struttura ontologica, si presenta come istituto caratterizzato da una intrinseca pericolosità per l'efficienza del mercato, perché si presta ad essere utilizzato per fini come l'evasione fiscale e la frode ai creditori<sup>(346)</sup>. Invero, esso determina una scissione di due profili che, normalmente, sono legati all'attribuzione di un diritto di proprietà a favore di un certo soggetto: da un lato, il diritto di beneficiare delle utilità derivanti dallo sfruttamento del bene che costituisce oggetto della proprietà e, dall'altro, il potere di gestire il bene e di apparire, nei confronti della collettività, come il titolare formale del bene stesso.

L'istituto del *trust* rappresenta, perciò, uno strumento pericoloso per il mercato, che deve essere accompagnato da precise cautele. Ciò soprattutto quando si tratti di *trusts autodichiarati*, nei quali il disponente assume anche il ruolo di *trustee*, e di *trusts di protezione*, mediante i quali un insieme di beni viene sottratto ad azioni esecutive di terzi.

---

<sup>346</sup> Per un approfondimento sul punto, v. M. LUPOI, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 9/2011; nella stessa rivista, F. PERSANO, *Trust esteri e applicazione delle norme di conflitto tra modello inglese e modello internazionale*, n. 7/2019; M. PATRONE, *Il trust "sham" e il diritto civile*, n. 1/2019; G. PONTEPRINO, *Recenti pronunce delle Sezioni penali della Corte di cassazione*, n. 11/2018; P. MANES, *L'interesse del beneficiario secondo la Corte di San Marino*, n. 9/2018; A. A. BONI-SAENZ e R. KRESS WEISBORD, *Lo "sham trust" negli USA*, n. 5/2017; A. SEMPRONI, *Sviluppi dello sham trust: una sentenza australiana*, n. 9/2015; R. BELVEDERI, *Alcune considerazioni in materia di sham trust*, n. 3/2013; A. VICARI, *Il trust sham o simulato: questioni di diritto internazionale privato*, n. 11/2010.



Allo scopo di evitare che l'incertezza derivante dalle problematiche evidenziate faccia perdere al modello del *trust* gran parte della sua attrattività, sarebbe opportuna un'opera di armonizzazione della disciplina che presiede i diversi strumenti che possono essere riconosciuti come *trust* ai sensi della Convenzione dell'Aia e i vari istituti, introdotti dai diversi Stati europei, che assolvono funzioni simili al *trust* della tradizione inglese. In questo quadro si collocano i tentativi di elaborazione di una serie di principi generali di diritto europeo in materia di *trust* <sup>(347)</sup> e le proposte di disciplina uniforme confluite nel libro X del *Draft Common Frame of Reference* <sup>(348)</sup>, nonché in una proposta di direttiva sui fondi protetti <sup>(349)</sup>. Tuttavia, nessuno di questi progetti si è ancora tradotto in una legislazione europea, il che rende pressante l'esigenza di ulteriori studi e ricerche su un tema che appare particolarmente delicato per gli equilibri del Mercato Europeo Comune <sup>(350)</sup>.

## § 5. Profili oggettivi del diritto europeo sulla proprietà.

Il secondo elemento strutturale del diritto di proprietà, cioè l'oggetto, rappresenta certamente il profilo più complesso, poiché i diritti reali possono, a seconda degli ordinamenti presi in esame, avere per oggetto un ampio e variegato spettro di oggetti. Gli unici elementi comuni a tutte le tradizioni giuridiche sembrerebbero essere la distinzione degli oggetti dai soggetti <sup>(351)</sup> e la concezione del patrimonio come manifestazione nel mondo fisico del soggetto <sup>(352)</sup>. A parte questi aspetti generali, tuttavia, le divergenze tra i singoli sistemi giuridici sono profonde, poiché gli ordinamenti europei hanno sviluppato approcci diversi rispetto al problema di stabilire quali beni possono formare oggetto di proprietà e ciò dipende

---

<sup>347</sup> Sul punto, cfr. D. HAYTON, *Modern International Developments in Trust Law*, The Hague, Kluwer Law International, Boston, 1999.

<sup>348</sup> Cfr. C. VON BAR - E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>349</sup> Cfr. S.C.J.J. KORTMANN - D.J. HAYTON - N.E.D. FABER - K.G.C. REID - J.W.A. BIEMANS, *Towards an EU Directive on Protected Funds*, The Hague, Kluwer Law International, 2009.

<sup>350</sup> Per un approfondimento sui progetti di armonizzazione europea in materia di *trust* e istituti affini, cfr. A. BRAUN, *The Framing of a European Law of Trusts*, in *The Worlds of the Trust*, Ed. L. SMITH, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 277; ID., *Trusts in the Draft Common Frame of Reference*, in *Cambridge Law Journal* Vol. 70, 2011, p. 327.

<sup>351</sup> Tale distinzione è diretta ad assicurare l'integrità della persona umana e del suo corpo, impedendo che questi possano essere scambiati, come avviene per gli oggetti e come è avvenuto in epoche passate (si pensi all'istituto giuridico della schiavitù), nonché a garantire protezione agli oggetti di cui il soggetto si circonda, che, entrando a far parte della sua sfera giuridica, assumono la denominazione di *patrimonio* o *estate* di questa persona.

<sup>352</sup> Cfr. S. VAN ERP, *European property law: a methodology for the future*, op. cit., p. 13.

principalmente dalla diversità del modello di diritti di proprietà che i singoli sistemi giuridici hanno adottato.

Come si è visto nelle pagine precedenti (v. *supra*, cap. II), gli Stati europei hanno aderito principalmente a due modelli concettuali, legati a due differenti tradizioni giuridiche. I sistemi giuridici di *civil law* hanno costruito la loro legge sulla proprietà sulle basi storiche e intellettuali fornite dalla tradizione romanistica, fondata sull'idea del *dominium* come relazione esclusiva tra una persona e una cosa tangibile. Gli ordinamenti giuridici che si collocano nel solco della tradizione del *common law* hanno, invece, fondato il loro sistema sull'idea che le relazioni proprietarie siano prima di tutto relazioni tra individui, il che pone in secondo piano l'entità oggettiva cui tali relazioni hanno riguardo. Da questo differente approccio deriva che, mentre gli ordinamenti di *civil law* tendono a limitare l'oggetto della proprietà alle cose corporali<sup>(353)</sup>, i sistemi di *common law* designano con il termine *property* la titolarità di ogni diritto avente contenuto economico, facendo così rientrare nella nozione di oggetto anche i beni immateriali (come i diritti di credito o le opere dell'ingegno). Ma anche l'ordinamento francese, pur collocandosi nella famiglia di *civil law*, ammette che il diritto di proprietà possa avere come riferimento oggettivo beni immateriali.

Questa incertezza su ciò che può costituire oggetto del diritto di proprietà è dovuta principalmente a ragioni economico-industriali. Poiché il sistema di protezione predisposto a favore del proprietario garantisce la più intensa tutela dei suoi interessi, verso di esso tendono costantemente gli interessi forti emergenti nel contesto socio-economico. Lo schema proprietario nasce in funzione della proprietà terriera e presuppone un imprescindibile collegamento con le c.d. "*res corporalis*", ma, con l'evoluzione delle moderne società nate dalla rivoluzione industriale, viene via via esteso a beni giuridici nuovi e di crescente rilevanza che, nella scala dei valori sociali ed economici, si affiancano alla proprietà fondiaria, fino a sostituirla come forma principale di ricchezza (come è avvenuto con le creazioni intellettuali e i titoli azionari). Ed è chiaro che l'emersione di nuove forme di ricchezza "dematerializzata" implica una forte pressione affinché i nuovi beni siano riconosciuti come potenziali oggetti del diritto di proprietà. Il che conduce all'affermarsi dell'idea per cui oggetto del diritto di proprietà è tutto ciò che può essere commercializzato<sup>(354)</sup>.

Nel medesimo solco innovativo si colloca la teoria delle c.d. "nuove proprietà", che afferma l'esigenza di riconoscere lo stesso grado di protezione previsto per la proprietà a variegate situazioni socialmente e giuridicamente rilevanti, come le attribuzioni effettuate da soggetti pubblici a favore di cittadini e organismi di vario tipo (autorizzazioni, concessioni, finanziamenti, incentivi, sgravi fiscali, servizi), che assumono un valore determinante per l'attività degli interessati, ben al di là dei

---

<sup>353</sup> Emblematico è il disposto del § 90 BGB: «*Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*».

<sup>354</sup> Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 36 e ss.

tradizionali rapporti proprietari (basti pensare, a titolo esemplificativo, al valore che assume per un privato la concessione di una rete televisiva). In questa prospettiva, come il cittadino è garantito contro l'espropriazione di una porzione di terra, così dovrebbero essere assicurate garanzie analoghe contro la revoca della concessione a chi gestisce una rete televisiva, in quanto "proprietario" di un bene oggi economicamente ben più rilevante di qualsiasi proprietà terriera<sup>(355)</sup>. In quest'ottica si collocano anche i riferimenti alla "proprietà" di posizioni acquisite nel rapporto di lavoro (mansioni, qualifiche, categorie) per intendere il sistema di garanzie posto a tutela della stabilità dell'occupazione<sup>(356)</sup>.

In realtà, l'utilizzo del termine "proprietà" nei casi da ultimo menzionati è certamente errato<sup>(357)</sup>. Invero, un diritto di proprietà ricorre solo ed esclusivamente quando l'ordinamento attribuisca ad un soggetto poteri di godimento esclusivi su un'entità corporale, in modo da consentirgli di realizzare in via autonoma il proprio interesse mediante il semplice esercizio di quei poteri sulla cosa<sup>(358)</sup>. Il godimento in forma esclusiva rappresenta, dunque, il presupposto concettuale imprescindibile affinché si possa affermare l'esistenza di un diritto di proprietà. Ciò discende dalla funzione essenziale che ogni ordinamento giuridico è chiamato a svolgere, ossia quella di garantire la tutela degli interessi individuali: le situazioni giuridiche soggettive altro non sono che forme di protezione di interessi; e la proprietà consiste specificamente in quella situazione giuridica soggettiva che attribuisce al suo titolare poteri esclusivi

---

<sup>355</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 134 e ss..

<sup>356</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, Proprietà, t. I, Torino, 1982, rist. 1984.

<sup>357</sup> In Italia, la stessa dottrina che utilizza formule come "proprietà immateriale" o "proprietà intellettuale" sottolinea spesso la superficialità di un'identificazione terminologica con i diritti su cose materiali, chiarendo che, in realtà, l'identificazione non è mai assoluta ed evidenziando le differenze strutturali tra oggetti materiali e immateriali. Per un approfondimento sul punto, v. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 56.

<sup>358</sup> Si perviene necessariamente a questa soluzione se si guarda alla tradizione romanistica, ove la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* non era intesa semplicisticamente come criterio discrezionale affidato al senso del tatto: in quest'ottica, sarebbero "cose corporali" «*ea quae tangi possunt*» e incorporali «*quae tangi non possunt*» (v. *Gai.* 2, 12-14). Invero, la categoria delle *res incorporales* non comprendeva tutte le possibili cose «*quae tangi non possunt*», bensì soltanto quel gruppo ristretto delle cose «*quae in iure consistunt*», cioè i diritti. In tal modo, però, la distinzione parrebbe poco coerente, perché, fondandosi su due termini di paragone dalla natura eterogenea, finisce per contrapporre i diritti ai loro oggetti. Nelle fonti romane si rinviene anche un'altra apparente anomalia: esse considerano, infatti, come cose incorporali i diritti, ma ricomprendono tra le cose corporali la proprietà, che, essendo un diritto, dovrebbe essere qualificata come cosa incorporale. L'anomalia è, a ben vedere, soltanto apparente, perché il diritto di proprietà attribuisce al suo titolare poteri così ampi sulla cosa che ne forma l'oggetto che finisce per confondersi con la cosa stessa. La distinzione, quindi, si prospetta tra *res corporales*, cioè cose in proprietà, e *res incorporales*, cioè diritti diversi dalla proprietà. Per un approfondimento sul punto, v. S. PUGLIATTI, *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, XI, 1962.

di godimento sulle cose, che, in definitiva, costituiscono gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione del soggetto per realizzare quel determinato interesse al quale si collega la cosa che forma oggetto del diritto <sup>(359)</sup>.

Viceversa, non possono formare oggetto del diritto di proprietà le entità incorporali. Invero, la natura e la funzione dei diritti su beni immateriali contraddicono l'essenza stessa del diritto di proprietà. Diverso è, anzitutto, l'interesse che sta alla base dei diritti su cose materiali rispetto a quello che giustifica il riconoscimento di diritti su beni immateriali: mentre nel primo caso l'interesse fondamentale del proprietario è quello di utilizzare la cosa per trarne le utilità che essa è in grado di fornire, nel secondo caso l'interesse fondamentale è quello allo sfruttamento economico del bene e al riconoscimento della paternità dell'idea. Proprio in ragione della diversità dell'interesse che sta alla base delle situazioni giuridiche su beni materiali e su beni immateriali, tutti gli ordinamenti giuridici ricorrono a tecniche di tutela diverse. Invero, rispetto alle cose corporali l'esigenza principale è quella di garantire al proprietario il possesso e il pacifico godimento della cosa. Tale esigenza è perseguita mediante il divieto, imposto ai terzi, di porre in essere condotte idonee ad impedire la materiale apprensione della cosa da parte del proprietario o comunque a turbarne l'utilizzo. Viceversa, nel caso di beni immateriali, fino a quando l'idea non è manifestata, è impossibile che i terzi pongano in essere una condotta appropriativa del bene. E, una volta che l'idea sia stata resa pubblica, viene in rilievo una logica inclusiva, volta a consentirne un godimento largamente diffuso (salvo il rispetto dei diritti allo sfruttamento economico e alla paternità dell'idea da parte del suo creatore), che contrasta con la logica esclusiva tipica del diritto di proprietà sulle cose corporali (c.d. *ius excludendi alios*). E, proprio in quanto diretta a garantire essenzialmente il diritto allo sfruttamento economico dell'idea, la tutela dei diritti su beni immateriali ha carattere temporaneo, in netto contrasto con il principio di perpetuità del dominio che connota il diritto di proprietà.

Pertanto, sono tecnicamente imprecise le espressioni come “proprietà letteraria” o “proprietà industriale”, poiché il diritto di proprietà, come istituto diretto a consentire l'appropriazione esclusiva di cose corporali, ha caratteri strutturalmente diversi da quelli dei diritti di esclusiva che abbiano ad oggetto cose incorporali. Naturalmente, la questione ha rilevanza non soltanto sul piano teorico, cioè ai fini della classificazione sistematica dei diritti soggettivi, ma anche sul piano pratico, perché dalla qualificazione di una situazione giuridica come proprietaria discende l'applicabilità della relativa disciplina <sup>(360)</sup>.

Si può, dunque, affermare che la legge sulla proprietà riguarda questioni giuridiche relative alle cose corporali. Di conseguenza, in un sistema costruito in modo coerente, i rapporti giuridici che non si riferiscono a cose materiali dovrebbero

---

<sup>359</sup> Sul punto, cfr. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, op. cit., pp. 32-43.

<sup>360</sup> C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, pp. 83 e ss.

esulare dal campo di applicazione della normativa sulla proprietà, fatte salve le eccezioni espressamente previste dalla legge. La circostanza che, attualmente, non tutti i sistemi giuridici condividano questa impostazione non fa altro che dimostrare la mancanza di una terminologia europea coerente <sup>(361)</sup>. Invero, non c'è dubbio che se, da una parte, la terra e gli altri oggetti fisici appartengono alle cose, dall'altra né le persone, né le loro azioni (o, in altri termini, le prestazioni che formano oggetto di un'obbligazione e quindi, in ultima analisi, i crediti) possono essere considerati cose <sup>(362)</sup>, poiché ciò significherebbe affermare che si possa essere proprietari di un altro uomo ovvero del suo lavoro, come avveniva nelle epoche in cui gli ordinamenti giuridici legittimavano l'istituto della schiavitù <sup>(363)</sup>. La legge sulla proprietà è, dunque, quell'insieme di norme che regolano il rapporto di una persona con una cosa corporale <sup>(364)</sup>.

Ciò posto, non vi è dubbio che la rilevanza sociale ed economica degli interessi degli individui e (soprattutto) delle grandi società commerciali ad essere adeguatamente tutelati nell'acquisto, nell'uso e nella commercializzazione dei nuovi beni che si sono ormai affermati sul mercato mondiale imponga la predisposizione di regole (eventualmente da costruire prendendo a modello la normativa proprietaria) adeguate a disciplinare l'attribuzione e il godimento di questi nuovi beni, che richiedono regolamentazioni il più possibile uniformi a livello internazionale.

---

<sup>361</sup> Emblematico è il caso dell'ordinamento francese, ove, nonostante la formale adesione del *Code civil* al modello romanistico di proprietà – intesa come signoria compatta, assoluta e illimitata su un'entità corporale –, la dottrina ha ritenuto di poter ricondurre al concetto di proprietà anche la titolarità di beni incorporali (quali brevetti, marchi, disegni e modelli, opere dell'ingegno, *fonds de commerce*), spingendosi sino ad affermare che anche i diritti di credito costituirebbero oggetto di proprietà. Ma in tal modo si finisce per far coincidere la nozione di proprietà con quella di titolarità di un diritto soggettivo.

<sup>362</sup> Apparentemente problematica è, sul punto, la formulazione dell'art. 202 (1) del codice civile portoghese, secondo cui cosa è tutto ciò che può essere oggetto di una relazione legale. Il testo di questa disposizione, se interpretato letteralmente, porterebbe ad affermare che anche le persone possono essere considerate cose, ad es. nel contesto dei rapporti giuridici di famiglia. La dottrina portoghese ha quindi spesso criticato il testo della legge e ha costantemente respinto questa conclusione. Cfr. O. DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012, pp. 79-82; A. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex-Edições Jurídicas, 1993, p. 189; C. A. DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, ed. IV, Coimbra Editora, 2005, pp. 333-343.

<sup>363</sup> Sebbene, nel diritto austriaco, ai sensi del § 285 codice civile, è cosa in senso giuridico tutto ciò che è diverso dalla persona e serve per l'uso delle persone, non può considerarsi cosa la capacità di lavorare in quanto tale, perché essa è parte della persona. Le cose nel senso della nozione ampia di cui al § 285 ABGB austriaco sono prestazioni singolarmente intese. Invero, il § 303 ABGB austriaco considera "cose stimabili" tutte le cose il cui valore commerciale può determinarsi mediante un confronto con le altre, e quindi anche i servizi e le opere manuali e intellettuali che hanno un valore economico oggettivamente verificabile.

<sup>364</sup> Emblematico, sul punto, è il disposto del § 307 ABGB austriaco, che definisce i diritti reali come i diritti che competono ad una persona sulla cosa «*non avuto alcun riguardo a certe persone*», cioè senza che sussista un rapporto giuridico immediato tra il titolare del diritto reale e i soggetti terzi.

Si pone, dunque, l'esigenza di formulare una teoria dell'oggettività giuridica in chiave europea, che sia in grado di eliminare le incertezze dovute alle profonde differenze esistenti tra le varie tradizioni nazionali e di soddisfare nella massima misura possibile i vari interessi in gioco. A tal fine, è necessario esaminare il concetto di "cosa" alla luce delle disposizioni contenute nelle codificazioni degli Stati europei.

### § 5.1. (Segue). Il concetto di "cosa" nei codici civili europei e nella tradizione di *common law*.

Assumendo come prospettiva di indagine il concetto di "cosa", è possibile suddividere i codici civili europei in tre gruppi distinti. Nel primo gruppo rientrano quelli che forniscono una definizione restrittiva del concetto di cosa, sostanzialmente coincidente con gli oggetti corporali. Tra questi, particolare rilevanza assume la definizione di "*Sache*" contenuta nel BGB tedesco, il cui § 90 stabilisce che solo gli oggetti corporei sono cose nel senso della legge. Il combinato disposto dei §§ 90 e 903 BGB consente di definire la proprietà come il diritto di disporre discrezionalmente di una cosa corporale e di escludere gli altri da ogni ingerenza su di essa, purché si rispettino la legge e i diritti dei terzi.

L'approccio tedesco alle nozioni di cosa e proprietà è seguito da altri sistemi giuridici: ad esempio, l'art. 45 del codice civile polacco qualifica cose soltanto gli oggetti fisici e il § 5:14 (1) del codice civile ungherese del 2014 stabilisce che la proprietà può avere ad oggetto tutte le cose materiali che sono suscettibili di appropriazione. Posto detto principio generale, la norma da ultimo citata aggiunge che le disposizioni relative alle cose si applicano anche al denaro e ai titoli, comprese le risorse naturali che possono essere utilizzate come beni capitali (comma 2), nonché agli animali, conformemente alle disposizioni di legge che stabiliscono deroghe coerenti con le loro caratteristiche naturali (comma 3) <sup>(365)</sup>.

L'art. 333 del codice civile spagnolo considera come beni tutte le cose che possono essere oggetto di appropriazione, il che presuppone evidentemente la natura corporale della cosa. Anche il BW olandese contiene una definizione della nozione di cosa: secondo l'art. 3:2, le cose ("*zaken*") sono oggetti materiali che possono essere sottoposti a controllo umano <sup>(366)</sup>. In base all'art. 947 del codice civile greco, sono

---

<sup>365</sup> In precedenza, il § 94 (1) del codice civile ungherese del 1959 stabiliva che possono essere oggetto di proprietà tutte le cose che possono essere possedute e che (2) le disposizioni relative alla proprietà si applicano anche al denaro e ai titoli, nonché alle risorse naturali che possono essere utilizzate allo stesso modo delle cose, salvo che sia diversamente previsto dalla legge.

<sup>366</sup> Questa norma va letta in combinato disposto con l'art. 3:1 del medesimo codice, ove si stabilisce che la proprietà ("*goederen*") comprende tutte le cose e tutti gli altri diritti patrimoniali. I diritti patrimoniali sono definiti nell'articolo 3:6 come diritti trasferibili (separatamente ovvero

cose soltanto gli oggetti fisici. Tuttavia, la legge stessa prevede alcune eccezioni a detto principio generale, ammettendo (al comma 2 dello stesso art. 947) che devono essere considerate cose anche le forze naturali o energie, in particolare la corrente elettrica e il calore, nella misura in cui queste forze sono soggette a controllo quando concentrate in uno spazio limitato.

Un secondo gruppo comprende i codici europei che forniscono una definizione del concetto di cosa dalla portata molto più ampia: l'art. 202 del codice civile portoghese qualifica "cosa" tutto ciò che può essere oggetto di relazioni giuridiche; l'art. 489 del codice civile ceco sancisce che cosa in senso giuridico è tutto ciò che è diverso dalla persona e serve per il soddisfacimento dei bisogni delle persone; il § 285 dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) austriaco considera cosa tutto ciò che non è persona e serve all'uso dell'uomo. È stato evidenziato come la norma da ultimo citata vada posta in relazione con il § 353 dell'ABGB, in forza del quale «*dicesi proprietà di alcuno tutto ciò che gli appartiene, tutte le sue cose corporali e incorporali*». Dal combinato disposto delle due norme si è ritenuto di poter ricavare una nozione ampia di proprietà, comprensiva sia delle cose corporali che incorporali<sup>(367)</sup>. In realtà, il § 353 dell'ABGB utilizza il termine "proprietà" in maniera impropria, come sinonimo di "patrimonio" (secondo il modello lessicale proprio del *common law*) e, per tale ragione, vi fa rientrare ogni tipo di utilità economica riconducibile ad un certo soggetto.

Infine, in un terzo gruppo possono farsi rientrare quei codici civili europei che non chiariscono quale sia il significato del termine cosa. Ad esempio, il codice civile francese non fornisce una definizione né del concetto di "cosa", né di quello di "biens", limitandosi ad affermare, all'art. 516 (norma di apertura del titolo I del libro II, dedicato ai vari tipi di oggetti dei diritti di proprietà), che tutti i beni sono mobili o immobili. Come si è visto nelle pagine precedenti (v. *supra*, cap. II, par. 5) la mancanza di una distinzione tra cose e beni ha indotto la dottrina francese ad ampliare la portata del diritto di proprietà, sino ad includervi (oltre che le cose corporali) anche le entità intangibili, come i diritti di credito, sebbene l'art. 544 *Code civil* precisasse espressamente che «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses*», rimandando così al concetto di cosa come elemento differente rispetto a quello di bene.

Analogamente, il Codice Civile italiano, pur riconoscendo al proprietario il diritto di godere e disporre delle "cose" in modo pieno ed esclusivo (purché rispetti i limiti e osservi gli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico)<sup>(368)</sup>, non fornisce una definizione del concetto di "cosa". L'unica indicazione è che le cose che possono

---

insieme ad un altro diritto), o che sono intesi a fornire un vantaggio materiale al titolare o che sono ottenuti in cambio di benefici materiali che sono stati o saranno forniti.

<sup>367</sup> Cfr. S. PRADUROUX, *Objects of property rights: old and new*, in (a cura di) M. GRAZIADEI – L. SMITH, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, op. cit., p. 55, ove si evidenzia che «*[...] following Section 353 of the ABGB, both corporeal and incorporeal things are introduced as suitable objects of ownership*».

<sup>368</sup> V. art. 832 c.c. ita.

formare oggetto di diritti sono beni <sup>(369)</sup>. È stato giustamente osservato come, in base alla legge italiana, sia gli oggetti fisici (beni materiali), sia gli oggetti incorporei (beni immateriali, come invenzioni e opere dell'ingegno) rientrino nella nozione di bene <sup>(370)</sup> e come in alcuni casi, come nell'art. 2740, il codice civile italiano utilizzi una nozione particolarmente ampia di bene, includendovi ogni tipologia di diritti spettanti ad un soggetto, compresi i diritti di credito <sup>(371)</sup>. Tuttavia, il concetto di bene non è idoneo a costituire il riferimento oggettivo del diritto di proprietà, poiché l'art. 832 del codice civile fa espresso riferimento alle "cose" come oggetti del diritto di proprietà. Dunque, in base al sistema giuridico italiano, un credito, pur costituendo certamente un bene giuridico (*ex art. 2740 c.c.*), non potrebbe mai essere inteso come oggetto di proprietà, essendo sottoposto a regole totalmente diverse, ossia alla disciplina delle obbligazioni. Pertanto, il riferimento oggettivo del diritto di proprietà non è il bene, ma la cosa, intesa come entità corporale suscettibile di appropriazione e di godimento esclusivo.

L'ordinamento svedese, infine, non contiene una definizione generale di cosa, ma distingue tra *fast egendom* (che, secondo la definizione contenuta nel cap. 1 § 1 JB, coincide con la proprietà immobiliare, ossia la proprietà della terra) e *lös egendom*. In quest'ultima categoria rientra tutto ciò che non è *fast egendom* e quindi beni mobili (*lösören*), navi e aeromobili, case su terreni altrui (*byggnad på ofri grund*), obbligazioni e altri titoli (incluse le azioni), crediti (*enkla skuldebrev och fordringar*), reclami registrati elettronicamente (secondo la legge sugli strumenti finanziari), richieste dirette alla consegna di merci e diritti di proprietà intellettuale.

Del tutto peculiare è la tassonomia propria della *common law*. La legge inglese, infatti, non offre né una definizione generale delle cose che possono essere possedute, né una tassonomia precisa e completa dei tipi di proprietà. Come si è visto mediante l'analisi storico-comparativa condotta nelle pagine precedenti (v. *supra*, cap. II, par. 6), sin dall'inizio del XIII secolo, la legge inglese sulla proprietà era basata sulla bipartizione tra *real property* e *personal property*. Tale *summa divisio* di natura sostanziale traeva la sua origine dalle differenti tipologie di rimedi che la giurisdizione di *common law* garantiva a favore del titolare del diritto: gli "hereditaments" (o "heritagia") – ossia terra e diritti legati alla terra – venivano protetti mediante *actiones in rem* (o *real actions*), che permettevano il recupero o l'esecuzione in forma specifica del diritto controverso; i "chattels" – ossia tutti gli altri diritti, non legati alla terra – erano protetti mediante azioni *in personam* (o *personal actions*), che generalmente permettevano al titolare del diritto leso di ottenere soltanto il risarcimento dei danni subiti. In seguito, la *real property* venne a sua volta divisa in due categorie, *corporeal hereditaments* e *incorporeal hereditaments*, la seconda delle quali comprendeva i diritti relativi alla terra ma che non

---

<sup>369</sup> V. art. 810 c.c. ita.

<sup>370</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. VI, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 51

<sup>371</sup> Cfr. C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlicher Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, op. cit., p. 7 (nota 17).



permettevano il possesso materiale della terra <sup>(372)</sup>. Anche la proprietà personale venne suddivisa in due sottocategorie: “*choses in possession*”, in cui rientravano tutte le cose mobili suscettibili di essere materialmente possedute, e “*choses in action*”, comprensiva di tutti gli oggetti che non potevano essere fisicamente posseduti. Una posizione del tutto peculiare è quella del soggetto titolare di un “*leasehold interest in land*”, che è considerato come un “*estate in the land*” e quindi, con la terminologia propria dei giuristi di *civil law*, un diritto reale. Sebbene un tale interesse insista su beni immobili, esso viene classificato come una forma speciale di “*personal property*”: un “*chattel real*”, che non rientra né nella categoria delle *choses in possession*, né in quella delle *choses in action*. Questa particolare classificazione è dovuta a una ragione storica: i *leaseholds* non erano inclusi nella lista delle “proprietà feudali” (“*feudal estates*”) e, in origine, al *leaseholder* era riconosciuta soltanto un’azione personale <sup>(373)</sup>. Pertanto, in base alla tradizione di *common law*, anche i diritti di credito – pur avendo natura meramente personale – costituiscono oggetto dei diritti di proprietà, poiché rientrano nella descrizione di *choses in action*. Tuttavia, questa conclusione non ha alcuna base legislativa e non è unanimamente accettata dai *common lawyers*, atteso che molti studiosi rifiutano l’idea che i diritti di credito possano essere ricompresi nella *property law* <sup>(374)</sup>.

Ad ogni modo, al di là delle differenze riscontrabili nelle definizioni contenute all’interno delle codificazioni europee, che spesso sono dovute alle diverse linee evolutive che hanno caratterizzato i singoli sistemi giuridici <sup>(375)</sup>, ciò che rileva è che, anche in quei sistemi che sembrerebbero ammettere una proprietà su beni immateriali, le regole dei codici civili sul diritto di proprietà possono essere applicate alle entità immateriali solo con alcuni adattamenti. Il che significa, in definitiva, che la proprietà, in linea di principio, non può che avere ad oggetto cose corporali. È semmai la legge che, in relazione a taluni profili specifici, può estendere l’applicabilità delle regole sulla proprietà alle entità immateriali. Ma, in mancanza di una espressa previsione legislativa, una tale operazione estensiva non può esser compiuta dall’interprete.

---

<sup>372</sup> Due esempi di *incorporeal hereditaments* sono: un *profit à prendre*, come il diritto di caccia su un particolare appezzamento di terreno; una servitù (*easement*), che dà al proprietario di un terreno alcuni diritti (come un diritto di passaggio) su un terreno vicino.

<sup>373</sup> V. S. PRADUROUX, *Objects of property rights: old and new*, in (a cura di) M. GRAZIADEI – L. SMITH, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, op. cit., p. 56.

<sup>374</sup> B. MCFARLANE, *The Structure of Property Law*, Oxford: Hart, 2008.

<sup>375</sup> Ad esempio, la netta differenziazione di impostazione del sistema tedesco rispetto a quello francese affonda le sue radici nel diverso approccio della rispettiva dottrina nei confronti dell’istituto della *possessio civilis*. Invero, nell’ottica dei giuristi tedeschi, il possesso implica la disponibilità materiale di una cosa e, quindi, si applica solo agli oggetti corporali. E, poiché il possesso non è altro che l’esercizio di un potere di fatto che si manifesta in un’attività corrispondente al diritto di proprietà, non può essere oggetto di proprietà ciò che non può essere posseduto. Ne deriva che il diritto di proprietà deve necessariamente avere ad oggetto cose tangibili (cfr. A. GAMBARO, *I beni*, Ed. Giuffrè, Milano, 2012, pp. 49 e ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Ed. Giuffrè, Milano, 1982).

## § 5.2. (Segue). Le categorie fondamentali per una teoria generale dell'oggettività giuridica in chiave europea: oggetti, beni, cose.

La ricognizione del dato positivo mette in rilievo la necessità di una teoria generale dell'oggettività giuridica, volta a superare la profonda incertezza esistente all'interno dei singoli ordinamenti nazionali in ordine al concetto di cosa e a ciò che può formare oggetto di proprietà. In particolare, si impone l'esigenza di elaborare una teoria generale dell'oggettività giuridica in chiave europea, che consenta non solo di gestire in modo coerente e uniforme le questioni controverse relative ai beni giuridici "tradizionali", ma anche di inquadrare all'interno di categorie giuridiche predeterminate le nuove risorse emergenti nel contesto socio-economico, allo scopo di evitare confusione ed arbitrarietà ogniqualvolta si tratti di determinare la natura di un bene giuridico di nuova emersione e quindi di stabilire se il soggetto che ne è titolare possa accedere agli strumenti di protezione che l'ordinamento predispone a garanzia delle situazioni di appartenenza. In questa sede tenteremo, pertanto, di offrire alcune indicazioni essenziali per la costruzione di questa teoria.

Si è già evidenziato che un elemento comune a tutte le tradizioni giuridiche europee è la distinzione degli oggetti dai soggetti. Proprio da qui occorre partire, procedendo dal generale al particolare, per tentare di costruire una teoria generale dell'oggettività giuridica in chiave europea. In questo quadro, la prima categoria di riferimento può essere individuata nell'*oggetto*, termine con cui intendiamo tutte le entità del mondo diverse dal soggetto, siano esse rilevanti per un sistema giuridico (in quanto idonee a realizzare o ledere interessi umani) ovvero giuridicamente irrilevanti (in quanto influenti ai fini della realizzazione di interessi umani). Le prime, proprio in quanto rilevanti per il diritto, vengono disciplinate in funzione della realizzazione di interessi umani meritevoli. Le seconde, invece, in quanto giuridicamente irrilevanti, restano prive di una disciplina giuridica e quindi non vengono trasposte dal campo della fisica al mondo del diritto. Le entità oggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico possono essere tali o perché utili per la realizzazione di interessi umani meritevoli di tutela, oppure perché nocive per l'essere umano. Nel primo caso l'oggetto, proprio in quanto benefico per l'essere umano, assume la denominazione di "*bene giuridico*", per tale dovendosi dunque intendere ogni entità che, essendo stata riconosciuta da un ordinamento giuridico come potenzialmente idonea a realizzare di interessi umani giuridicamente rilevanti, può formare oggetto di situazioni giuridiche soggettive. Il "*bene giuridico*" è quindi il risultato della sintesi tra un elemento oggettivo (la cosa o altre entità giuridicamente rilevanti) e un elemento normativo – o formale, nel senso che i criteri per individuare il bene in senso giuridico vanno ricercati

sul terreno del diritto positivo <sup>(376)</sup> –, cioè viene ad esistenza nel momento in cui l'ordinamento giuridico, riconoscendo un'entità oggettiva come idonea a realizzare interessi umani, attribuisce su di essa situazioni giuridiche soggettive, qualificandone i caratteri e il contenuto e, così facendo, trasferisce una certa entità dal mondo materiale a quello giuridico <sup>(377)</sup>. Ciò significa che non tutte le entità del mondo fisico possono essere qualificate come “beni giuridici”, poiché, in adesione alla tradizione romanistica, deve escludersi che siano da considerare tali le *res communes omnium* (come l'aria dell'atmosfera o l'acqua del mare), in quanto inadeguate a realizzare interessi privati meritevoli di tutela (e quindi giuridicamente irrilevanti) perché mancanti dell'essenziale requisito della limitatezza. Tali entità, che nelle fonti romane venivano qualificate come *res extra commercium*, possono tuttavia divenire beni giuridici ove siano “appropriate per parti” e quindi limitate quantitativamente. Invero, l'individuazione fa sì che una parte della realtà oggettiva materiale, distinguendosi rispetto al tutto, assuma la configurazione di unità e divenga potenzialmente utile per il soggetto, attirando interessi umani (economici, sociali o di altra natura) che impongono all'ordinamento di predisporre una specifica disciplina per quell'oggetto a tutela degli interessi che gravitano attorno ad esso. Si pensi, a titolo esemplificativo all'aria atmosferica, che può essere raccolta in appositi contenitori (come le bombole di ossigeno) per usi determinati. Nel momento in cui essa viene individuata (cioè raccolta nel contenitore), diviene bene in senso giuridico, in quanto utile per la realizzazione di interessi umani meritevoli. Il beneficio che l'oggetto giuridico può assicurare al soggetto può essere di due tipologie. Il bene può essere tale perché idoneo a realizzare interessi individuali meritevoli di protezione. In tal caso, l'ordinamento ammette che se ne possa liberamente disporre, garantendone così la circolazione all'interno del mercato (o, *rectius*, la circolazione dei diritti soggettivi che su di esso insistono). Ma è anche possibile che la fruizione di una certa entità oggettiva appaia idonea a realizzare non solo (o non tanto) l'interesse individuale di un singolo cittadino, bensì anche (e soprattutto) l'interesse superindividuale dell'intera collettività sociale; in tal caso l'ordinamento imporrà dei limiti ai poteri di godimento e disposizione del proprietario del bene o, addirittura, non ne consentirà la libera circolazione nel mercato, riservandone la titolarità allo Stato <sup>(378)</sup>. In definitiva, dunque, può dirsi “bene giuridico”

---

<sup>376</sup> V. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, op. cit., p. 119.

<sup>377</sup> Emblema di questo passaggio è l'art. 810 del codice civile italiano, che definisce “beni” le cose che possono formare oggetto di diritti. Il criterio di individuazione dei beni giuridici fornito dalla norma citata è dato, in linea generale, dall'esistenza di un diritto soggettivo; da ciò deriva l'identificazione del bene giuridico con l'oggetto di un diritto.

<sup>378</sup> Tipico è il caso dei *beni culturali* o delle c.d. *res extra commercium*: nel primo caso, anche se il bene costituisce oggetto di un diritto individuale di proprietà, i poteri spettanti al suo titolare sono fortemente limitati perché il bene deve essere fruibile all'intera collettività, il che impone una serie di oneri (di manutenzione, di corretta gestione, etc.) a carico del proprietario; nel secondo caso, il bene è ontologicamente incommerciabile, non può appartenere a un soggetto privato, perché ne deve essere garantita la piena accessibilità da parte dell'intera collettività (ad esempio, il Colosseo non può

ogni entità (materiale o immateriale) che, in quanto utile per la realizzazione di interessi umani meritevoli di tutela, costituisce punto di riferimento oggettivo di situazioni giuridiche soggettive <sup>(379)</sup>.

Qualora, invece, una certa entità del mondo fisico sia considerata come nociva per l'essere umano, un ordinamento che voglia risultare sistematicamente coerente dovrebbe qualificarla come “*male giuridico*” e, di conseguenza, vietarne l'immissione nel mercato <sup>(380)</sup>. Si perviene necessariamente ad una tale conclusione se si tiene a mente la struttura assiologica di un ordinamento giuridico, al cui vertice si colloca un valore fondamentale (*Grundwert*), espressione dell'interesse della comunità di riferimento e suscettibile di manifestarsi in una molteplicità di valori ulteriori, che costituiscono i principi cardine dell'ordinamento giuridico. Se il valore fondamentale dei sistemi giuridici europei contemporanei può essere identificato nella garanzia della dignità umana <sup>(381)</sup>, i valori che ne discendono si sostanziano in tutte quelle norme che tutelano interessi la cui realizzazione garantisce la piena affermazione della dignità. Tra questi valori rientrano certamente la tutela della vita e della salute dell'individuo. Pertanto, ogniqualvolta un'entità del mondo fisico metta in pericolo tali valori (configurando, proprio per tale pericolosità intrinseca, un “*male giuridico*”), il sistema è, in linea di principio, chiamato a bandirla dalla circolazione. Così, ad esempio, per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, l'art. 73 del Testo unico stupefacenti (D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) punisce come reato la produzione, il traffico e la detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope. Di conseguenza, dette sostanze non possono essere considerate beni giuridici, nel senso che non possono formare oggetto di situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento, né possono essere qualificate come oggetti giuridicamente irrilevanti, perché altrimenti non si giustificerebbe il divieto (penalmente sanzionato) di produrre, commerciare

---

formare oggetto di diritti individuali, in quanto l'attribuzione esclusiva del bene ad un soggetto implicherebbe la soppressione – o comunque la pesante limitazione – del diritto di tutti gli altri consociati di fruirne).

<sup>379</sup> Sulla nozione di bene, cfr. S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1959, vol. V., p. 173, ove per bene si intende il «*termine oggettivo di un diritto soggettivo*».

<sup>380</sup> Sul punto, nell'ambito di un'analisi dello statuto proprietario dei rifiuti, M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, op. cit., p. 140, osserva, con riferimento ai c.d. “mali giuridici” (detti anche “beni negativi” o “cose negative”), che «*posto [...] che ai sensi dell'art. 810 c.c., il criterio per qualificare il bene in senso giuridico è quello della utilità, a fronte di cose che non sono fonti di utilità, bensì di disutilità, a rigore queste potrebbero configurarsi quali mali e non beni giuridici*». L'Autore aggiunge, in una prospettiva *de iure condito*, che «*Si tratta, però, solo di un'immagine perché, in effetti, non esiste una categoria al riguardo*». Se ciò è vero con riguardo alla disciplina attualmente vigente, nulla esclude che, in una prospettiva *de iure condendo*, nell'ambito di un ampio progetto di elaborazione di un sistema europeo sulla proprietà, la categoria dei “mali giuridici” possa essere presa in considerazione in vista di una sua futura introduzione.

<sup>381</sup> La *Grundgesetz* tedesca ha espressamente individuato nella dignità il valore fondamentale dell'intero sistema giuridico, statuendo, all'art. 1, che «*La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla*».

o detenere dette sostanze. È evidente, allora, la necessità di introdurre una nuova categoria nell'ambito dell'oggettività giuridica, ossia (appunto) quella del “*male giuridico*”, per tale intendendosi un'entità del mondo fisico che è rilevante per il diritto e che, tuttavia, in quanto nociva per l'essere umano, non può formare oggetto di situazioni giuridiche soggettive e, pertanto, non può essere prodotta e immessa sul mercato <sup>(382)</sup>.

Il concetto di “*bene giuridico*” può essere ulteriormente articolato. Invero, nell'accezione di entità che costituisce oggetto di situazioni giuridiche soggettive, esso comprende sia i beni materiali che quelli immateriali <sup>(383)</sup>. Tuttavia, la disciplina di queste due tipologie di beni giuridici è, in concreto, differenziata perché notevolmente diverse sono le caratteristiche ontologiche dell'oggetto di riferimento <sup>(384)</sup>. Pertanto,

---

<sup>382</sup> Naturalmente, un tale divieto si giustifica alla luce dell'esigenza di tutelare la vita e la salute umana e quindi non può avere carattere assoluto, ma va incontro ad alcune deroghe quando, ad esempio, la sostanza nociva sia utilizzata da enti autorizzati per finalità *lato sensu* terapeutiche (si pensi all'uso della morfina all'interno delle strutture ospedaliere). La circostanza che non sempre gli ordinamenti giuridici vietino la circolazione di oggetti nocivi per l'essere umano (come avviene nel caso del tabacco) non fa altro che dimostrare la mancanza di coerenza del sistema, poiché crea un insanabile contrasto con il principio fondamentale della tutela della vita e della salute umana, assiologicamente preminente su ogni altro valore di natura economica. Né è possibile legittimare la commerciabilità di prodotti nocivi per la vita e la salute umana sulla base del consenso liberamente manifestato dal soggetto che ne fa uso, perché i suddetti diritti sono ontologicamente indisponibili.

<sup>383</sup> V. S. PUGLIATTI, *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, op. cit., ove si chiarisce che mentre il concetto di “bene” in senso giuridico comprende anche i così detti beni immateriali, le “cose” formano «*la base oggettiva dei beni che, in contrapposizione, possono qualificarsi beni materiali*». Pertanto, evidenzia l'Autore, «*possiamo affermare, in linea generale, che nell'ambito della vasta categoria delle cose in senso giuridico, può rientrare qualunque “cosa materiale” nel senso comune dell'espressione, qualunque prodotto materiale della natura*».

<sup>384</sup> Sul punto, F. CARNELUTTI, *L'editore*, in *Scritti giuridici in onore della CEDAM*, Padova, 1953, p. 5, osserva che «*la cosa corporale è fatta per il godimento di uno solo e la cosa spirituale per il godimento di tutti*», intendendo così sottolineare come le modalità attraverso cui si realizza il godimento del bene variano al variare delle caratteristiche strutturali dell'entità che forma oggetto della situazione giuridica soggettiva: mentre, in relazione alle “cose”, il proprietario realizza il proprio interesse attraverso il godimento esclusivo del bene (cioè esercitando su di esso i poteri che l'ordinamento gli riconosce), in relazione a entità immateriali come, ad esempio, le opere dell'ingegno il godimento del bene non si realizza se non mediante la diffusione ad altri della creazione intellettuale. Particolare interesse desta, in ordine alle caratteristiche del godimento delle entità immateriali (opere dell'ingegno, invenzioni e modelli, segni distintivi), il pensiero di D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporeali*, op. cit., pp. 205-207, il quale evidenzia, da un lato, che la qualificazione giuridica come beni delle cose corporali e delle entità incorporeali segue lo stesso meccanismo logico, poiché in ambedue i casi «*risulta dalla fusione di due elementi entrambi fondamentali: uno al livello delle strutture materiali e l'altro al livello delle strutture formali*»; l'elemento formale del concetto di bene (rappresentato dall'esistenza o meno del diritto) «*si rivela come qualche cosa di uniforme e in sé immutabile (di contro alla variabilità e alla complessità dell'elemento o presupposto economico)*» ed «*è dato dall'esistenza di una tutela in stretto rapporto con il fenomeno del godimento esclusivo*»; dall'altro lato, tuttavia, l'Autore sottolinea le profonde differenze esistenti tra i mezzi e le forme in cui

all'interno del concetto generale di bene giuridico, è possibile distinguere le "cose", cioè gli oggetti del mondo fisico su cui insistono diritti reali soggettivi<sup>(385)</sup>, dai beni che non sono cose e che potremmo definire "entità normative", in quanto si tratta di oggetti che non esistono in natura, non sono percepibili attraverso i sensi, ma trovano la loro genesi in una previsione normativa, nel senso che è l'ordinamento giuridico stesso che, riconoscendo tali entità come utili per il soddisfacimento di interessi umani meritevoli, ne determina il loro venire ad esistenza<sup>(386)</sup>. Se, da un lato, le entità oggettive che sono "cose" rivelano un'ontologica attitudine a formare oggetto di diritti reali, in quanto, data la loro materialità e finitezza, sono suscettibili di un godimento esclusivo ed immediato<sup>(387)</sup>, dall'altro, le entità normative, mancando di un sostrato fisico, non possono, in linea di principio, costituire oggetto di diritti reali. Soltanto la legge, nel momento in cui determina il loro venire ad esistenza, ha il potere di

---

si manifesta il godimento delle cose corporali e delle entità incorporali, rilevando che in relazione alle prime il godimento «ha un carattere essenzialmente statico: la relazione col bene si traduce nell'utilizzazione diretta e immediata del bene stesso»; viceversa, in relazione alle seconde «abbiamo la rilevanza di una dimensione dinamica: la relazione col bene si realizza attraverso un'attività con terzi». Una differenza che, secondo l'Autore, è dovuta alla diversa natura dei presupposti oggettivi e che lo porta a concludere perentoriamente che «data la loro natura incorporale, è fatale che le creazioni intellettuali non rivelino alcuna idoneità alla stessa forma di godimento propria delle cose corporali».

<sup>385</sup> Per un approfondimento sulle diverse accezioni del termine "cosa" nel sistema italiano, v. S. PUGLIATTI, *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, op. cit., ove l'Autore chiarisce che, da un lato, il concetto di "cosa" indica «un'entità naturale, ... una parte del mondo esterno, qualunque essa sia», che «deve poter servire all'attuazione di un interesse umano, individuale o collettivo»; ed aggiunge, per indicare il concetto di "bene giuridico", che «all'elemento materiale dovrà associarsi la qualifica (emanante dalla norma), in virtù della quale, tra tutte le cose che possono divenire beni in senso giuridico, saranno tali "soltanto quelle che in atto la norma considera come oggetto di determinati diritti"» e che «la nozione di cosa è pregiuridica e neutra, in quanto costituisce l'elemento materiale del concetto giuridico di bene, attraverso l'interesse che l'ordinamento giuridico tende a tutelare, attribuendo al soggetto un determinato diritto». Dall'altro lato, tuttavia, evidenzia che «Al concetto di cosa, invece, si attribuisce un'estensione più limitata, pur con la medesima struttura, quando si afferma che la cosa in senso giuridico è il bene oggetto di proprietà o di altro diritto reale, e che "nell'ambito dei diritti reali, l'oggetto del rapporto giuridico, e cioè il bene, si identifica colla cosa in quanto giuridicamente qualificata"».

<sup>386</sup> Sul punto, D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, op. cit., pp. 122-123, osserva che «la categoria dei beni è più ampia di quella delle cose, ad un livello sia pratico sia concettuale, dal momento che la nozione di bene può ricollegarsi a presupposti di fatto che, nella loro individualità oggettiva, non sono cose». Ciò posto, l'Autore chiarisce come dovrebbe essere intesa la formula utilizzata nell'art. 810 del codice civile italiano: «Così ci si rende conto che, al livello concettuale, la formula legislativa in realtà indica proprio quello che sembra indicare; cioè un criterio di individuazione valido soltanto per quei beni che, nella loro entità materiale, sono "cose"» (p. 123).

<sup>387</sup> IBIDEM, p. 129, ove, nel rimarcare l'attitudine delle sole "cose" ad essere oggetto di diritti reali, si evidenzia la rilevanza dell'elemento della corporeità sottolineando come vi sia «un rapporto molto significativo ed ovvio tra gli istituti del possesso e della proprietà; e gli stessi caratteri della proprietà e dei diritti di godimento in genere si rivelano modellati tutti su un potere di fatto assunto a un livello giuridico».

equiparare le entità normative alle cose per alcuni scopi specifici, rendendole così potenziali oggetti di diritti reali <sup>(388)</sup>. Questo processo di equiparazione delle entità normative alle cose del mondo fisico fa sì che le prime vengano ad essere disciplinate, per certi aspetti, dalle norme che regolano le seconde e quindi determina un avvicinamento delle entità normative alle cose. Il che suggerisce un'ulteriore suddivisione nell'ambito della categoria giuridica delle cose, che possono essere distinte in “*cose reali*” – per tali intendendosi le entità fisiche che, per loro natura, sono idonee a formare oggetto di diritti reali soggettivi – e “*cose normative*”, espressione con cui intendiamo indicare quei beni giuridici immateriali che, in quanto equiparati dalla legge alle cose per taluni specifici profili, divengono potenziali oggetti di diritti reali soggettivi.

Si è già evidenziato come qualsiasi oggetto possa acquistare lo *status* di bene giuridico solo in virtù di una valutazione del sistema giuridico, che riconosce una certa entità come utile per la realizzazione di interessi umani e quindi ne ammette la circolazione sul mercato. Quando l'oggetto riconosciuto come bene giuridico presenta una struttura materiale, esso diviene automaticamente, per sua natura, una “cosa”, cioè un oggetto di diritti reali soggettivi <sup>(389)</sup>. Viceversa, affinché possa dirsi esistente una “cosa normativa” è necessario che l'ordinamento giuridico compia una duplice operazione: anzitutto, occorre che riconosca l'entità incorporale come bene giuridico e quindi ammetta che essa possa formare oggetto di diritti soggettivi; in secondo luogo, è necessario che il diritto oggettivo equipari, per taluni specifici profili, l'entità immateriale alle cose, facendo sì che su di essa possano sorgere diritti reali. Tipici esempi di entità normative sono i diritti (ad esempio, i crediti), che non esistono nel mondo fisico e che, tuttavia, alla luce della loro idoneità ad emergere come valori oggettivi <sup>(390)</sup>, in base a molti sistemi giuridici possono formare oggetto di diritti reali <sup>(391)</sup>. Ciò è possibile soltanto quando l'ordinamento giuridico riscontra la possibilità

---

<sup>388</sup> Emblematico di questo meccanismo di riconoscimento è l'art. 813 del codice civile italiano, ove si prevede che, salvo che dalla legge risulti diversamente, le disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche ai diritti reali immobiliari e alle azioni relative; le disposizioni concernenti i beni mobili si applicano a tutti gli altri diritti. I diritti sono, naturalmente, entità immateriali che la legge può equiparare alle cose materiali, estendendo ad esse l'applicazione di regole introdotte per disciplinare le entità materiali.

<sup>389</sup> Un'entità corporale, una volta riconosciuta come bene giuridico da un ordinamento, diviene “cosa” (cioè potenziale oggetto dei diritti reali ammessi in quel sistema giuridico) senza che siano necessarie ulteriori specificazioni legislative.

<sup>390</sup> V. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, op. cit., pp. 225-226, ove si evidenzia che «una tale trasformazione può avvenire in quanto e soltanto allorché esiste uno stretto rapporto con uno specifico potere del soggetto».

<sup>391</sup> Pur prevedendo che, in linea di principio, solo gli oggetti fisici siano qualificabili come “cose”, le leggi tedesca, greca, polacca e ungherese ammettono privilegi su crediti: il § 1273 (1) del codice civile tedesco (BGB) sancisce, infatti, che oggetto del privilegio può essere anche un diritto; l'art. 1247 del codice civile greco che il pegno può essere ordinato anche su un credito; l'art. 327 del codice civile polacco che i diritti, se trasferibili, possono anche essere un oggetto di pegno; il § 5:101

di creare un nuovo e diverso rapporto con un interesse già tutelato, realizzando così un'operazione di oggettivizzazione del diritto, nel senso che trasforma il diritto da strumento primario per la realizzazione di un dato interesse in punto di incidenza dell'esercizio di un'attività ulteriore, volta a realizzare un interesse autonomamente tutelato <sup>(392)</sup>. In altri termini, il diritto viene trasformato da "potere" in "mezzo" per la realizzazione di un ulteriore interesse protetto. Ne deriva che i diritti, che sono beni giuridici immateriali <sup>(393)</sup>, divengono "*cose normative*" soltanto se l'ordinamento di riferimento li equipara alle cose, rendendoli potenziali oggetti di diritti reali.

Da quando sin qui evidenziato emerge chiaramente che la bipartizione delle cose in "reali" e "normative" non equivale alla tradizionale distinzione tra cose corporali e incorporali. Invero, la categoria giuridica delle "cose" è qui utilizzata per indicare la potenziale idoneità di un'entità a formare oggetto di diritti reali e comprende sia beni

---

(1) del codice civile ungherese (del 2014) che l'oggetto del pegno può essere qualsiasi risorsa (e ciò conformemente a quanto già previsto dal § 252 (1) del codice civile ungherese del 1959). Allo stesso modo, diversi sistemi giuridici ammettono l'istituto dell'usufrutto su diritti: il § 1068 (1) del codice civile tedesco prevede che oggetto dell'usufrutto può anche essere un diritto; l'art. 265 (1) del codice civile polacco che i diritti possono anche essere l'oggetto di un usufrutto; nello stesso senso depone il § 5:156 del codice civile ungherese del 2014 (e il § 164 del codice civile ungherese del 1959). La legge polacca riconosce anche la possibilità di costituire un'ipoteca sull'usufrutto perpetuo (art. 65 (2) n. 1 c.c., legge sul registro prediale e sull'ipoteca del 6 luglio 1982). Il codice civile portoghese, pur disciplinando separatamente il pegno sulle cose (artt. 669 e ss.) e il pegno sui diritti (artt. 679 e ss.), prevede che le disposizioni relative al pegno sulle cose si applicano anche al pegno di diritti, con gli adattamenti necessari, in tutto ciò che non è contraddetto dalla natura speciale di tale pegno o da quanto indicato negli articoli successivi (art. 679 c.c. port.). Inoltre, la legge portoghese ammette che oggetto di ipoteca possano essere non solo beni immobili e beni mobili che, a tali fini, sono assimilati per legge agli immobili e perciò iscritti in un pubblico registro (autoveicoli, navi, aerei), ma anche determinati diritti, come il diritto di superficie, il diritto derivante da concessioni pubbliche di beni di pubblico dominio e l'usufrutto delle cose e dei diritti (art. 688 c.c. port.). Il codice civile italiano distingue, nell'ambito dei diritti reali limitati, tra diritti reali di godimento e diritti reali di garanzia (privilegio e ipoteca). I primi sono regolati nel libro terzo del codice civile («*Della Proprietà*»), i secondi nel libro sesto («*Della tutela dei diritti*»). Quanto a questi ultimi, nell'art. 2784 c.c. si prevede che possono essere dati in pegno non solo i beni mobili e le universalità di mobili, ma anche i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili; e, nell'art. 2810 c.c., che possono formare oggetto d'ipoteca, oltre che i beni immobili in commercio e le loro pertinenze, l'usufrutto dei beni immobili, il diritto di superficie, il diritto dell'enfiteuta e quello del concedente sul fondo enfiteutico, le rendite dello Stato, i beni mobili registrati (navi, aeromobili e autoveicoli) e i privilegi iscritti sugli autoveicoli a norma della legge speciale. Anche il codice civile spagnolo prevede, all'art. 1861, l'ipotesi dei privilegi (pegno e ipoteca) a garanzia di crediti. Infine, ai sensi dell'art. 1310 (1) del codice civile ceco (del 2014), può essere oggetto di pegno qualsiasi cosa commerciabile.

<sup>392</sup> V. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, op. cit., pp. 226-227.

<sup>393</sup> È in questa prospettiva che l'art. 813 del codice civile italiano stabilisce che «Salvo che dalla legge risulti diversamente, le disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche ai diritti reali che hanno per oggetto beni immobili e alle azioni relative; le disposizioni concernenti i beni mobili si applicano a tutti gli altri diritti».



corporali, sia beni incorporali (quando l'ordinamento equipari espressamente tali beni alle cose).

Una rappresentazione grafica della classificazione proposta servirà a rendere immediatamente evidenti le varie sub-categorie che compongono la macro-categoria dei beni giuridici. Nell'illustrazione di seguito raffigurata, la somma degli elementi compresi nei due cerchi ("A" + "B") rappresenta la totalità dei beni giuridici, cioè di quegli oggetti che l'ordinamento ha riconosciuto come utili per la realizzazione di interessi umani, consentendone pertanto la circolazione. La macro-categoria dei beni giuridici si compone, a sua volta, di due sub-categorie. La prima (rappresentata dal cerchio "A") è quella delle "cose", in cui rientrano tutti gli oggetti sui quali possono essere costituiti diritti reali. Tale categoria comprende, anzitutto, le "cose reali", cioè gli oggetti corporali che, proprio in quanto tali, sono ontologicamente idonei a costituire l'oggetto di diritti reali. La seconda sub-categoria (rappresentata dal cerchio "B") è quella delle "entità normative", che comprende tutti i beni giuridici immateriali, i quali, mancando di una struttura fisica tangibile, non possono, in linea di principio, formare oggetto di diritti reali. Tuttavia, è possibile che l'ordinamento giuridico stabilisca alcune deroghe al principio generale dell'applicabilità della disciplina dei diritti reali ai soli beni materiali, equiparando per taluni specifici profili le "entità normative" alle "cose" e ammettendo che anche le prime possano formare oggetto di diritti reali. Tale equiparazione assimila le entità normative alle cose, ponendole "a metà strada" tra le due categorie, e quindi giustifica l'individuazione di un'ulteriore categoria giuridica, quella delle "cose normative", che presenta una natura ibrida rispetto alle prime due e che quindi è ben rappresentata dall'intersezione dei due cerchi raffiguranti rispettivamente le "cose" e le "entità normative".

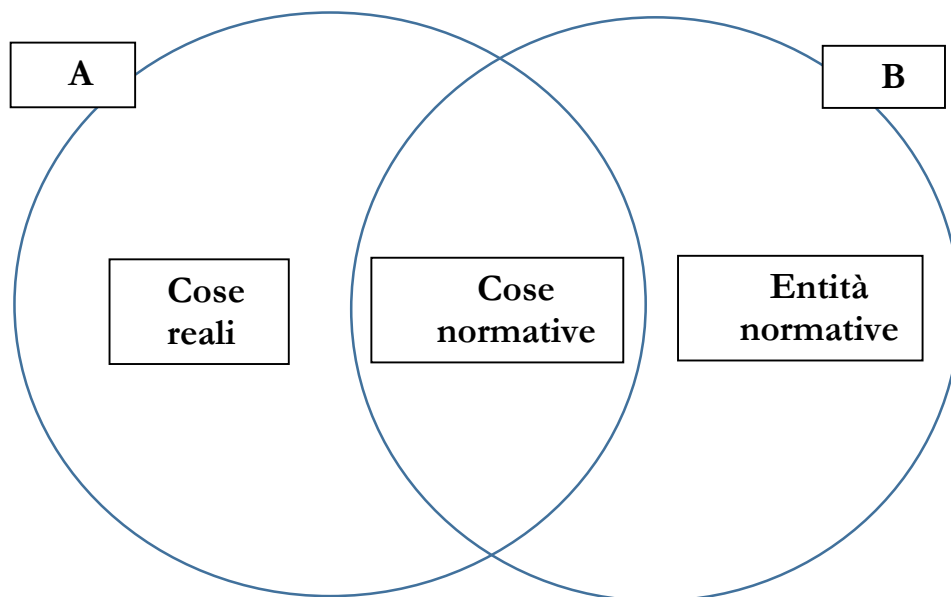


Fig. 2. Una raffigurazione della categoria dei “beni giuridici”.

$A \cup B$  = beni giuridici  
 $A$  = cose (reali + normative)  
 $B$  = entità normative  
 $A \cap B$  = cose normative

Pertanto, procedendo dal generale al particolare, un sistema giuridico che voglia costruire la propria disciplina del diritto di proprietà su una teoria dell’oggettività giuridica coerente dovrebbe distinguere tre concetti fondamentali: gli oggetti, i beni e le cose. Tutte le cose sono beni e tutti i beni sono oggetti, ma non tutti gli oggetti sono nel contempo beni e non tutti i beni sono cose <sup>(394)</sup>. L’aria nell’atmosfera è un oggetto, ma non è un bene in quanto non può costituire il riferimento oggettivo di situazioni giuridiche soggettive (almeno fino a quando non sia raccolta, sotto forma di ossigeno, all’interno di una bombola). Le concessioni appartenenti allo Stato e concernenti le emissioni di gas serra, qualora possano essere commercializzate, divengono beni giuridici e, nel momento in cui si ammette che su di esse possano essere costituiti diritti reali (ad esempio, che possano essere gravate da un’ipoteca), divengono cose <sup>(395)</sup>.

Discorso a parte va fatto con riferimento alle energie, che molte codificazioni europee equiparano alle cose, non senza, tuttavia, operare ulteriori specificazioni. Così, si fa variamente riferimento alle «*energie naturali che hanno valore economico*» (art. 814 c.c. ita.), ovvero a «*energie naturali [...] soggette a controllo quando sono concentrate in uno spazio*

<sup>394</sup> Per un confronto sui concetti di oggetto, beni e cose, v. C. VON BAR, *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, op. cit., p. 577-579.

<sup>395</sup> Ad esempio, l’art. 688, lett. d, c.c. port. ammette che anche il diritto (trasferibile) risultante da una concessione di beni pubblici possa essere onerato tramite l’iscrizione di un’ipoteca.

*limitato*» (art. 947, comma 2, c.c. gr.), o a energie che si considerano cose (intese come oggetti corporei suscettibili di appropriazione) «*nella misura in cui la loro natura lo consente*» (art. 511-1, comma 2, c.c. catalano), ovvero ancora a «*forze controllabili della natura che vengono commercializzate*» (§ 497 c.c. ceco), o a «*risorse naturali che possono essere utilizzate come beni capitali*» (§ 5:14, comma 2, c.c. ungherese del 2014). Queste specificazioni normative rispondono ad un'esigenza ben precisa, ossia quella di chiarire in presenza di quali presupposti le energie possono essere equiparate alle cose. Invero, normalmente le energie non possono essere considerate "cose" in ragione del fatto che esse non costituiscono beni "ad uso rivale", ma sono a disposizione di tutti, poiché il loro godimento da parte di un soggetto non esclude che altri ne traggano parimenti beneficio e, pertanto, sono *res communes omnium* <sup>(396)</sup>. Le energie non possono essere neanche conservate o trasferite ad altri, a meno che non vengano trasformate in corrente elettrica. Essendo prodotta artificialmente mediante trasformazioni da altre fonti di energia e costituendo un bene ad uso rivale, la corrente elettrica può essere considerata una cosa, che viene acquisita, a titolo originario, in proprietà esclusiva da chi la produce. Ecco allora che si comprende come le disposizioni codicistiche citate non intendano fare riferimento alle energie naturali in quanto tali, quali sono allo stato di natura, bensì soltanto a quelle che vengono captate dall'uomo e trasformate in modo da potere essere impiegate a fini pratici, distribuite e scambiate. Questo processo di trasformazione determina un acquisto di proprietà in capo al soggetto che lo effettua.

## **§ 6. Chiusura dell'analisi trans-sistemica ed avvio dell'indagine sull'armonizzazione delle regole operative del diritto di proprietà.**

Una teoria generale dell'oggettività giuridica, elaborata in chiave europea, svolge una funzione essenziale ai fini dell'interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche che regolano i diritti patrimoniali, poiché fornisce al giurista gli strumenti che gli consentono di gestire coerentemente la complessità dei nuovi fenomeni emergenti nel contesto socio-economico e non regolati (in tutto o in parte) dal legislatore. In effetti, il panorama che si manifesta alla visione del giurista è, oggi, oltremodo complesso, perché se, tradizionalmente, il diritto di proprietà disciplinato nei codici civili europei ha avuto per oggetto "cose reali", cioè entità materiali, il

---

<sup>396</sup> Sul punto, è stato giustamente rilevato come «l'energia cinetica del vento non diminuisce sensibilmente quando sia intercettata dalle pale che muovono il generatore eolico. Egualmente l'energia solare è ad uso non rivale perché la radiazione solare è talmente abbondante sulla superficie terrestre che la sua captazione non sembra sottrarre alcunchè ad altri che desiderino accedere alla medesima fonte [...]. Considerazioni simili si possono svolgere in relazione alla energia idrica ed a quella geotermica». Così A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, op. cit., p. 70.

progresso scientifico e tecnologico ha portato alla dematerializzazione degli oggetti e ha indotto taluni studiosi a proporre una riconcettualizzazione della proprietà allo scopo di garantire idonea protezione a qualsiasi interesse economico <sup>(397)</sup>, sganciando così il diritto di proprietà dal presupposto della corporeità delle cose che ne formano oggetto <sup>(398)</sup>. La scelta di ricorrere al modello proprietario non sempre appare, tuttavia, coerente, perché la disciplina del diritto di proprietà è stata costruita sul presupposto della corporeità delle cose che ne formano oggetto. Pertanto, in presenza di fattispecie non regolate (o regolate solo parzialmente), l'interprete dovrà valutare attentamente se è possibile ricorrere in via analogica alla disciplina dettata con riferimento al diritto di proprietà o se, essendo essa incompatibile con le caratteristiche del bene da regolare, è necessario utilizzare strumenti diversi per garantire adeguata protezione al soggetto portatore dell'interesse giuridicamente rilevante.

Inoltre, assimilare il concetto di “cosa” fino a quello di “bene giuridico” e quindi affermare che anche le entità immateriali possono senz'altro formare oggetto di proprietà significa non solo allungare l'elenco dei diritti reali che l'ordinamento deve tutelare (il che pone, di per sé, problemi di compatibilità con il principio del *numerus clausus*), ma anche incidere sul sistema di distribuzione e fruizione delle risorse, poiché il riconoscimento di nuove entità come cose e la conseguente attribuzione di una situazione di appartenenza sulle stesse mette in moto un processo di attribuzione delle risorse tendenzialmente connotato dall'esclusività. E ciò significa, in definitiva, optare per un preciso modello di ripartizione della ricchezza, che struttura i rapporti intersoggettivi nel senso della garanzia del godimento esclusivo e dello scambio oneroso. Ma una tale scelta di politica del diritto rappresenta soltanto una delle alternative astrattamente possibili per il soddisfacimento del bisogno emerso dal contesto socio-economico di riferimento <sup>(399)</sup>.

---

<sup>397</sup> Sul punto, C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., p. 56, ha lucidamente osservato che «l'evoluzione giuridica ha progressivamente esteso la logica dell'individualismo possessivo, e il nome “proprietà”, ad un novero crescente di “cose incorporali”, aventi un'esistenza oggettiva (come le opere dell'ingegno) o, più di recente, “create” dal diritto medesimo (e dall'autonomia dei privati). [...] Il diritto contemporaneo ha esteso l'appropriazione esclusivistica di valori economici non materiali (oltre quelli tradizionali: diritto d'autore, brevetti), comprendendovi valori creati dall'innovazione tecnologica (rete, algoritmi, molecole terapeutiche, ecc.) o dalle invenzioni della finanza. Se ne afferma così la prevalenza sui diritti dei terzi, che sono spesso diritti fondamentali (alla conoscenza, alla vita e alla salute per i brevetti farmaceutici, ecc.). [...] Si parla, in proposito, di “nuove proprietà” (anche se sarebbe più preciso parlare di “nuovi beni”). A tali situazioni non è direttamente applicabile la disciplina del libro III del Codice civile; tuttavia, è oggi a essa applicabile sia la tutela costituzionale della proprietà [...] sia tutele civilistiche di tipo reale, desunte per analogia, in caso di lacune, dalla disciplina del Codice».

<sup>398</sup> In questa prospettiva, si è, ad esempio, affermato che anche le azioni costituiscono oggetto di proprietà. Per un approfondimento sul punto, cfr. A. PRETTO-SAKMANN, *Boundaries of Personal Property: Shares and Sub-Shares*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.

<sup>399</sup> In tal senso, v. C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno* in Europa e diritto privato, vol. 2018, pp. 959-965.

Poste queste premesse sul piano delle categorie ordinanti fondamentali e dei principi che dovranno esser posti alla base di ogni intervento di armonizzazione dei singoli sistemi giuridici da parte dell'Unione europea ed evidenziati, in relazione a ciascun elemento che caratterizza le suddette categorie, i profili rispetto ai quali la difformità normativa esistente tra gli Stati membri genera maggiori problemi nella dimensione dei rapporti giuridici transfrontalieri e ai fini dell'efficienza del Mercato Europeo Comune, è ora possibile procedere con l'indagine delle regole operative, allo scopo di individuare più specificamente quei settori in cui la disomogeneità normativa genera le maggiori difficoltà e quindi impone un intervento armonizzatore del legislatore europeo. Invero, un'indagine che voglia essere utile alla costruzione di un sistema europeo sulla proprietà non può arrestarsi ai profili generali sinora considerati, poiché finirebbe per risultare incompleta, in quanto limitata ad una parte soltanto della complessa normativa sulla proprietà da tenere in considerazione. È, dunque, necessario estendere la nostra ricerca al vastissimo campo degli statuti proprietari, per tali intendendosi quei complessi normativo-giurisprudenziali concernenti le singole categorie di "cose" che possono formare oggetto di proprietà. Ciò posto, data l'impossibilità di esaminare tutti i possibili statuti proprietari, tenteremo di delineare un quadro di riferimento che tenga in considerazione le forme classiche di proprietà e che, soprattutto, si soffermi su alcuni degli statuti più problematici e di più recente emersione. A tal fine, in ossequio alla tradizione civilistica condivisa dagli Stati membri dell'Unione europea, suddivideremo gli oggetti della nostra analisi nelle due categorie fondamentali dei beni mobili e immobili e, in relazione a ciascuna di esse, soffermeremo l'attenzione sulle modalità di conformazione, sulle regole che disciplinano il trasferimento della proprietà e su quelle che regolano l'utilizzo dei beni in funzione di garanzia. Concluderemo, infine, la nostra indagine con l'analisi di alcuni oggetti giuridici dalle connotazioni del tutto peculiari: anzitutto, esamineremo le caratteristiche strutturali di alcuni beni (come il corpo umano e gli animali) che, pur essendo suscettibili di appropriazione, hanno sollevato innumerevoli perplessità in ordine alla loro configurabilità come oggetti di proprietà; soffermeremo, infine, l'attenzione sulle questioni di più recente emersione, relative agli oggetti "dematerializzati" e, in particolare, alla c.d. proprietà virtuale.



## CAPITOLO IV. ARMONIZZAZIONE DEI SINGOLI STATUTI PROPRIETARI.

### § 1. La proprietà mobiliare.

Le cose mobili costituiscono l'oggetto meno problematico per un ordinamento giuridico, perché presentano una struttura fisica che ne rende semplice l'individuazione e ne favorisce l'attribuzione alla signoria esclusiva di soggetti determinati, senza che ciò crei profili di contrasto con i preminenti interessi di natura pubblicistica. Sembrerebbe, pertanto, che l'ordinamento non debba porsi particolari problemi di conformazione dei poteri spettanti al proprietario di cose mobili per garantirne un esercizio compatibile con gli interessi generali. Certamente, in relazione alle cose mobili, non sussistono problematiche relative a rapporti di vicinato, né viene in gioco la situazione di appartenenza quando il concreto utilizzo della cosa abbia arrecato danni a terzi, poiché in tal caso la relativa responsabilità viene normalmente imputata al soggetto obbligato a custodire il bene piuttosto che al proprietario.

Tuttavia, ogniqualvolta un bene mobile presenti particolari profili di pericolosità (per l'uso al quale è destinato ovvero per i soggetti che ne saranno i principali fruitori) l'ordinamento giuridico non può limitarsi a imputare la responsabilità del danno conseguente alla produzione e messa in commercio del bene, ma deve anche prevenire il verificarsi di eventi lesivi mediante l'introduzione di regole volte a determinare specifici requisiti e *standards* qualitativi che i prodotti devono rispettare per poter essere immessi sul mercato <sup>(400)</sup>.

La predisposizione di regole tecniche volte a stabilire *standards* qualitativi determina una sostanziale conformazione della proprietà mobiliare. Invero, il soggetto che produce un bene ne diviene proprietario per specificazione, ma se la cosa non è conforme agli *standards* imposti dalla legge le prerogative proprietarie sono assai limitate rispetto al paradigma offerto dalle codificazioni europee, poiché il titolare del

---

<sup>400</sup> Per un approfondimento sui diversi modelli regolatori cui può ispirarsi la normativa che stabilisce gli *standards* qualitativi dei prodotti, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, op. cit., pp. 382-387. L'Autore evidenzia, fra l'altro, come le normative in questione mirino al raggiungimento di due obiettivi fondamentali: da una parte, quello di garantire che i prodotti immessi sul mercato siano il più possibile sicuri, cioè che non presentino elevati rischi per l'incolumità delle persone e l'integrità delle cose; dall'altra, quello di assicurare che il produttore ottemperi ad una serie di obblighi informativi dettagliati in relazione a ciascun tipo di prodotto, allo scopo di rendere noti al consumatore finale i rischi connessi all'uso del prodotto e, più in generale, le caratteristiche qualitative del bene.

bene non potrà affatto disporre liberamente (non potendo lecitamente immetterlo sul mercato), né potrà goderne, poiché né sarebbe vietata l'utilizzazione in ragione della sua pericolosità intrinseca. Anche la proprietà mobiliare costituisce, pertanto, una situazione di appartenenza conformata in forma specifica, data la disciplina tecnica che il legislatore è chiamato a predisporre in relazione a ciascuna tipologia di cosa mobile potenzialmente pericolosa.

Naturalmente, le concrete manifestazioni normative di questa specifica conformazione sono innumerevoli, articolandosi in maniera differenziata in relazione alla singola categoria di bene mobile presa in considerazione. Ciò che, però, desta particolare interesse per la nostra indagine è l'esame delle fonti normative che dovrebbero assumere l'onere di dettare la disciplina di cui si discute. Invero, una conseguenza inevitabile della creazione di un Mercato Europeo Comune è che le fonti della conformazione dei prodotti debbano essere necessariamente fonti sovranazionali, poiché in passato le normative tecniche che stabilivano gli *standards* minimi di qualità e sicurezza dei prodotti costituivano efficaci strumenti di chiusura dei mercati nazionali. Ed, infatti, all'interno del mercato unico europeo la determinazione dei requisiti che i prodotti devono possedere per poter essere immessi nel mercato è riservata alle fonti dell'Unione europea.

## **§ 2. Le regole sul trasferimento della proprietà mobiliare.**

L'armonizzazione delle regole sulla proprietà può garantire un miglior funzionamento del Mercato Europeo Comune soltanto se anche il diritto contrattuale che ne consente il trasferimento opera correttamente <sup>(401)</sup>. Il che impone l'esigenza di estendere la nostra indagine alle regole che disciplinano il trasferimento della proprietà. Ci soffermeremo, in particolare, sui requisiti richiesti dai principali sistemi giuridici europei per trasferire la proprietà di una cosa mobile determinata per atto *inter vivos*.

Tutti i sistemi europei sul trasferimento della proprietà possono essere ricondotti a tre modelli fondamentali: il sistema consensuale causale, il sistema di *traditio* causale e il sistema di *traditio* astratto.

Questi tre modelli nascono dall'intreccio dei tre elementi che, in linea teorica, possono esser richiesti da un sistema giuridico ai fini della produzione dell'effetto traslativo: l'accordo delle parti (o atto di alienazione), la causa giustificativa del

---

<sup>401</sup> Sulla stretta connessione esistente tra la materia proprietaria e quella contrattuale, v. S. VAN ERP, *Contract and Property Law: Distinct, but not Separate*, in MEPLI Working Paper Series 2013-14, 2013, pp. 307-326.



trasferimento (o titolo) e la consegna della cosa <sup>(402)</sup>. Il connubio di questi elementi consente di operare una fondamentale bipartizione tra i vari sistemi di trasferimento della proprietà: da un lato, a seconda che sia richiesta o meno una causa giustificativa del trasferimento, è possibile distinguere rispettivamente i sistemi causali da quelli astratti; dall'altro, a seconda che sia richiesta o meno la consegna della cosa, possono distinguersi rispettivamente i sistemi fondati sulla *traditio* e quelli consensuali.

Quanto alla prima bipartizione, un sistema di trasferimento causale <sup>(403)</sup> richiede, per il perfezionamento del trasferimento, la sussistenza di una base giuridica valida (c.d. *iusta causa traditionis*), vale a dire una giustificazione legale che sorregga e legittimi il passaggio di proprietà (vendita, permuta, donazione). Viceversa, un sistema astratto <sup>(404)</sup> non pretende una valida causa giustificativa ai fini del trasferimento di proprietà; di conseguenza, l'effetto traslativo si produce anche se l'atto giuridico che ne sta alla base è invalido (nullo o annullato).

Quanto alla seconda distinzione, in un sistema consensuale <sup>(405)</sup> un valido trasferimento di proprietà non richiede la trasmissione del possesso all'acquirente, poichè l'effetto traslativo si produce immediatamente a seguito della conclusione del contratto (ad efficacia reale). La consegna costituisce soltanto il contenuto di un'obbligazione che sorge in capo al venditore a seguito della stipula del contratto, ma non rappresenta un requisito necessario per il trasferimento della proprietà. Viceversa, in un sistema di trasferimento fondato sulla *traditio* <sup>(406)</sup> il contratto non è sufficiente per il passaggio della proprietà, perchè determina soltanto la nascita di un'obbligazione corrispondente in capo al venditore; l'effetto traslativo si produce soltanto dopo che l'atto giuridico di trasferimento e la *traditio* avranno avuto luogo <sup>(407)</sup>.

Le profonde differenze esistenti tra i vari sistemi nazionali sul trasferimento della proprietà ostacolano la libertà degli scambi nel mercato unico europeo, perchè generano insicurezza in ordine alle regole applicabili. Invero, in base alle regole del diritto internazionale privato, la regolamentazione applicabile al commercio

---

<sup>402</sup> L'atto di alienazione, ossia l'esercizio del potere di disporre del diritto mediante un atto traslativo (in caso di alienazione totale) o costitutivo (in caso di alienazione parziale), va dunque tenuto distinto dal titolo, che costituisce il fondamento giustificativo dell'alienazione. Per un approfondimento, cfr. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Cedam, Padova, 2008, pp. 5-8.

<sup>403</sup> Costituiscono esempi di sistemi di trasferimento causali gli ordinamenti olandese, svizzero e austriaco. Da ultimo, anche nel *Draft Common Frame of Reference* è stato predisposto un sistema causale di trasferimento della proprietà mobiliare.

<sup>404</sup> Esempi di sistemi astratti di trasferimento possono rinvenirsi nella legge tedesca e in quella scozzese.

<sup>405</sup> Sono sistemi di trasferimento consensuali quello francese e quello inglese (regolato dal *Sale of Goods Act* del 1979).

<sup>406</sup> Nei sistemi di *common law* il termine latino "*traditio*" viene tradotto con "*delivery*".

<sup>407</sup> Per un approfondimento sulle caratteristiche fondamentali dei vari sistemi di trasferimento della proprietà, v. L. VAN VLIET, *Transfer of property inter vivos*, op. cit., p. 154.

transfrontaliero è, di solito, la legge del luogo in cui si trova la merce (*lex rei sitae*). Ma è difficile immaginare che un comune cittadino, volendo acquistare un prodotto che si trova in uno Stato membro diverso dal proprio (magari sfruttando le enormi potenzialità del commercio *on line*), sia in grado di individuare la legge applicabile al contratto che si accinge a stipulare e di prendere coscienza delle singole regole che governano quel contratto, anche perchè i costi informativi sarebbero elevatissimi e scoraggerebbero la maggior parte delle operazioni commerciali. Molto più probabile è che quel soggetto, non conoscendo le regole applicabili al rapporto, decida di non acquistare il bene dal venditore di un altro Stato membro.

Del resto, talvolta è difficile individuare la legge applicabile al rapporto non solo per un comune cittadino, ma anche per un operatore esperto nel campo giuridico. Ciò non solo perché le regole di diritto internazionale privato potrebbero non essere tra loro compatibili, ma anche (e soprattutto) perchè quando il bene che forma oggetto del contratto è un'entità immateriale (come la c.d. proprietà virtuale, su cui v. *infra*, par. 5) è estremamente difficile individuare il luogo in cui si trova l'oggetto e quindi la legge applicabile al rapporto contrattuale. Il risultato delle differenze esistenti tra le normative degli Stati membri è, dunque, è quello di creare una barriera per gli scambi transfrontalieri e quindi un limite allo sviluppo del Mercato Europeo Comune.

Le difficoltà evidenziate potrebbero essere facilmente superate se l'Unione europea riuscisse ad armonizzare i sistemi sul trasferimento della proprietà mobiliare vigenti negli Stati membri. Nel tentativo di fornire un contributo in questa direzione, sarà necessario esaminare nel dettaglio il funzionamento dei principali sistemi nazionali sul trasferimento della proprietà, allo scopo di individuare una base comune per una futura armonizzazione.

Il punto di partenza di questa riflessione non può che esser rappresentato dalle regole in materia di *traslatio* vigenti all'epoca del diritto comune, che, aderendo al sistema codificato nel *Corpus iuris civilis* (408), faceva scaturire l'effetto traslativo dalla consegna della cosa, successiva al raggiungimento dell'accordo tra le parti. In altri termini, il contratto produceva soltanto effetti obbligatori (l'alienante si obbligava a trasferire la proprietà e l'acquirente a pagare il prezzo eventualmente pattuito), ma la trasmissione del diritto avveniva dopo che l'alienante avesse compiuto un apposito

---

<sup>408</sup> Nel *Corpus iuris Iustinianum* si trova codificato il principio per cui il contratto diretto a produrre la *traslatio* (come l'*emptio venditio*) costituisce la causa dell'acquisto, ma non produce, di per sé, alcun trasferimento del diritto. Questo principio affonda le sue radici nel diritto romano classico, ove il contratto produceva effetti meramente obbligatori e, ai fini del trasferimento del *dominium*, era necessario porre in essere un atto di attribuzione esterna della cosa, come la *mancipatio* (negozio astratto cui si faceva ricorso per trasferire il *dominium ex iure Quiritium* sulle *res Mancipi*), ovvero la *in iure cessio* (negozio astratto utilizzato per trasferire sia le *res Mancipi* che le *res nec Mancipi*), o ancora la *traditio* (negozio informale, consistente nella materiale consegna di una cosa, e causale, che trasferiva la proprietà quiritaria delle *res nec Mancipi*). Per un approfondimento sul punto, v. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, op. cit., pp. 8-18, ove sono riportati ampi riferimenti bibliografici.

atto di attribuzione traslativa in favore del compratore. Pertanto, le regole sul trasferimento della proprietà, all'epoca del diritto comune, costituivano un sistema causale fondato sulla *traditio*, poiché si richiedeva per il trasferimento della proprietà un contratto valido (*titulus*) cui doveva far seguito la consegna della cosa.

Con il tempo, tuttavia, la prassi notarile elaborò alcuni istituti – come il costituito possessorio (in forza del quale l'alienante si spogliava del possesso del bene a favore dell'acquirente, pur senza trasferire materialmente la cosa) – finalizzati a escludere la necessità della consegna materiale del bene ai fini del prodursi dell'effetto traslativo. Sebbene l'inserimento di clausole di tal genere all'interno degli atti notarili rispondesse al solo scopo di dar luogo a presunzioni *juris tantum* di avvenuta consegna – e certamente non quello di sostituire il requisito della *traditio* <sup>(409)</sup> –, l'affermarsi di questa prassi produsse rilevanti conseguenze sugli sviluppi dei sistemi nazionali sul trasferimento della proprietà.

## § 2.1. (Segue). Il sistema francese.

In Francia questo processo di spiritualizzazione della *traditio* condusse ad una svolta epocale con l'adesione al principio consensualista: poiché nella prassi notarile le clausole di trasmissione fittizia del possesso erano ormai divenute clausole di stile e sostituivano, in tutti gli atti, la consegna materiale della cosa, si affermò l'idea che la volontà delle parti fosse sufficiente a determinare l'effetto reale del trasferimento della proprietà. Detto principio, emerso nella prassi e successivamente dotato di fondamento scientifico grazie alle teorie formulate dai giuristi francesi dell'epoca, venne infine recepito, per ragioni di semplificazione del sistema, anche a livello legislativo con il *Code Napoléon*, che nell'art. 1138 sancisce il principio in forza del quale «*L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier [...] encore que la tradition n'en ait point été faite*». La formulazione della norma appariva, però, tutt'altro che felice, poiché il legislatore francese, pur intendendo affermare che l'effetto traslativo consegue al solo accordo delle parti, continuava ad utilizzare il concetto di obbligazione <sup>(410)</sup>, probabile retaggio dell'antico sistema in cui dal contratto potevano scaturire esclusivamente effetti obbligatori.

Per superare dette contraddizioni, il legislatore francese è nuovamente intervenuto sulla formulazione del principio in esame con la riforma attuata con l'ordinanza n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, art. 2. Pertanto, il principio consensualistico risulta, oggi, formalizzato nell'art. 1196 *Code civil*, ove si prevede che «*nei contratti per l'alienazione della proprietà o il trasferimento di un altro diritto, il trasferimento*

---

<sup>409</sup> Cfr. C. A. FUNAJOLI, *La tradizione*, Cedam, Padova, 1942, pp. 28 e ss. e 60 e ss.; nonché V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 201 e ss.

<sup>410</sup> In tal senso, v. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, op. cit., p. 22, nota 44.

*avviene alla conclusione del contratto*». La nuova formulazione, oltre a rinunciare all'utilizzo del concetto di obbligazione, sostituisce il riferimento al "*consentement*" con quello al "*contrat*" allo scopo di eliminare ogni dubbio in ordine ai requisiti richiesti dalla legge per il trasferimento della proprietà. Invero, la precedente formulazione, riferendosi al solo "consenso", poteva essere interpretata nel senso che l'effetto traslativo conseguisse al mero accordo, anche privo di qualsiasi causa giustificativa, e quindi indurre a configurare il sistema francese sul trasferimento della proprietà mobiliare come un sistema consensuale astratto. L'attuale formulazione del principio ha inteso evidenziare come l'effetto traslativo consegua alla stipulazione del "contratto" e quindi richieda non solo il consenso, ma anche una valida causa giustificativa. Ad oggi, il sistema francese sul trasferimento della proprietà mobiliare ha, dunque, natura consensuale e causale, poiché non richiede la trasmissione del possesso ai fini della produzione dell'effetto traslativo, ma considera sufficiente un contratto, purché sorretto da una valida causa giustificativa del trasferimento <sup>(411)</sup>.

Il principio consensualistico, in forza del quale la *traslatio* prescinde dalla consegna della cosa, viene ribadito agli artt. 1583, in forza del quale la vendita «è perfetta tra le parti e la proprietà è acquisita di diritto all'acquirente nei confronti del venditore, non appena viene concordato l'oggetto e il prezzo, sebbene la cosa non sia stata ancora consegnata né il prezzo pagato», e 938, ove si prevede che «la donazione debitamente accettata sarà perfetta per il solo consenso delle parti; e la proprietà degli oggetti donati sarà trasferita al donatario senza la necessità di altra consegna». Il riferimento, contenuto nell'art. 938 *Code civil*, all'«*autre tradition*» si spiega proprio alla luce delle regole vigenti in epoca anteriore alla codificazione: secondo i redattori, una prima consegna (cioè quella fittizia, tipica dell'età anteriore alla codificazione) è già avvenuta al momento del perfezionamento del contratto <sup>(412)</sup>.

L'art. 1196 *Code civil* contiene anche un'altra regola particolarmente rilevante ai nostri fini: al comma 3 stabilisce, infatti, che «il trasferimento della proprietà comporta il trasferimento dei rischi della cosa». La norma solleva una riflessione più generale in ordine alla peculiarità dei sistemi di trasferimento consensuali rispetto a quelli fondati sulla *traditio*. Nei primi, infatti, poiché l'effetto traslativo si produce in virtù del solo perfezionamento del contratto, i rischi legati al perimento della cosa incombono sull'acquirente prima ancora che questi abbia ottenuto la materiale disponibilità della cosa e quindi prima ancora che egli abbia la possibilità di prendersene cura. Dunque, nel caso in cui si verifichi un evento (non imputabile al venditore) che determina il perimento della cosa, l'acquirente è costretto a subirne le conseguenze negative, nel senso che egli dovrà comunque adempiere all'obbligazione di pagare il corrispettivo pattuito. Da questo punto di vista, i sistemi fondati sulla *traditio* sono certamente preferibili, poiché subordinano il prodursi dell'effetto traslativo alla consegna del bene

---

<sup>411</sup> A questo modello si ispirano, oltre che il sistema italiano, le vigenti legislazioni belga, lussemburghese, portoghese, e polacca (v. IVI, pp. 23-24).

<sup>412</sup> Sul punto, v. G. ALPA – A. FUSARO, *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, Antezza Editore, Matera, 2011, pp. 138-139.

e quindi fanno sì che il rischio legato al perimento della cosa sia assunto dal compratore soltanto dopo che questi abbia ottenuto la materiale disponibilità (e quindi il potere di controllo e gestione) del bene acquistato.

## § 2.2. (Segue). Il sistema tedesco.

Diverso fu lo sviluppo del sistema sul trasferimento della proprietà nell'ordinamento tedesco. Sebbene anche il BGB (come il *Code Napoléon*) si sia discostato dalla tradizione romanistica (in seguito recepita dal diritto comune), in base alla quale l'effetto traslativo era la conseguenza del perfezionamento di accordo e successivo atto di consegna, lo ha fatto in modo diametralmente opposto rispetto al codice francese: mentre il *Code civil* ha sancito l'idoneità del mero contratto a determinare il trasferimento della proprietà, il BGB fa scaturire l'effetto traslativo dall'atto di attribuzione esterna della cosa.

Il codice civile tedesco, pur dettando una disciplina separata per i trasferimenti immobiliari <sup>(413)</sup> e per quelli mobiliari <sup>(414)</sup>, sancisce un principio generale, destinato a trovare applicazione in tutte le fattispecie di *traslatio*: il *Trennungsgrundsatz* (o “principio della separazione”), in base al quale il trasferimento avviene non per mezzo del contratto, ma attraverso un secondo atto negoziale avente efficacia reale (in relazione ai beni mobili questo atto prende il nome di *Übereignung*; per gli immobili di *Auflassung*) <sup>(415)</sup>.

La normativa tedesca sul trasferimento della proprietà configura, dunque, un sistema astratto e fondato sulla *traditio*, poiché richiede ai fini del prodursi dell'effetto traslativo soltanto l'accordo delle parti (c.d. *Verpflichtungsgeschäft*, da cui sorge l'obbligo di trasferire la proprietà) e il successivo atto di trasferimento (con relativa consegna della cosa), senza che sia necessaria anche una valida causa giustificativa del trasferimento. Il § 929 BGB stabilisce, infatti, che «per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessario che il proprietario consegni la cosa all'acquirente e che entrambi siano

---

<sup>413</sup> V. §§ 925-928 BGB e §§ 873-902 BGB.

<sup>414</sup> V. §§ 929-984 BGB.

<sup>415</sup> Il principio di separazione impedisce qualsiasi forma di commistione del diritto dei rapporti obbligatori (§§ 241-853 BGB) con quello delle cose (§§ 854-1296 BGB), il che esclude l'ammissibilità del contratto ad efficacia reale. Nel sistema tedesco, dunque, il contratto produce soltanto effetti obbligatori, imponendo alle parti di realizzare la *traslatio* promessa, ma non può mai produrre esso stesso l'effetto traslativo. Detto principio ha mantenuto inalterato il suo valore anche a seguito della recente *Schuldrechtsreform* (entrata in vigore in data 1 gennaio 2002), che, nel modificare ampi settori del BGB (compresa la disciplina della vendita) ha mantenuto immutato il principio di separazione di cui al § 433 BGB e le regole sugli effetti traslativi dell'atto di trasferimento di cui ai §§ 925-984 BGB. Sul punto, cfr. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, op. cit., p. 33 (nota 65) e p. 28 (nota 54).

*d'accordo, che la proprietà si debba trasferire. Se l'acquirente è nel possesso della cosa, è sufficiente l'accordo sul trasferimento della proprietà».*

Sul piano pratico, questa impostazione crea dei risvolti relevantissimi, che differenziano notevolmente il sistema tedesco da un sistema consensuale di tipo causale come quello francese. Invero, in quest'ultimo sistema è il contratto stesso che produce il trasferimento della proprietà; ne deriva che se il contratto è nullo, l'effetto traslativo non si produce sin dall'inizio; se, invece, il contratto è annullabile, pur essendosi realizzato il trasferimento, con l'annullamento si verifica un automatico ritorno della proprietà in capo al venditore. In base al sistema tedesco, invece, poiché ai fini della trasmissione del diritto è necessario che all'accordo segua la *traditio* e poiché non è necessario che la consegna sia sorretta da una valida causa giustificativa, l'accertamento della nullità (o l'annullamento) del contratto che sta alla base della successiva *traditio* non ha alcun effetto sulla validità del trasferimento (si tratta del c.d. *Abstraktionsgrundsatz*, o principio di astrazione). Detto principio svolge una funzione di protezione dei terzi (i cui acquisti non sono inficiati da eventuali vizi degli atti di trasferimento compiuti dal loro dante causa o dai danti causa anteriori), ma risulta inoperante nei rapporti interni fra le parti contrattuali. Invero, sebbene l'atto di trasferimento successivo al contratto sia di per sé idoneo a produrre l'effetto traslativo, il titolo che ne sta alla base rappresenta comunque una *justa causa traditionis*, la cui mancanza (dovuta all'invalidità del contratto) fa sì che il trasferimento, sebbene valido, determini un ingiustificato arricchimento dell'acquirente, il che lo obbliga a porvi rimedio ritrasferendo la proprietà della cosa al venditore <sup>(416)</sup>. Nei rapporti tra le parti, pertanto, il principio di astrattezza risulta temperato dalla regola per cui un acquisto privo di giustificazione causale non consente di conservare il diritto, determinando un arricchimento ingiustificato che fa sorgere in capo all'acquirente un'obbligazione restitutoria a favore del suo dante causa <sup>(417)</sup>.

---

<sup>416</sup> Si pensi al caso in cui il *tradens* abbia effettuato la consegna di una cosa in esecuzione di un contratto nullo (per mancanza di causa), ritenendolo valido. Egli potrà agire contro l'*accipiens* con un'azione di arricchimento per ottenere la restituzione della cosa consegnata. Ove possibile, l'acquirente dovrà restituire la cosa in natura. Se, invece, ciò non è possibile perché, *medio tempore*, l'acquirente ha trasferito la cosa a terzi, l'obbligo restitutorio diviene per equivalente. Questo nuovo trasferimento (dall'acquirente al venditore) dovrà rispettare le medesime regole che valgono per ogni trasferimento di proprietà e quindi soddisfare tutti i requisiti richiesti dalla legge ai fini della produzione dell'effetto traslativo. La *iusta causa traditionis* sarà, in tal caso, rappresentata dall'arricchimento ingiustificato dell'acquirente.

<sup>417</sup> Peraltro, l'ambito operativo del principio di astrattezza risulta ulteriormente ridimensionato dalle regole in materia di acquisti *a non domino*, progettate allo scopo di proteggere il terzo che stipuli negozi traslativi confidando senza colpa nella titolarità del diritto in capo all'alienante (v., per i beni immobili, i §§ 892 e ss. BGB e, per i mobili, i §§ 932 e ss. BGB). In definitiva, il principio di astrattezza svolge una funzione essenziale, a protezione dei terzi, soltanto quando le regole sull'acquisto *a non domino* risultino, in concreto, inapplicabili per mancanza dei relativi presupposti. Sul punto, cfr. . E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, op. cit., pp. 36-37.

Dunque, sia in base al sistema francese (consensuale e causale), sia in base a quello tedesco (fondato sulla *traditio* e astratto) l'invalidità del contratto dovrebbe, alla fine, determinare il ritorno del diritto in capo all'originario proprietario; tuttavia, le modalità attraverso cui questa riacquisizione del diritto si realizza e, soprattutto, le garanzie che essa si verifichi effettivamente sono molto diverse. Invero, mentre in un sistema consensuale causale la proprietà della cosa ritorna automaticamente in capo al proprietario originario (che quindi potrà far valere la sua pretesa alla restituzione del bene mediante l'esperimento di un'azione di rivendica), in un sistema astratto, restando valido il trasferimento, sarà l'acquirente a dover porre rimedio al proprio arricchimento ingiustificato ritrasferendo al venditore la proprietà della cosa. In tal caso, pertanto, il venditore (avendo perso la sua proprietà) sarà titolare di un mero diritto di credito (non privilegiato) al ritrasferimento della cosa. Di conseguenza, in caso di inadempimento dell'acquirente, egli dovrà agire esecutivamente contro il suo debitore e, nell'eventualità di una procedura fallimentare, concorrere con gli eventuali altri creditori. I sistemi causali garantiscono, dunque, al venditore una tutela più forte rispetto a quanto facciano i sistemi astratti.

### § 2.3. (Segue). Alcuni esempi di sistema causale fondato sulla *traditio*: la legge austriaca e olandese.

Gli altri ordinamenti di area germanica sono rimasti fedeli alla tradizione del diritto comune (e quindi a quella romanistica), secondo cui il prodursi dell'effetto traslativo richiede due elementi: un valido titolo d'acquisto e la successiva consegna della cosa.

L'ABGB austriaco è il frutto di questa adesione alla tradizione romano-comune: l'effetto traslativo deriva, infatti, dalla sequenza di contratto consensuale ad effetti obbligatori – che obbliga l'alienante a trasferire il diritto <sup>(418)</sup> – e atto di apprensione materiale (la cui causa risiede nel titolo), quale negozio di adempimento idoneo ad efficacia reale (in quanto determina il trasferimento del diritto), imperniato sulla consegna della cosa – e, per gli immobili, sull'intavolazione fondiaria – <sup>(419)</sup>. Il principio generale in materia di trasferimento della proprietà è sancito al § 425 ABGB, in forza del quale «*col solo titolo non si acquista la proprietà. Eccettuati i casi determinati dalla legge, la proprietà e tutti i diritti reali in genere si possono acquistare soltanto per la legittima consegna e ricevimento*». La norma successiva specifica le modalità attraverso cui deve essere, di

---

<sup>418</sup> Numerose norme dell'ABGB confermano che il mero accordo non può produrre effetti reali: v. i §§ 424, 425, 449, 480, 1053 e, più chiaramente, il § 380, in forza del quale «*non si può ottenere la proprietà senza titolo e modo legale di acquisizione*».

<sup>419</sup> Per un approfondimento, cfr. U. PETRONIO, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, Giuffrè, Milano, 1991.

regola, effettuata la consegna delle cose mobili, stabilendo che «*le cose mobili non possono di regola trasferirsi in altri modi se non con la tradizione materiale di mano in mano*»

Il sistema austriaco si ispira quindi all'idea del cumulo, in base alla quale la proprietà si trasferisce soltanto dopo che il contratto sia stato seguito dalla consegna della cosa. L'adesione al sistema tradizionale e causale è dovuta soprattutto a ragioni di ordine pratico-applicativo: si è ritenuto, infatti, che il sistema romano-comune fosse maggiormente idoneo a garantire la sicurezza della circolazione e che, viceversa, il principio del consenso traslativo sancito nel *Code Napoléon* non potesse fornire risposte efficaci alle esigenze della successione nella tutela reale. Per tali ragioni, mentre i sistemi francese e tedesco hanno abbandonato la tradizione romano-comune, mediante una semplificazione che ha seguito vie opposte – con l'abolizione del requisito della consegna in Francia, a causa della consolidata prassi della *traditio* fittizia, e, in Germania, con l'eliminazione del requisito della causa per l'influenza che sulla dottrina ha esercitato il pensiero di Von Savigny<sup>(420)</sup> –, il sistema austriaco è rimasto fedele alla tradizione, mantenendo sia il requisito del contratto (e quindi della causa), sia il requisito della *traditio*. Il sistema austriaco è, dunque, simile a quello tedesco sotto il profilo della fattispecie attraverso cui si produce l'effetto acquisitivo (negozio obbligatorio seguito da un atto dispositivo), ma se ne differenzia nella caratterizzazione dell'essenza dell'atto dispositivo, avente natura causale (e non astratta), oltre che per il modo in cui viene attuato il controllo sull'esistenza della causa di giustificazione del trasferimento: mentre nel modello tedesco detto controllo è successivo (e affidato alla *condictio indebiti*), nel sistema austriaco è preventivo.

Regole analoghe si rinvengono nel sistema olandese, ove per il prodursi dell'effetto traslativo si richiede un contratto (alla cui base deve esservi una valida causa giustificativa) e la trasmissione del possesso all'acquirente, oltre che la titolarità del diritto di disporre in capo al cedente (art. 3:84 c.c.). L'art. 3:90 BW indica le modalità attraverso cui si effettua la consegna dei beni mobili, che può essere effettiva o fittizia<sup>(421)</sup>. La netta separazione fra contratto ad effetti obbligatori e atto di alienazione ad efficacia reale e la necessità di una valida causa giustificativa della complessiva operazione di trasferimento caratterizzano anche il sistema traslativo spagnolo<sup>(422)</sup>.

---

<sup>420</sup> Assumendo come esempio tipico dell'atto traslativo l'elemosina effettuata a un mendicante, Von Savigny aveva osservato che gli elementi essenziali per la produzione degli effetti traslativi sono soltanto due: la concorde volontà delle parti di produrre il trasferimento e la consegna della cosa. Sul punto, v. G. ALPA – A. FUSARO, *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, op. cit., p. 140.

<sup>421</sup> Per un approfondimento, cfr. E. SCHRAGE, *Vendita e trasferimento della proprietà nella storia del diritto olandese*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli, Torino, 1998.

<sup>422</sup> Sul punto, v. M. J. GARCIA GARRIDO, *Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código civil español*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, op. cit., pp. 341 e ss.



#### § 2.4. (Segue). Le regole a protezione dei terzi in buona fede: un possibile contemporaneo al principio “*possession vale titolo*”.

Uno degli aspetti maggiormente problematici per un sistema sul trasferimento della proprietà mobiliare riguarda l'esigenza di garantire adeguata protezione ai terzi che, in buona fede, acquistano una cosa da chi non ne è proprietario. Tale esigenza deve, tuttavia, essere temperata con l'interesse opposto, facente capo al legittimo proprietario, a non perdere definitivamente la proprietà del bene a causa di un illecito comportamento altrui.

Il problema, che riguarda tanto i sistemi consensuali quanto quelli fondati sulla *traditio* (423), è stato variamente affrontato dai legislatori nazionali. Per tutelare la buona fede dei terzi, il *Code civil* ha sancito, nell'art. 2276, la regola “*possession vale titolo*”, in base alla quale un acquirente in buona fede consegue la proprietà della cosa a titolo originario se il cedente, pur non essendone proprietario (e quindi non avendo il diritto di disporre), gli trasferisce il possesso. Tuttavia, a tutela degli interessi del legittimo proprietario che si è visto privare del suo diritto sulla cosa, il comma 2 ha previsto che colui che ha perso o a cui è stata rubata la cosa può rivendicarla per tre anni dal giorno della perdita o del furto contro colui presso il quale il bene si trova.

Analogamente, il § 932 BGB prevede che l'acquirente diviene proprietario attraverso un trasferimento effettuato secondo il § 929 (accordo seguito dalla *traditio*) anche quando la cosa non appartiene all'alienante, a meno che egli, al tempo nel quale secondo detta disposizione avrebbe dovuto acquistare la proprietà, non era in buona fede, cioè quando gli era noto (ovvero gli era ignoto per colpa grave) che la cosa non appartiene all'alienante. Dunque, anche il codice civile tedesco ammette che un terzo in buona fede possa acquisire la proprietà anche se il cedente non era proprietario. È

---

<sup>423</sup> In dottrina il problema in questione è stato, talvolta, indicato come proprio dei soli sistemi consensuali, in base alla considerazione che, se la proprietà si trasferisce per mezzo del semplice contratto, è possibile che la cosa non si trovi nella materiale disponibilità del proprietario, ma che sia attualmente nel possesso di una persona diversa. Quest'ultima potrebbe vendere il bene a terzi, senza che essi abbiano alcuno strumento giuridico per poter individuare con certezza il legittimo proprietario del bene. Sul punto, cfr. X. CHEN – G. LUO, *The Harmonization of Property Law*, Transition Studies Review, Springer; Central Eastern European University Network (CEEUN), vol. 17(2), 2010, p. 416. In realtà, il medesimo problema si pone anche nei sistemi fondati sulla *traditio*, poiché, se è vero che la proprietà si trasferisce solo con la consegna e quindi il possessore dovrebbe anche essere proprietario del bene, è anche vero che un soggetto potrebbe avere acquisito la materiale disponibilità della cosa a titolo di mera detenzione (dunque, senza che vi sia stata una trasmissione del possesso finalizzata a trasmettere la proprietà) e vendere comunque il bene. Tanto è vero che anche i sistemi causali, come quello tedesco e olandese, prevedono una norma specifica per disciplinare l'ipotesi dell'acquisto *a non domino* del terzo in buona fede.

interessante rilevare che il codice civile tedesco non ha previsto (come ha fatto il codice francese) un periodo di tempo entro il quale il legittimo proprietario può far valere il suo diritto nei confronti di chiunque posseda la cosa. E ciò dipende dalla circostanza che il sistema tedesco prevede, a favore del legittimo proprietario, una forma di tutela differente: l'acquisto in buona fede *a non domino* è, infatti, considerato come un acquisto a titolo derivativo <sup>(424)</sup> e quindi colui che afferma di essere il legittimo proprietario della cosa può agire in qualsiasi momento contro il possessore per rivendicare il bene che gli è stato illecitamente sottratto. Ove, nel corso del giudizio, l'attore riuscisse a provare il suo diritto di proprietà, l'acquisto compiuto in buona fede dal terzo, non essendo a titolo originario, verrebbe meno, poiché il soggetto che ha effettuato il trasferimento non aveva il potere di disporre del diritto.

Anche la legge olandese offre un'ampia protezione per gli acquirenti *a non domino* in buona fede. Invero, l'art. 3:86, al comma 1, prevede che il trasferimento di un bene mobile da parte di un alienante senza potere di disposizione è valido se non è stato eseguito gratuitamente e la parte acquirente ha agito in buona fede. Dunque, l'acquisto del terzo è fatto salvo, anche se l'alienante non aveva il diritto di disporre del bene, in presenza di alcune condizioni: l'acquisto deve essere avvenuto in buona fede, dietro il pagamento di un corrispettivo, sulla base di una valida causa giustificativa del trasferimento e la cosa deve esser stata consegnata all'acquirente. Analogamente al sistema tedesco, anche quello olandese configura l'acquisto *a non domino* come un acquisto a titolo derivativo <sup>(425)</sup>.

Il codice civile olandese detta, inoltre, una regola speciale con riferimento ai beni rubati. Infatti, in base all'art. 3:86, comma 3, il proprietario di un bene mobile che ne ha perso il possesso perché gli è stato rubato può sempre rivendicare la proprietà da tutti i possessori entro tre anni dal furto. La medesima norma prevede alcune eccezioni a detto principio, stabilendo, *inter alia*, che esso non possa trovare applicazione quando l'oggetto rubato è stato acquisito da un consumatore, che lo ha ricevuto da un alienante che vende regolarmente simili oggetti al pubblico facendo uso di un locale commerciale destinato a tale scopo e che ha agito nell'esercizio della sua professione o attività imprenditoriale.

## § 2.5. (Segue). Una base per l'armonizzazione: elementi comuni e DCFR.

L'analisi storico-comparativa sin qui condotta sui principali sistemi europei di trasferimento della proprietà mobiliare mostra un quadro particolarmente variegato e ci consente di affermare che tali divergenze andrebbero superate in funzione dell'unificazione del mercato e del libero scambio tra gli Stati membri, poiché non è

---

<sup>424</sup> Sul punto, v. L. VAN VLIET, *Transfer of property inter vivos*, op. cit., p. 156.

<sup>425</sup> *IVI*, p. 158.

ammissibile che all'interno di un ordinamento giuridico a carattere unitario (quale quello dell'Unione europea) e via via sempre più unificato politicamente ed economicamente (a partire dalle solenni dichiarazioni di tutela dei diritti umani nello spazio giuridico europeo, oggi confluite nella Carta di Nizza, passando per le politiche comuni di sviluppo del mercato, fino ad arrivare alla moneta unica), coesistano regole disomogenee in materia di acquisto della proprietà.

Una tale opera di armonizzazione presupporrebbe l'individuazione del sistema che, tra tutti, presenta la migliore capacità di contemperare tutti gli interessi in gioco. A tal fine, è possibile prendere le mosse dalla considerazione che non è affatto casuale che il modello più diffuso nel tempo e nello spazio sia quello cumulativo e causale di titolo e successivo atto di alienazione. Detto sistema garantisce, infatti, un adeguato equilibrio tra l'esigenza di non comprimere eccessivamente l'ambito di tutela dell'alienante (risultato che si ottiene configurando il sistema come causale) e quella di favorire la circolazione dei diritti assicurando un'evidenza oggettiva alla posizione dell'acquirente (risultato garantito dall'atto di alienazione ad efficacia reale e dalla conseguente *traditio* della cosa).

Inoltre, i sistemi fondati sulla *traditio* sono, da un lato, preferibili rispetto a quelli consensuali poiché garantiscono l'acquirente contro i rischi del perimento della cosa fino a quando egli non abbia conseguito il possesso della cosa e quindi il potere di controllare e gestire direttamente il bene acquisito <sup>(426)</sup>; dall'altro lato, i sistemi di *traditio* causali sono preferibili rispetto a quelli astratti poiché, subordinando la validità del trasferimento all'esistenza di una *iusta causa traditionis*, garantiscono che se il contratto obbligatorio è nullo o è stato annullato con effetto retroattivo, anche il trasferimento ne risulti invalidato, con la conseguenza che nel caso di un contratto nullo la proprietà non è mai passata in capo all'acquirente e nel caso di un contratto annullato la proprietà ritorna automaticamente in capo al venditore nel momento in cui il contratto viene annullato. In entrambi i casi, il venditore, in qualità di legittimo proprietario della cosa, è in grado di rivendicarla con un'apposita azione giudiziaria (*rei vindicatio*) e quindi beneficia di una tutela maggiore rispetto a quella di cui gode nei sistemi astratti, ove in casi analoghi acquisirebbe soltanto un diritto di credito alla restituzione della cosa da far valere contro l'acquirente che si è indebitamente arricchito.

---

<sup>426</sup> In questa direzione si è mossa la proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita [Bruxelles, 11.10.2011 COM(2011), 635 definitivo, 2011/0284 (COD)], il cui art. 142 ha stabilito che nei contratti di vendita al consumatore, il rischio si trasferisce nel momento in cui il consumatore o un terzo, diverso dal trasportatore e designato a tal fine dal consumatore, entra in possesso dei beni o del supporto materiale su cui è fornito il contenuto digitale. Del medesimo tenore è l'art. 143, ove si prevede che nei contratti tra professionisti il rischio si trasferisce quando il compratore prende in consegna i beni o i documenti che li rappresentano oppure il contenuto digitale.

In questa direzione sembrerebbe muoversi anche il *Draft Common Frame of Reference*, che costituisce l'unica fonte ad aver sinora tentato di affrontare un tema così complesso nella prospettiva dell'armonizzazione delle discipline nazionali <sup>(427)</sup>, con esiti che, tuttavia, non sono stati particolarmente positivi, soprattutto in ragione della mancanza di una scelta univoca e sistematicamente coerente a proposito della modalità di trasferimento della proprietà prediletta nel contesto europeo.

In particolare, il DCFR ha disciplinato i requisiti per il trasferimento della proprietà all'art. VIII-2:101, che richiede, per il prodursi dell'effetto traslativo, l'esistenza di un accordo tra cedente e cessionario o, in mancanza di tale accordo, che vi sia stata consegna della cosa. Il comma 2 chiarisce, tuttavia, che la consegna deve essere basata su (o riferibile a) un titolo fondato sul contratto o altro atto giuridico, ordine del tribunale o regola di diritto. La norma lascia, pertanto, piena libertà alle parti di stabilire, sulla base di uno specifico accordo, quale sia il momento produttivo dell'effetto traslativo. Nel compiere detta scelta, esse possono aderire al sistema consensualistico, in base al quale l'effetto traslativo si produce al momento della conclusione del contratto, ovvero a quello fondato sulla *traditio* ed in tal caso la proprietà verrà trasmessa soltanto al momento della consegna.

---

<sup>427</sup> Vi sono state, in realtà, altre due rilevanti normative sovranazionali in materia di compravendita: la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci e la Direttiva 1999/44/CE. Tuttavia, entrambe omettono di affrontare il punto focale della questione, ossia il momento del prodursi dell'effetto traslativo. In particolare, l'art. 4 della Convenzione di Vienna dichiara espressamente che essa disciplina esclusivamente la formazione del contratto di vendita ed i diritti ed obblighi che tale contratto fa nascere, senza interessarsi degli effetti che il contratto può avere sulla proprietà delle merci vendute. E il considerando n. 14 della Direttiva 1999/44/CE aggiunge che «i riferimenti al momento della consegna non implicano che gli Stati membri debbano modificare le proprie norme sul trasferimento del rischio». Queste normative sovranazionali rivolgono, dunque, l'attenzione ad aspetti più settoriali, probabilmente allo scopo di evitare le resistenze politiche e culturali che una normativa sulla natura e sulla disciplina dell'atto di alienazione avrebbe provocato. Ma armonizzare specifici aspetti senza creare una chiara base comune sui concetti di fondo del sistema significa produrre un'omogeneità sterile e destinata ad aver breve durata. E, a ben vedere, anche queste fonti sovranazionali, dietro la pretesa neutralità rispetto al problema centrale dell'effetto traslativo, lasciano intravedere una chiara predilezione per il sistema fondato sulla *traditio*. In particolare, gli artt. 66 e ss. della Convenzione di Vienna propongono una regolamentazione del passaggio del rischio che presuppone la consegna della cosa, poiché prevedono che solo a partire dal momento della consegna l'acquirente sia obbligato a pagare il prezzo anche in caso di perimento fortuito del bene; una regola che appare, evidentemente, incompatibile con un sistema che riconduca l'effetto traslativo al mero accordo delle parti. In senso analogo depone l'art. 2 della Direttiva 1999/44/CE, che pone a carico del venditore l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita. Anche questa regola, infatti, presuppone che l'effetto traslativo si produca solo al momento della consegna, poiché se la proprietà della cosa fosse già passata all'acquirente al momento della conclusione del contratto non avrebbe senso porre a carico del venditore l'obbligo di consegnare beni conformi al contratto medesimo. Per un approfondimento sulle contraddizioni delle normative nazionali in questione, v. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, op. cit., pp. 52-58.

La scelta di non imporre una regola traslativa, lasciando all'autonomia privata il potere di ricorrere al modello più idoneo a realizzare i loro interessi, esprime il compromesso cui si è dovuti pervenire in sede di elaborazione di una bozza di disciplina europea sulla *traslatio*. L'opzione finale è ricaduta su una soluzione il più possibile neutrale, in quanto ritenuta maggiormente idonea a conciliare le varie tecniche traslative adottate nei sistemi giuridici degli Stati membri. Ove si adottasse in via definitiva una tale soluzione, tuttavia, l'Unione europea sceglierebbe di non scegliere, poiché lasciare alle parti l'onere di stabilire quale legge sia applicabile al loro rapporto significherebbe contraddire la finalità stessa dell'armonizzazione. Invero, detta soluzione non risolve affatto il problema della difformità delle regole sul trasferimento della proprietà nel contesto europeo, lasciando intatti i risvolti negativi che ne conseguono sul piano della libertà degli scambi e dello sviluppo del mercato unico.

Posta questa premessa sull'ampia valorizzazione dell'autonomia delle parti, resta il problema di stabilire, in relazione al caso in cui le parti abbiano scelto il modello fondato sulla *traditio*, se il progetto europeo di riforma abbia optato per il sistema causale ovvero per quello astratto, soprattutto allo scopo di capire in quale direzione andranno le prossime eventuali opere di armonizzazione. Alla luce della complessiva struttura sistematica del DCFR, sembrerebbe che il sistema destinato a trovare applicazione in detta ipotesi sia quello di *traditio* causale, secondo cui il trasferimento avviene al momento della consegna, che deve però esser supportata da un valido titolo giustificativo<sup>(428)</sup>. In questo senso depongono la norma che regola gli effetti prodotti sul trasferimento dall'invalidità o dalla caducazione del *titulus*<sup>(429)</sup> e la disciplina dettata in materia di arricchimento ingiustificato<sup>(430)</sup>. Il che ci induce a ritenere che, ove si decidesse di portare a compimento i progetti di armonizzazione sinora elaborati, il sistema scelto dal legislatore europeo sarebbe quello causale. Resta aperto il problema dell'adesione al sistema consensualistico ovvero a quello fondato sulla *traditio*, una scelta che non dovrebbe essere interamente rimessa alla discrezionalità delle parti per ragioni di uniformità delle regole vigenti nel contesto europeo e quindi di maggiore efficienza del mercato.

---

<sup>428</sup> Cfr. G. DONADIO, *Diritto privato europeo e trasferimento della proprietà. Scenari attuali e prospettive future nella ricerca di una possibile armonizzazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* n. 3/2012, pp. 151 e ss.

<sup>429</sup> L'art. VIII. - 2: 202 prevede che laddove il contratto sottostante o altro atto giuridico non sia valido sin dall'inizio, non ha luogo alcun trasferimento di proprietà. Laddove, invece, dopo il trasferimento della proprietà, il contratto sottostante o altri atti giuridici siano annullati, la proprietà è considerata come non passata mai al cessionario.

<sup>430</sup> L'art. VII. - 2: 101, al comma 2, dichiara che se il contratto è nullo o annullato o altrimenti reso inefficace a posteriori, la persona arricchita non ha diritto all'arricchimento su tale base.

### § 3. La proprietà mobiliare in funzione di garanzia.

Un altro settore in cui particolarmente pressante appare l'esigenza di un intervento del legislatore europeo in funzione di armonizzazione delle regole è quello dei diritti di garanzia, la cui crescita è direttamente proporzionale all'aumento degli scambi a carattere transfrontaliero. Tale esigenza deriva dalla circostanza che le differenze tra i sistemi giuridici degli Stati membri in questo settore possono potenzialmente portare a distorsioni nel funzionamento del mercato interno dell'Unione <sup>(431)</sup>.

Le regole nazionali che disciplinano i diritti di garanzia patrimoniale sono sistemi di diritto internamente equilibrati, al cui interno i diritti di garanzia, solitamente distinti in base agli oggetti su cui sono creati (beni immobili, mobili e crediti) formano un sistema coerente. È possibile, però, che i diritti di garanzia creati sulla base delle regole di un certo ordinamento entrino in contatto con un sistema giuridico straniero, nel qual caso è quest'ultimo a decidere come trattare questi diritti. La maggior parte dei sistemi giuridici opera, infatti, attraverso la tradizionale regola di diritto internazionale privato della "*lex rei sitae*", in base alla quale si applica la legge del luogo in cui è situato l'oggetto <sup>(432)</sup>. Una tale regola non pare, tuttavia, per nulla idonea a regolare correttamente il mercato delle garanzie mobiliari, perché i beni mobili, per definizione, sono destinati a circolare, spesso attraversando i confini di uno Stato e ciò fa sì che, in talune situazioni, le differenze esistenti tra i sistemi nazionali che entrano in contatto facciano sorgere delicate questioni giuridiche. Invero, nell'ipotesi in cui un bene mobile oggetto di un diritto di garanzia circoli da uno Stato membro ad un altro l'esigenza di armonizzazione delle regole in materia di diritti di garanzia si fa particolarmente pressante, poiché lo spostamento del bene comporta un mutamento della *lex rei sitae* e quindi una possibile modifica del contenuto e dell'estensione dei diritti di cui gode il titolare. Ciò in quanto la garanzia deve, anzitutto, appartenere ad uno dei tipi legali previsti nello Stato in cui il bene viene a trovarsi, in osservanza del principio del *numerus clausus* dei diritti reali. Devono, inoltre, esser rispettati i requisiti di forma e adempiuti gli oneri pubblicitari previsti dalla normativa dello Stato nel cui territorio i beni vengono a trovarsi.

Invero, i problemi legati allo spostamento di un bene mobile oggetto di garanzia da uno Stato membro ad un altro sono stati affrontati ricorrendo alla tecnica della c.d.

---

<sup>431</sup> A tale conclusione è giunto un ampio studio in questo campo, condotto dallo "Study group on a European civil code" (SGECC), che, per superare queste criticità, proponeva un sistema unitario di diritti di garanzia della proprietà modellato sull'articolo 9 dello *Uniform Commercial Code* statunitense. Per un approfondimento, cfr. V. SAGAERT, *Security Interests*, op. cit., pp. 425 e ss., nonché B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Free movement of goods and property law*, op. cit., pp. 237-266.

<sup>432</sup> Sul punto, cfr. B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Lex Rei Sitae in perspective: National Developments of a Common Rule?*, in (a cura di) B. Akkermans – E. Ramaekers, *Property Law Perspectives*, Antwerp: Intersentia, 2012, p. 123.

*trasposizione*, nel tentativo di ricondurre un istituto “straniero” all’interno delle categorie conosciute in un altro ordinamento. Un tale meccanismo di adattamento presuppone una comparazione tra i caratteri del diritto di garanzia straniero e quelli propri delle garanzie conosciute nello Stato di destinazione, allo scopo di individuare in quest’ultimo sistema giuridico una figura equivalente alla garanzia straniera. Se questa operazione fornisce un esito negativo, in quanto il diritto di garanzia straniero non presenta i requisiti richiesti dall’ordinamento in cui il bene è stato spostato, la garanzia è reputata non riconoscibile nell’ordinamento di destinazione (poiché non ha alcuna rilevanza che il diritto in questione abbia rispettato le condizioni poste dalla *lex rei sitae* di origine); se, viceversa, la comparazione fornisce un esito positivo, il diritto di garanzia straniero viene trasformato in quello conosciuto dallo Stato di destinazione. Quest’ultima operazione può, tuttavia, determinare il mutamento di alcune caratteristiche originarie del diritto in questione, perché esso viene ad essere interamente regolato dalla nuova *lex rei sitae* (433).

Così, ad esempio, alcuni sistemi, come Francia e Paesi Bassi, ammettono diritti reali di garanzia non possessori. Altri ordinamenti, come quello tedesco, non ammettono garanzie senza spossessamento. Ciò implica che se, in base all’ordinamento francese oppure olandese, viene creato un diritto reale di garanzia non possessorio e il bene che ne forma oggetto viene spostato in Germania, si pone il problema di valutare se detto diritto di garanzia possa essere riconosciuto nello Stato di destinazione. Poiché il sistema tedesco non ammette diritti reali di garanzia non possessori ed applica rigidamente la regola del *numerus clausus* dei diritti reali, difficilmente potrà riconoscere, *sic et simpliciter*, il diritto di garanzia sorto nell’ordinamento straniero. L’unica soluzione per non negare totalmente efficacia alla garanzia sarebbe, dunque, quella di “trasformare” il diritto originario in una situazione giuridica diversa, conosciuta e protetta dal sistema tedesco. Poiché la legge tedesca riconosce i trasferimenti di proprietà a fini di garanzia (c.d. *fiducia cum creditore*) (434), si potrebbe adattare il diritto di garanzia non possessorio francese al sistema giuridico tedesco trasformandolo in un trasferimento di proprietà a scopo di garanzia (435).

---

<sup>433</sup> La giurisprudenza ha spesso applicato detto criterio per stabilire se fosse, o meno, possibile riconoscere effetti ai diritti reali di garanzia quando il bene mobile vincolato si trovava in uno Stato membro diverso da quello di origine. Detto riconoscimento è stato negato, in applicazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, ogniqualvolta si è ritenuto di non poter individuare nell’ordinamento giuridico di destinazione una figura equivalente al diritto di garanzia straniero, nonché quando, sebbene esistesse un istituto equivalente, la garanzia straniera non rispettava i requisiti di validità, efficacia o pubblicità previsti dall’ordinamento giuridico di destinazione. Per una panoramica giurisprudenziale, v. A. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, op. cit., pp. 806-810.

<sup>434</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. V. SAGAERT, *Security Interests*, op. cit., p. 425 e ss.

<sup>435</sup> Un identico problema si pone nel caso opposto, cioè quando si tratti di riconoscere un trasferimento fiduciario a scopo di garanzia all’interno di un sistema giuridico che non ammette tale istituto. La questione è particolarmente delicata, come dimostrano le numerose sentenze che hanno

Tuttavia, una tale trasformazione non conserverebbe del tutto inalterata la situazione originaria, perché comporterebbe il disconoscimento della proprietà spettante al debitore che ha concesso il bene in garanzia, proprietà che sarebbe invece riconosciuta al creditore <sup>(436)</sup>.

Il ricorso al criterio della *lex rei sitae* non consente, dunque, di risolvere adeguatamente i problemi di riconoscimento di diritti reali di garanzia costituiti in altri Stati membri, poiché conduce a negarne l'efficacia ogniqualvolta taluni elementi del rapporto giuridico non risultino compatibili con il sistema giuridico di destinazione, o perché non esiste in quest'ultimo ordinamento un diritto di garanzia equivalente (il che rende inammissibile la garanzia straniera alla luce del principio del *numerus clausus*), o perché, pur esistendo istituti simili, non sono stati rispettati (perché non imposti dalla *lex rei sitae* di origine) i requisiti di esistenza, validità, pubblicità od opponibilità previsti dal sistema giuridico di destinazione. Ed anche ove si tentasse di adattare il diritto di garanzia straniero alle figure conosciute dall'ordinamento giuridico di appartenenza, si finirebbe per alterare le caratteristiche della situazione giuridica originaria.

Le considerazioni svolte dimostrano, con ogni evidenza, l'inadeguatezza del criterio della *lex rei sitae* ai fini della regolamentazione dei diritti reali di garanzia. Un tale criterio è stato, infatti, progettato per risolvere i problemi relativi alle compravendite a carattere transfrontaliero, ove si tratta semplicemente di determinare la legge che regola il trasferimento della proprietà. Ma esso non può essere utilizzato anche ai fini della risoluzione dei problemi inerenti ai diritti reali di garanzia, poiché in tal caso si tratta di regolare un rapporto giuridico, tra creditore e debitore, che perdura nel tempo e che richiede una disciplina univoca a prescindere dal mutare delle circostanze oggettive (come lo spostamento del bene dato in garanzia da uno Stato all'altro) in cui quel rapporto si colloca.

Il disconoscimento di un diritto reale straniero crea un evidente ostacolo per il commercio all'interno del Mercato Europeo Comune e quindi potrebbe anche

---

escluso la possibilità di riconoscere efficacia a trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia quando il sistema giuridico di destinazione non ammette tali figure. Per una panoramica giurisprudenziale, v. A. Aschieri, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, op. cit., p. 807 (nota 61), ove si cita, *inter alia*, *Cour de cassation, Chambre des requêtes*, 24 maggio 1933, in *Revue critique de droit international 1934*, pp. 142 e ss., che ha negato riconoscimento al *Sicherungsübereignung* tedesco, in quanto assimilabile ad un patto commissorio (non ammesso dalla legge francese); in senso conforme, *Cour de cassation civ.*, 8 luglio 1969, in *JCP*, 1970, II, n. 16182; v. anche *Cour de cassation civ.*, 3 maggio 1973, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1974, p. 100, che ha escluso la riconoscibilità di un trasferimento fiduciario di proprietà a scopo di garanzia, realizzato mediante un accordo di *sale and lease back*, in quanto configurante un'ipotesi di pegno non possessorio (all'epoca non ammesso dalla legge francese).

<sup>436</sup> Cfr., sul punto: B. AKKERMANS – E. RAMAEKERS, *Free movement of goods and property law*, op. cit., pp. 240-241; ID., *Lex Rei Sitae in Perspective: National Developments of a Common Rule? Property Law Perspectives*, Cambridge, Antwerp and Portland: Intersentia, 2012.



rendere inapplicabili le norme nazionali in materia per violazione dell'art. 34 TFUE, che vieta le restrizioni quantitative all'importazione fra gli Stati membri nonché qualsiasi misura ad effetto equivalente <sup>(437)</sup>. Queste difficoltà potrebbero esser superate mediante la creazione di un sistema europeo di garanzie, riconosciuto in tutti gli Stati membri con le medesime caratteristiche.

Più in generale, un'opera di armonizzazione delle discipline nazionali sui diritti reali di garanzia favorirebbe un aumento del livello di efficienza del Mercato Europeo Comune, in termini di minori costi di consulenza legale, costi contrattuali e valutazioni del rischio. Si pone, dunque, l'esigenza di valutare le scelte politiche compiute dai legislatori e dalle Corti degli Stati membri, soprattutto allo scopo di verificare quali beni possano formare oggetto di garanzia e se siano ammissibili diritti reali di garanzia su cose future. In questa prospettiva, desta particolare interesse la riforma delle garanzie mobiliari recentemente attuata nell'ordinamento giuridico belga, poiché essa ha suscitato ampi dibattiti accademici sulla portata dei diritti di garanzia, soprattutto per quanto concerne le banche e i fornitori, ossia i finanziatori primari delle imprese e quindi principali destinatari delle tutele offerte dalla legge a protezione degli interessi dei creditori <sup>(438)</sup>. L'analisi dovrà, poi, necessariamente estendere ad alcuni modelli di armonizzazione realizzati o progettati in questo settore, come l'art. 9 dello *Uniform Commercial Code* e il libro IX del *DCFR*, che forniscono un esempio di come l'armonizzazione può essere effettuata in modo efficiente, senza sconvolgere l'equilibrio degli interessi raggiunto dai vari sistemi giuridici coinvolti.

### § 3.1. (Segue). La riforma belga dei diritti di garanzia mobiliare.

Il legislatore belga ha adottato, nel 2013, una riforma significativa dei diritti di garanzia sui beni mobili al fine di renderli più efficaci. In particolare, la riforma ha modificato, *inter alia*, la disciplina di pegno, riserva di proprietà e trasferimento di proprietà a fini di garanzia. Nell'elaborare tale riforma, il legislatore belga si è ispirato

---

<sup>437</sup> Cfr. Corte di Giustizia U.e., Causa 8/74, *Benoît e Dassonville c. SA Éts. Fourcroy e SA Breuwal e Cie*, 11 luglio 1974. In dottrina, cfr. E. RAMAEKERS, *European Union Property Law. From Fragments to a System*, Antwerp: Intersentia, 2013, pp. 51 e ss.

<sup>438</sup> In linea di principio, le banche si tutelano mediante la costituzione di diritti reali di garanzia sulla maggior parte dei beni esistenti nel patrimonio di un'impresa (e, ove ammesso dalla legge, anche di quelli futuri), mentre i fornitori cercano di mantenere la proprietà sui beni forniti (e i proventi che derivano dalla loro commercializzazione) fino a quando il credito non sia stato adempiuto. La misura in cui questi soggetti possono ottenere la garanzia dipende dalla scelta politica effettuata dal singolo legislatore nazionale ed una tale scelta incide sulla posizione di ciascun gruppo di creditori in caso di insolvenza dell'impresa. Spostare a livello europeo la sede in cui queste scelte vengono effettuate, mediante un'opera di armonizzazione della normativa, garantirebbe un aumento dell'efficienza del mercato rispetto alla situazione attuale.

non solo ai sistemi giuridici nazionali, territorialmente vicini <sup>(439)</sup> e lontani <sup>(440)</sup>, ma anche alle iniziative sovranazionali <sup>(441)</sup>. Proprio questa vocazione internazionale della legge di riforma fa sì che il codice belga possa costituire un punto di riferimento ai fini dell'armonizzazione del settore delle garanzie mobiliari in Europa <sup>(442)</sup>.

### § 3.1.1. (Segue). La *ratio legis*.

La riforma del codice civile belga mira a favorire la ripresa dalla crisi del credito che ha colpito anche il Belgio, dando nuovo slancio all'economia mediante misure di facilitazione del credito. In particolare, il legislatore ha modificato la disciplina dei diritti di garanzia nel tentativo di costruire un sistema efficiente, flessibile, prevedibile e ben bilanciato, cioè in grado di tener conto non solo degli interessi del debitore e del creditore, ma anche di quelli dei terzi. Il metodo utilizzato per perseguire tale obiettivo è quello del c.d. approccio funzionale, in base al quale accordi simili, indipendentemente dalle loro differenze concettuali, dovrebbero produrre lo stesso effetto giuridico, come avviene con riguardo alla disciplina della riserva di proprietà rispetto al diritto di pegno <sup>(443)</sup>.

La riforma mira, inoltre, a restituire al codice civile la sua centralità nel sistema belga dei diritti reali di garanzia. Invero, in base alla normativa previgente, per avere una panoramica completa del sistema dei diritti di garanzia, si dovevano esaminare molte leggi diverse; la riforma persegue, pertanto, lo scopo di riportare organicità strutturale alla legge belga sui diritti reali di garanzia. Questi obiettivi si riflettono chiaramente nella nuova legge, di cui esamineremo le novità più significative.

---

<sup>439</sup> In particolare, nel *memorandum* esplicativo del progetto di riforma (reperibile al seguente indirizzo: <https://www.dekamer.be/FLWB/pdf/53/2464/53K2464001.pdf>) sono stati richiamati i sistemi giuridici francese, tedesco e olandese.

<sup>440</sup> Il *memorandum* esplicativo richiama la disciplina di cui all'art. 9 dello Uniform Commercial Code statunitense.

<sup>441</sup> Il *memorandum* esplicativo richiama, in particolare, la Guida Legislativa UNCITRAL e il *Draft Common Frame of Reference*.

<sup>442</sup> Per un approfondimento sulla riforma belga, cfr. V. W. LOOF – A. BERLEE, *Case study: harmonizing security rights*, in (a cura di) AKKERMANS B. – HAGE J. – KORNET N – SMITS J., *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, *Intersentia*, 2015, pp. 231-237.

<sup>443</sup> V., in particolare, l'art. 83 della legge di riforma, ossia la Legge 11 luglio 2013, che modifica il codice civile per quanto riguarda i diritti di garanzia e abroga varie disposizioni al riguardo (reperibile al seguente indirizzo: [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&table\\_name=loi&cn=2013071119](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2013071119)). La Legge 11 luglio 2013 è stata successivamente riformata con la Legge 25 dicembre 2016, che ha ulteriormente modificato varie disposizioni relative ai diritti di garanzia (reperibile al seguente indirizzo:

[https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&table\\_name=loi&cn=2016122512](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2016122512)).

### § 3.1.2. (Segue). Il pegno.

Il legislatore della riforma ha dedicato ampia attenzione al diritto di pegno, introducendo, in aggiunta alla tradizionale figura del pegno “possessorio” – che richiedeva lo spossessamento del bene o il controllo del credito <sup>(444)</sup> –, un pegno “non possessorio”, che richiede la registrazione per produrre effetti nei confronti di terzi <sup>(445)</sup>. Il registro nel quale è pubblicizzato il pegno è pubblico e aperto tramite accesso *online*, secondo le modalità stabilite con regio-decreto <sup>(446)</sup>.

Il legislatore belga ha sentito l’esigenza di introdurre questa nuova figura di pegno per aggiornare un sistema giuridico che, riconoscendo esclusivamente un diritto di pegno possessorio, non era al passo con gli altri ordinamenti europei. Esaminando tali sistemi, è stata riscontrata una tendenza verso forme di pubblicità basate sulla registrazione del pegno piuttosto che sullo spossessamento del bene che ne forma oggetto. Così, nell’elaborare la riforma del diritto delle garanzie, il riformatore belga ha seguito tale tendenza, ispirandosi soprattutto al modello francese <sup>(447)</sup>.

---

<sup>444</sup> In base alla disciplina previgente, il controllo del credito poteva essere ottenuto mediante il mero accordo (ex art. 2074 del codice civile); in base alla nuova disciplina, invece, il “possesso” del credito si ottiene secondo le modalità stabilite dall’art. 60 della legge di riforma, in forza del quale il creditore è posto in possesso di un credito garantito dalla conclusione del contratto di pegno, a condizione che abbia il potere di notificare il pegno al debitore del credito promesso e il pegno diviene esecutivo nei confronti del debitore del credito pignorato solo dal momento in cui gli è stato notificato o riconosciuto.

<sup>445</sup> Al riguardo, il *memorandum* esplicativo fa riferimento all’efficacia “esterna” del pegno. La norma di riferimento è contenuta nell’art. 20 della legge di riforma, in forza del quale «*Le gage est opposable aux tiers par un enregistrement dans le registre des gages effectué conformément à l'article 29, alinéa 1er.*». La registrazione non è, invece, necessaria ai fini della validità del pegno (c.d. efficacia “interna”).

<sup>446</sup> L’art. 40 della legge di riforma stabilisce che «*Toute personne a accès au registre des gages selon les modalités fixées par le Roi.*». Questo sistema di registrazione segue il modello di cui all’art. 9 dello *Uniform Commercial Code*, cui si ispirano anche le regole contenute nel *Draft Common Frame of Reference*.

<sup>447</sup> Il sistema francese è stato riformato nel 2006 con il Decreto n. 2006-1804 del 23 dicembre 2006, integrato da un *Ordre* del 1° febbraio 2007. La riforma ha specificatamente riconosciuto la nuova figura del pegno non possessorio, opponibile ai terzi a seguito di appositi adempimenti pubblicitari. In particolare, è richiesta la trascrizione dell’atto costitutivo del pegno e di due copie di uno specifico modulo (c.d. *borderneau*) presso il registro tenuto dalla Cancelleria del Tribunale di Commercio della circoscrizione nella quale il debitore ha la sua sede o domicilio (ex art. 2338 *Code Civil*). Si tratta di un sistema di pubblicità impostato su base personale ed avente una validità quinquennale (v. art. 7 D.lgs. 2006/1804 del 23 dicembre 2006). È stato, inoltre, introdotto un sistema elettronico di registrazione, accessibile per chiunque disponga di firma digitale senza che sia richiesto il pagamento di alcuna imposta o tassa di registro. A seguito della riforma del 2006, l’art. 2237 *Code Civil* prevede che il pegno diventa opponibile ai terzi mediante la registrazione in un apposito registro (ex art. 2338 *Code Civil*) ovvero la trasmissione del possesso del bene al creditore o a un terzo individuato dalle parti (ex art.

Peraltro, l'introduzione di questa nuova figura di pegno registrato ha comportato la scomparsa dell'istituto del trasferimento di proprietà a fini di garanzia, che viene riqualificato come diritto di pegno <sup>(448)</sup>. Tuttavia, poiché il diritto di proprietà acquisito in funzione di garanzia, seppur riqualificato come pegno, non è registrato (né il bene che ne forma oggetto è stato spossessato), non può produrre (ancora) effetti nei confronti dei terzi. Solo con la registrazione del pegno dopo la riqualificazione o con lo spossessamento dell'oggetto a favore del creditore la situazione giuridica acquisterà efficacia nei confronti dei terzi.

Con la legge di riforma, il diritto di pegno ha, inoltre, acquisito una portata particolarmente ampia, estendendosi sia agli oggetti presenti che a quelli futuri <sup>(449)</sup>, materiali o immateriali <sup>(450)</sup>, sia agli oggetti specifici che ad un insieme di beni e, addirittura, ad un'azienda nel suo complesso <sup>(451)</sup>. In base alla nuova legge belga, il diritto di pegno è, dunque, diventato un diritto di garanzia dall'ambito applicativo molto ampio <sup>(452)</sup>, il che si giustifica alla luce della volontà di dare effettiva

---

2337, comma 2, *Code Civil*). Il conflitto tra creditori garantiti da pegno possessorio e creditori garantiti da pegno non possessorio gravante sullo stesso bene è risolto riconoscendo priorità al creditore garantito da pegno non possessorio a condizione che il suo pegno sia stato registrato anteriormente alla trasmissione del possesso del bene al creditore garantito da pegno possessorio. La riforma del 2006 ha previsto anche che i finanziamenti concessi da istituti di credito a persone giuridiche di diritto privato o a persone fisiche che esercitano un'attività professionale possono essere garantiti da un pegno non possessorio sulle scorte di magazzino di proprietà degli stessi. Tale garanzia si costituisce per atto scritto ed i suoi effetti si producono dal momento della sua iscrizione nel pubblico registro tenuto dalla Cancelleria del Tribunale della circoscrizione nella quale il debitore ha la sua sede o domicilio, entro 15 giorni dal perfezionamento dell'atto costitutivo. Per un approfondimento sulla riforma francese in materia di garanzie reali, v. A. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, op. cit., pp. 798 – 800.

<sup>448</sup> V. l'art. 73 della legge di riforma, ove si prevede quanto che «*Une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage*».

<sup>449</sup> L'art. 13 della legge di riforma stabilisce che «*Le gage peut avoir pour objet des biens futurs*».

<sup>450</sup> L'art. 12 della legge di riforma dispone: «*Le gage peut avoir pour objet un bien mobilier corporel ou incorporel, un bien meuble par nature qui est devenu immeuble par destination ou un ensemble déterminé de tels biens, à l'exception des navires et des bateaux et bâtiments immatriculés au sens du livre II du Code de commerce*».

<sup>451</sup> Invero, ai sensi dell'art. 12 della legge di riforma, «*Sauf disposition restrictive dans la convention de gage, le gage ayant pour objet un fonds de commerce comprend l'ensemble des biens qui composent le fonds de commerce. Sauf disposition restrictive dans la convention de gage, le gage ayant pour objet une exploitation agricole comprend l'ensemble des biens qui servent à l'exploitation*».

<sup>452</sup> Il problema della proporzionalità tra l'ammontare del credito garantito e il valore del bene concesso in garanzia è stato risolto rispetto ai casi in cui il concedente sia un consumatore: in tali situazioni il valore del bene concesso in garanzia non può superare il doppio del valore del credito. Sul punto, v. art. 12 della legge di riforma, ove si legge che «*Si le constituant du gage est un consommateur [...], la valeur du bien gagé ou des biens gagés ne peut excéder le double de l'étendue du gage telle que fixée par l'article 12*». Non è stata, invece, prevista una limitazione analoga per quanto riguarda le imprese.

applicazione al principio per cui il debitore risponde delle obbligazioni assunte con tutti i suoi beni <sup>(453)</sup>.

Il riconoscimento di una portata così ampia al diritto di pegno ha posto al legislatore belga l'ulteriore problema di riformare l'istituto della riserva di proprietà al fine di preservare l'equilibrio tra i creditori. Delle novità introdotte in relazione a quest'ultimo istituto ci occuperemo nel prossimo paragrafo.

### § 3.1.3. (Segue). La riserva di proprietà.

La prima novità rilevante introdotta dalla legge di riforma è l'inclusione della disciplina relativa all'istituto della riserva di proprietà all'interno del codice civile, il che pone fine alle incertezze sollevate in ordine al suo ambito di applicazione <sup>(454)</sup>. Invero, prima della riforma, la riserva di proprietà era disciplinata nel codice fallimentare e, pertanto, veniva considerata efficace nei confronti dei terzi soltanto nell'ambito delle procedure fallimentari <sup>(455)</sup>. Di conseguenza, il sistema belga dei diritti di garanzia peccava di coerenza interna, poiché disseminava la relativa disciplina in diversi codici e prevedeva un trattamento giuridico differenziato in relazione a strumenti simili. Inoltre, un tale approccio poneva il Belgio in una posizione isolata all'interno dell'Europa, poiché era l'unico sistema giuridico che confinava l'istituto della riserva di proprietà in un ambito di applicazione ristretto. Con la riforma il legislatore belga ha, dunque, tentato di rendere più coerente il sistema e di adeguarsi ai principi vigenti negli altri Paesi europei. Ad oggi, la riserva di proprietà è disciplinata nel codice civile e la sua efficacia nei confronti dei terzi è stata estesa a qualsiasi situazione di concorrenza creditoria e a qualsiasi forma di pignoramento.

L'approccio funzionale utilizzato dal legislatore della riforma conduce all'assimilazione della riserva di proprietà al diritto di pegno sulla base della constatazione che, sebbene questi due strumenti di garanzia siano molto diversi tra loro, entrambi svolgono la stessa funzione, ossia quella di garantire un diritto di credito. Pertanto, anche il loro trattamento giuridico deve essere simile. Da questo assunto deriva il contenuto dell'art. 82 della legge di riforma, che estende l'ambito di applicazione di talune regole dettate in relazione al pegno anche alla riserva di

---

<sup>453</sup> V. il commento all'art. 11 contenuto nel memorandum esplicativo della riforma, ove si legge che, «in linea di principio, un debitore deve essere in grado di utilizzare qualsiasi bene per concedere una garanzia al fine di ottenere credito. Il pegno può quindi coprire tutti i beni mobili materiali e immateriali, sia di beni specifici sia di un insieme di beni esistenti e/o futuri, sia l'universalità di fatto che l'universalità di diritto. Ciò si lega alle concezioni contemporanee, come formulate in particolare nella Guida legislativa UNCITRAL (raccomandazione 17)».

<sup>454</sup> La riserva di proprietà è, oggi, disciplinata negli artt. 80 e ss. della legge di riforma.

<sup>455</sup> V. art. 101 del Codice fallimentare belga.

proprietà. In particolare, si applicano alla riserva di proprietà gli articoli 9 <sup>(456)</sup> e 18 <sup>(457)</sup>, ai quali si aggiungono, ai sensi dell'art. 30 della Legge 25 dicembre 2016, gli artt. 20 <sup>(458)</sup> e 23 <sup>(459)</sup>.

Tra le norme menzionate, particolare rilevanza assume la previsione di cui all'art. 18, relativa all'ipotesi di specificazione, poiché garantisce che la riserva di proprietà (come il diritto di pegno) venga automaticamente estesa ai beni di nuova creazione. Si tratta, evidentemente, di una regola che assume grande rilievo soprattutto per i fornitori di materiali di base, che in caso di specificazione perderebbero la loro garanzia se non vi fosse una tale previsione. Inoltre, i diritti del fornitore che ha trattenuto la proprietà del bene trasferito si estendono ai proventi derivanti dalla vendita del bene medesimo a terzi <sup>(460)</sup>.

Naturalmente, l'approccio funzionale non implica che la disciplina della riserva di proprietà sia esattamente identica a quella del pegno, sussistendo alcune rilevanti diversità di trattamento giuridico. Una delle principali differenze è che la riserva di proprietà non deve essere registrata per produrre effetti nei confronti dei terzi. Invero, il legislatore della riforma ha constatato che in nessun altro Stato membro è richiesta la registrazione della riserva di proprietà ed ha preso atto della circostanza che la previsione dell'onere di registrare questo diritto per ciascuna consegna imporrebbe costi piuttosto elevati, insostenibili dalle piccole imprese. Pertanto, ha preferito

---

<sup>456</sup> La norma, contenuta nell'art. 14 della legge di riforma, disciplina l'ipotesi di "surrogazione reale", stabilendo che il pegno si estende a tutti i crediti che sostituiscono i beni vincolati, tra cui i crediti derivanti dalla cessione di questi e quelli che indennizzano una perdita, un deterioramento o una diminuzione del valore del bene vincolato. Salvo diverso accordo, il pegno si estende ai frutti prodotti dai beni vincolati.

<sup>457</sup> La norma, ai sensi dell'art. 23 della legge di riforma, disciplina la fattispecie della "trasformazione", prevedendo che, salvo patto contrario, se il pegno si riferisce a beni destinati alla trasformazione, il concedente ha il diritto di apportare tale modifica. Tuttavia, se da questa trasformazione nasce un nuovo bene, il pegno graverà su questo bene appena creato, se non diversamente concordato. Inoltre, se per la trasformazione vengono utilizzati beni di terzi e se la separazione di tali beni è impossibile o economicamente ingiustificata, il pegno graverà sui beni di nuova creazione se il bene pignorato rappresenta il bene principale o di maggior valore. In questo caso, al terzo è riconosciuta un'azione per ingiustificato arricchimento contro il creditore pignoratizio.

<sup>458</sup> La regola è contenuta nell'art. 25 della legge di riforma, che disciplina l'ipotesi di "confusione", disponendo che la confusione di beni fungibili che sono gravati in tutto o in parte da pegno per uno o più componenti non influisce sul pegno. Se ci sono diversi creditori garantiti, possono far valere il loro pegno sul bene confuso in proporzione ai loro diritti.

<sup>459</sup> La disposizione di riferimento, nella legge di riforma, è l'art. 28, che disciplina la fattispecie del "trasferimento del pegno", stabilendo che la cessione del credito garantito comporta la trasmissione del pegno. Questo trasferimento è opponibile nei confronti dei terzi mediante la sua iscrizione nel registro dei pegni o la trasmissione del possesso dei beni gravati da pegno al cessionario. Nel caso in cui il credito garantito sia ceduto solo in parte, il trasferimento del pegno ha luogo proporzionalmente all'entità del credito ceduto.

<sup>460</sup> V. W. LOOF – A. BERLEE, *Case study: harmonizing security rights*, op. cit., p. 236.

uniformarsi alla disciplina degli altri Stati europei, omettendo di introdurre un tale onere nella legge belga <sup>(461)</sup>.

### **§ 3.1.4. (Segue). L'equilibrio degli interessi raggiunto dal diritto belga.**

La riforma belga in materia di garanzie mobiliari presenta profili di particolare interesse in una prospettiva di armonizzazione a livello europeo, perché raggiunge un buon equilibrio nel conflitto di interessi tra creditore e debitore, nonché tra creditori <sup>(462)</sup>. Invero, l'approccio funzionale adottato nella legge di riforma dei diritti di garanzia ha assicurato una tutela sostanzialmente analoga ai diritti di pegno e alla riserva di proprietà, che rappresentano, tradizionalmente, gli strumenti di garanzia principali di cui si avvalgono rispettivamente le banche e i fornitori per assicurarsi la realizzazione dei loro crediti nei confronti delle imprese. Questo approccio garantisce, dunque, un'equa protezione dei diritti di banche e fornitori, raggiungendo così un buon equilibrio tra i diritti dei creditori garantiti.

## **§ 3.2. (Segue). Alcuni modelli per l'armonizzazione delle garanzie mobiliari.**

### **§ 3.2.1. (Segue). L'art. 9 dello *Uniform Commercial Code*.**

Tutti i tentativi di armonizzazione sinora effettuati a livello sovranazionale si sono fortemente ispirati al sistema che ha dimostrato maggior efficacia ai fini del corretto funzionamento di un ampio mercato, ossia quello edificato dall'art. 9 dello *Uniform Commercial Code* statunitense. Una delle caratteristiche fondamentali di questo sistema è il ricorso ad un approccio funzionale nella disciplina dei diritti di garanzia, il che implica che qualsiasi diritto attribuito ad un creditore per assicurare il

---

<sup>461</sup> Con questa scelta, peraltro, il legislatore belga si è discostato dalle previsioni contenute nell'art. 9 dello *Uniform Commercial Code* e nel *Draft Common Frame of Reference*, ove si richiede una tale forma di pubblicità.

<sup>462</sup> In merito all'esigenza di ricercare detto equilibrio, nel memorandum esplicativo (pp. 6-7) si legge: «C'est une erreur de penser qu'un système de sûretés moderne et efficace sert exclusivement les intérêts des prêteurs (en particulier, les banques). La rareté des crédits à la suite de la récente crise financière démontre les conséquences néfastes d'un système de crédit qui fonctionne mal pour notre économie et l'emploi. De plus, un système de sûretés moderne et efficace ne sert pas seulement les intérêts des prêteurs, il sert en premier lieu les intérêts des nombreuses petites et moyennes entreprises ainsi que des ménages qui sont obligés de recourir à un financement externe. Naturellement, on peut imaginer un système d'égalité parfaite entre les créanciers et de crédit sans sûreté. La question est toutefois de savoir à quel prix le crédit sera accordé en pareil cas».

soddisfacimento del suo diritto – indipendentemente dalla denominazione utilizzata dalle parti e dalla modalità attraverso cui esso viene concesso – è trattato come un diritto di garanzia ai fini dell'applicazione delle norme armonizzate <sup>(463)</sup>.

Tra le varie previsioni contenute nell'art. 9 UCC, è interessante anzitutto notare che la normativa statunitense consente la creazione di diritti di garanzia su beni futuri <sup>(464)</sup>. Tuttavia, per il sorgere di un tale diritto si richiede che l'oggetto della garanzia sia “ragionevolmente identificato” nell'accordo <sup>(465)</sup>, non essendo ammissibile l'utilizzo di espressioni eccessivamente generiche <sup>(466)</sup>.

Altro aspetto rilevante è la distinzione, operata dall'art. 9 UCC, tra la “creazione” di un diritto di garanzia (c.d. *attachment*), da cui consegue la sua efficacia “interna”, cioè nei confronti del solo debitore, e il “perfezionamento” del diritto stesso (c.d. *perfection*), da cui scaturisce un'efficacia “esterna”, cioè (anche) nei confronti dei terzi.

La creazione del diritto di garanzia (e quindi la sua efficacia interna) deriva dall'esecutività della garanzia nei confronti del debitore <sup>(467)</sup>. Per l'esecutività della garanzia si richiede che sia determinato il valore del debito, che il debitore sia capace di concedere la garanzia e che siano soddisfatte le ulteriori condizioni stabilite dalla legge <sup>(468)</sup>.

---

<sup>463</sup> Il § 9-109 (a) UCC, nel definire l'ambito di applicazione della normativa, stabilisce, infatti, che essa debba trovare applicazione nelle seguenti ipotesi: «(1) a transaction, regardless of its form, that creates a security interest in personal property or fixtures by contract; (2) an agricultural lien; (3) a sale of accounts, chattel paper, payment intangibles, or promissory notes; (4) a consignment; (5) a security interest arising under Section 2-401, 2-505, 2-711(3), or 2A-508(5), as provided in Section 9-110; and (6) a security interest arising under Section 4-210 or 5-118». In sostanza, dunque, la norma si applica ad ogni forma di garanzia.

<sup>464</sup> Il § 9-204 (a) prevede espressamente che «Except as otherwise provided in subsection (b), a security agreement may create or provide for a security interest in after-acquired collateral».

<sup>465</sup> V. il § 9-108 (a), in forza del quale «Except as otherwise provided in subsections (c), (d), and (e), a description of personal or real property is sufficient, whether or not it is specific, if it reasonably identifies what is described». La medesima disposizione, alla lett. b), chiarisce quando l'oggetto della garanzia può dirsi ragionevolmente identificato.

<sup>466</sup> In particolare, il § 9-108 lett. c) specifica che una descrizione dell'oggetto come “tutti i beni del debitore” o “tutti i beni mobili del debitore” o l'uso di parole di analoga portata non identifica ragionevolmente la garanzia.

<sup>467</sup> V. § 9-203 (a) UCC, in forza del quale «A security interest attaches to collateral when it becomes enforceable against the debtor with respect to the collateral, unless an agreement expressly postpones the time of attachment».

<sup>468</sup> Sul punto, v. il § 9-203 (b) UCC, ove si prevede che «[...] a security interest is enforceable against the debtor and third parties with respect to the collateral only if: (1) value has been given; (2) the debtor has rights in the collateral or the power to transfer rights in the collateral to a secured party; and (3) one of the following conditions is met: (A) the debtor has authenticated a security agreement that provides a description of the collateral and, if the security interest covers timber to be cut, a description of the land concerned; (B) the collateral is not a certificated security and is in the possession of the secured party under Section 9-313 pursuant to the debtor's security agreement; (C) the collateral is a certificated security in registered form and the security certificate has been delivered to the secured party under Section 8-301 pursuant to the debtor's security agreement; or (D) the



Il diritto di garanzia acquista, inoltre, efficacia “esterna” (*erga omnes*) se viene “perfezionato”, il che avviene o mediante il trasferimento del possesso del bene che ne forma oggetto o, in alcuni casi, come conseguenza automatica dell’acquisto dell’efficacia “interna” della garanzia <sup>(469)</sup> ovvero secondo le modalità specificamente previste dalla legge <sup>(470)</sup>. Ancor più importante è, tuttavia, quella modalità di perfezionamento che si realizza mediante la presentazione di una dichiarazione di finanziamento presso un ufficio di archiviazione <sup>(471)</sup>. Una tale nota deve contenere almeno i nomi del creditore e del debitore e una descrizione della garanzia. Essa è generalmente indicizzata in base al nome del debitore e tutti i documenti successivi relativi a quella determinata garanzia devono essere archiviati anche a nome del debitore <sup>(472)</sup>, in modo tale che i creditori interessati a conoscere se su un certo bene appartenente al loro debitore gravano altrui diritti di garanzia possano fare una ricerca presso l’ufficio di archiviazione e verificare l’eventuale esistenza di altrui diritti di garanzia. Compiuta tale verifica, il creditore interessato ha una duplice possibilità: può chiedere al suo debitore informazioni sugli specifici diritti di garanzia riscontrati; ma può anche chiedere direttamente informazioni al titolare del diritto di garanzia <sup>(473)</sup>.

Il grado del creditore si determina al momento del perfezionamento della garanzia, il che assume fondamentale rilevanza ai fini della determinazione delle possibilità del singolo creditore di realizzare il suo diritto in caso di concorrenza con agli altri creditori garantiti con il medesimo bene <sup>(474)</sup>. Tuttavia, vi sono alcune eccezioni a questa regola, tra le quali assume particolare rilevanza quella prevista a tutela del c.d. *purchase money security interest* (PMSI), un diritto che consente a un mutuante di riacquisire proprietà finanziate con il suo prestito o di chiedere il

---

collateral is deposit accounts, electronic chattel paper, investment property, or letter-of-credit rights, and the secured party has control under Section 9-104, 9-105, 9-106, or 9-107 pursuant to the debtor’s security agreement».

<sup>469</sup> V. il § 9-309 UCC.

<sup>470</sup> V. i §§ 9-312 – 9-314 UCC.

<sup>471</sup> Sul punto, v. il § 9-310 (a), in forza del quale una dichiarazione di finanziamento deve essere presentata per perfezionare tutti i diritti di garanzia e privilegi agricoli. La medesima disposizione, alle lettere successive, prevede una serie di eccezioni a questo principio generale. Ulteriori eccezioni sono contenute nei §§ 9-311 e 9-312 UCC.

<sup>472</sup> In particolare, il § 9-519 UCC specifica, alla lett. a), i compiti dell’ufficio di deposito (tra i quali vi sono quello di assegnare un numero univoco al documento archiviato e di creare un registro che collega il numero assegnato al documento archiviato, con l’indicazione di data e ora del deposito) e, alla lett. c), le modalità di indicizzazione, stabilendo che l’ufficio di deposito deve indicizzare una dichiarazione di finanziamento iniziale secondo il nome del debitore e indicizzare tutte le registrazioni archiviate relative alla dichiarazione di finanziamento iniziale in modo da associare tra loro una dichiarazione di finanziamento iniziale e tutte le registrazioni archiviate relative alla dichiarazione di finanziamento iniziale.

<sup>473</sup> V. il § 9-210 UCC.

<sup>474</sup> Un diritto di garanzia perfezionato prevale sempre su un diritto di garanzia non perfezionato, anche se il primo è sorto in una data successiva rispetto al secondo.

rimborso in contanti in caso di inadempienza del debitore. Ai sensi del § 9-324 UCC, tale diritto, purchè perfetto, ha la priorità rispetto a tutti gli altri diritti di garanzia <sup>(475)</sup>. Questa priorità si estende anche ai proventi della garanzia <sup>(476)</sup>.

Inoltre, se il bene concesso in garanzia si unisce o si commistiona ad altri beni, il prodotto o la massa che ne risulta diviene il nuovo oggetto della garanzia. Se questo diritto di garanzia si era già perfezionato prima che l'oggetto della garanzia si unisse ad altri oggetti, il bene che risulta dalla commistione diviene anch'esso oggetto di un diritto di garanzia perfezionato. Pertanto, il sistema delle garanzie predisposto dall'art. 9 dello *Uniform Commercial Code* statunitense assicura una tutela ampia ai fornitori, in quanto, se un fornitore trasferisce beni che vengono successivamente trasformati, egli conserverà il suo diritto di soddisfarsi con priorità in relazione ai prodotti risultanti dalla trasformazione.

### § 3.3.2. (Segue). Il libro IX del Draft Common Frame of Reference.

Il secondo modello da tenere in considerazione è contenuto nel libro IX del *Draft Common Frame of Reference*, che riprende la comune distinzione di base tra le due principali forme di garanzia, ossia i diritti reali di garanzia e la riserva di proprietà.

I diritti di garanzia vengono definiti dall'art. 1:102, al paragrafo 1, come diritti reali limitati su beni mobili che danno al creditore garantito il potere di ottenere la soddisfazione preferenziale (rispetto agli altri creditori) del diritto garantito dal bene vincolato. Il paragrafo 2 della medesima disposizione dimostra di condividere l'approccio funzionale già utilizzato nel contesto statunitense e nelle recenti riforme degli Stati europei (come quella belga), fornendo una descrizione molto ampia di ciò che rientra nella nozione di diritto di garanzia: (a) diritti reali limitati di un tipo che è generalmente riconosciuto come deputato a fungere da garanzia proprietaria, in particolare il pegno; (b) diritti reali limitati, comunque denominati, che si basano su un contratto di garanzia e che sono intesi dalle parti come diretti a fornire al creditore garantito il diritto alla soddisfazione preferenziale del diritto garantito dal bene vincolato; e (c) altri diritti che sono considerati diritti di garanzia secondo le regole del medesimo Libro IX DCFR, come il diritto di cui al IX. - 2: 114 (diritto di ritenzione del possesso) e i diritti di cui al paragrafo 3. Il citato paragrafo 3 affronta il problema della legittimità del trasferimento di proprietà di un bene mobile per fini di garanzia,

---

<sup>475</sup> La protezione fornita da un PMSI è una delle ragioni della crescita del finanziamento c.d. *point-of-sale*, in cui un rivenditore offre un finanziamento diretto all'acquirente per acquisti di una certa rilevanza. In caso di inadempienza, il rivenditore può riottenere la proprietà degli articoli venduti, prevalendo su tutti gli altri creditori garantiti dal medesimo bene.

<sup>476</sup> Il § 9-102 (64) UCC fornisce una nozione molto ampia di "proventi", ricomprendendovi qualsiasi cosa venga acquisita in seguito a vendita, locazione, licenza, permuta o altra disposizione di garanzie, nonché qualunque cosa o diritto che derivi da una garanzia.

che viene anch'esso qualificato come diritto di garanzia, costituito a favore del cessionario, sul bene ceduto <sup>(477)</sup>.

La riserva di proprietà è, invece, definita nell'art. 1:103, paragrafo 1, come qualsiasi accordo con cui la proprietà è mantenuta dal proprietario dei beni forniti al fine di garantirsi il diritto alla realizzazione di un credito <sup>(478)</sup>.

Analogamente all'art. 9 UCC, il libro IX DFCR distingue tra la creazione di un diritto di garanzia e la sua efficacia nei confronti dei terzi. In particolare, l'art. 3:102 stabilisce, al paragrafo 1, l'efficacia esterna può essere ottenuta, per i diritti di garanzia su tutti i tipi di beni, mediante la registrazione del diritto ai sensi della Sezione 3; il paragrafo 2 della medesima disposizione aggiunge che l'efficacia esterna può anche essere conseguita o mediante il possesso del bene vincolato da parte del creditore garantito (quando il bene concesso in garanzia sia una cosa materiale), ovvero mediante il controllo, esercitato dal creditore garantito, sul bene vincolato (quando il bene dato in garanzia sia un'entità immateriale).

In attuazione di tale previsione, il libro IX DCFR prevede la creazione di un registro elettronico europeo dei diritti reali di garanzia, che funzionerebbe parallelamente ai sistemi di registrazione eventualmente già esistenti a livello nazionale <sup>(479)</sup>. Come l'art. 9 UCC, il libro IX richiede, ai fini della registrazione, solo una nota di deposito, che verrà indicizzata in base al nome del debitore. In particolare, l'art. 3:302 prevede che il registro europeo dei diritti reali di garanzia debba funzionare come un sistema di registrazione personale, che consente di archiviare le voci relative ai diritti di garanzia contro i concedenti (la garanzia) identificati. La medesima

---

<sup>477</sup> V. art. 1:102 DCFR, il cui paragrafo 4 chiude la disposizione indicando quali operazioni possono essere considerate come trasferimenti per fini di garanzia: «*Paragraph 3 applies in particular to: (a) a security transfer of ownership of corporeal assets; (b) a security assignment; (c) a sale and lease-back; and (d) a sale and resale.*».

<sup>478</sup> V. art. 1:103 DCFR, il cui paragrafo 2 chiarisce quali sono le operazioni qualificabili come “riserva di proprietà”: «*The term retention of ownership device includes: (a) retention of ownership by a seller under a contract of sale; (b) ownership of the supplier under a contract of hire-purchase; (c) ownership of the leased assets under a contract of leasing, provided that according to the terms of the contract the lessee at the expiration of the lease period has an option to acquire ownership of, or a right to continue to use, the leased asset without payment or for merely nominal payment (financial leasing); and (d) ownership of the supplier under a contract of consignment with the intention or the effect of fulfilling a security purpose.*».

<sup>479</sup> V. art. 3:301 DCFR. L'art. IX. - 3:312 regola i rapporti tra registro europeo e registri nazionali, stabilendo che laddove un diritto di garanzia sia registrato o annotato in un altro sistema di registrazione o notazione ai sensi della legislazione nazionale di uno Stato membro, una voce riportante il contenuto di tale registrazione o notazione (compreso il momento della registrazione o della notazione) deve essere iscritta nel registro europeo dei diritti di garanzia contro il concedente la garanzia dall'organismo che gestisce l'altro sistema. È, infatti, necessaria l'iscrizione nel registro europeo delle garanzie per l'efficacia della registrazione o della notazione ai sensi del DCFR. Il paragrafo 2 della medesima disposizione aggiunge che ai fini della priorità, il momento della registrazione o della notazione nel sistema nazionale è determinante.

disposizione, al paragrafo 2, chiarisce che il registro deve funzionare elettronicamente ed essere direttamente accessibile per i suoi utenti in formato online <sup>(480)</sup>. La diretta accessibilità assume fondamentale rilevanza in relazione alla funzione primaria che la registrazione è deputata a svolgere, ossia quella di consentire ai soggetti interessati di verificare l'esistenza di un diritto di garanzia in relazione a un determinato bene <sup>(481)</sup>. Dopo aver compiuto tale verifica, ove necessitino di ulteriori informazioni sul diritto di garanzia stesso, i terzi potranno rivolgersi direttamente al creditore garantito per ottenere indicazioni sull'entità del credito garantito <sup>(482)</sup>. E, ai sensi degli artt. 3:322 e 3:323, se il creditore garantito informa erroneamente il richiedente che i beni in questione non sono gravati (ovvero non risponde alla richiesta di informazioni), il richiedente entro tre mesi può acquisire un diritto reale su tali beni privo di oneri a favore del creditore garantito sulla base di un'acquisto in buona fede, nonostante l'iscrizione nel registro relativa ai diritti del creditore garantito.

La registrazione del diritto di garanzia svolge una funzione essenziale anche ai fini della gestione dei rapporti tra più creditori garantiti, fornendo un criterio certo e obiettivo (quale, appunto, quello della data e, possibilmente, dell'ora della registrazione) per stabilire quale tra di essi ha acquisito per primo un diritto di garanzia perfetto e dunque il diritto di soddisfarsi con priorità rispetto agli altri. Anche in ciò il DCFR si ispira all'art. 9 UCC, riprendendo la previsione ivi contenuta per cui il grado dei creditori è determinato in relazione al momento della perfezione del diritto di garanzia. L'art. 4:101 stabilisce, infatti, che la priorità tra diversi diritti di garanzia e tra un diritto di garanzia e altri diritti reali limitati sullo stesso bene è determinata secondo l'ordine di tempo rilevante (paragrafo 1), che è: per i diritti di garanzia, il tempo della registrazione (o il momento in cui la garanzia è divenuta efficace in base alle altre regole di cui al capitolo 3); per gli altri diritti reali limitati, il tempo della creazione (paragrafo 2). Il paragrafo 3 chiarisce che un diritto di garanzia con efficacia "esterna" ha la priorità su un diritto di garanzia privo di tale efficacia, anche se

---

<sup>480</sup> L'art. 3:317 chiarisce che l'accesso al registro per fini di ricerca è aperto a chiunque, previo pagamento di una tassa, e che esso non dipende dal consenso del concedente la garanzia o del creditore garantito.

<sup>481</sup> L'art. 3:308 indica quali informazioni dovranno essere reperibili mediante una diretta consultazione del registro: «In respect of each entry the following information appears on the register and is accessible to any user: (a) the name and contact details of the security provider; (b) the name and contact details of the creditor; (c) the time the entry was made; (d) the minimum content of the entry under IX. – 3:306 [...] paragraph (1) (b) and (c); and (e) any additional content of the entry under IX. – 3:307 [...] sub-paragraphs (a) to (c)». L'art. 3:318 precisa che nel registro è possibile cercare le voci archiviate contro i singoli concedenti una garanzia o le voci contenenti descrizioni specifiche dei beni vincolati.

<sup>482</sup> L'art. 3:319 sancisce, infatti, un vero e proprio obbligo, per i creditori garantiti, di fornire informazioni ai richiedenti interessati: «*Any registered secured creditor has a duty to answer requests for information by inquirers concerning the security right covered by the entry and the encumbered assets if these requests are made with the security provider's approval.*».

quest'ultimo è stato creato in data anteriore. Il paragrafo 4 aggiunge che il grado di due o più diritti di garanzia che sono privi di efficacia esterna è determinato in base al tempo della loro creazione. Infine, il paragrafo 5 precisa che un diritto di garanzia che è stato acquisito in buona fede su un bene soggetto ad una riserva di proprietà o in violazione di un precedente onere ha sempre la priorità sulla riserva di proprietà o sul diritto di garanzia precedentemente acquisito.

Il DCFR si ispira all'art. 9 UCC anche in relazione all'equiparazione, per taluni aspetti, della riserva di proprietà al diritto di pegno. Sul punto, l'art. 3:303, facendo proprio l'approccio funzionale tipico del sistema statunitense, dispone che ai fini del registro europeo dei diritti reali di garanzia non viene fatta alcuna distinzione tra la riserva di proprietà e i diritti di garanzia (paragrafo 1) e che, pertanto, qualsiasi riferimento normativo ai diritti di garanzia deve considerarsi esteso alla riserva di proprietà (paragrafo 2).

Altra previsione rilevante è quella contenuta nell'art. 2:307, in forza del quale laddove i beni gravati di proprietà del concedente la garanzia siano utilizzati per la produzione di nuovi beni e questi ultimi siano combinati in modo tale che la separazione sia impossibile o economicamente irragionevole, il diritto di garanzia del creditore può essere esteso mediante apposito accordo tra le parti ai nuovi prodotti e al diritto al pagamento a cui il concedente la garanzia ha diritto, in quanto proprietario dei beni utilizzati per la produzione, nei confronti del produttore <sup>(483)</sup>. I redattori del libro IX DCFR hanno scelto, invece, di non estendere il diritto di garanzia a copertura anche di un diritto al pagamento del prezzo di vendita del bene, sebbene il diritto di garanzia si estenda ai diritti al pagamento dovuti a un difetto, un danno o una perdita del bene inizialmente gravato. In particolare, l'art. 2:306 prevede, al paragrafo 1, che un diritto di garanzia si estende ai crediti derivanti da un difetto, danno o perdita del bene inizialmente gravato, compresi i proventi assicurativi. Il paragrafo 2 della medesima disposizione aggiunge che un diritto di garanzia si estende ai frutti civili e naturali dei beni inizialmente gravati, salvo diverso accordo tra le parti. Infine, il paragrafo 3 aggiunge che gli altri proventi dei beni inizialmente gravati sono coperti solo se le parti lo concordano. Di conseguenza, i fornitori hanno a tale riguardo una tutela meno forte di quella che avrebbero, ad esempio, in base all'art. 9 UCC.

---

<sup>483</sup> V. anche art. 4:103, ove si prevede che la priorità non è influenzata se il bene vincolato diventa un bene accessorio di altro bene mobile, o è utilizzato per la produzione di nuovi beni o è mescolato o combinato con altri beni, a condizione che il diritto alla garanzia si estenda ai diritti del concedente la garanzia sui beni risultanti dalla produzione, dalla fusione o dalla combinazione. Tale regola si applica, ai sensi del paragrafo 2, anche se un bene mobile diventa un bene accessorio di un immobile, a meno che la legge che regola l'immobile non stabilisca diversamente.

### **§ 3.3. (Segue). Alcuni punti fondamentali per l'armonizzazione dei diritti di garanzia.**

L'analisi sin qui condotta ci consente di delineare alcuni punti essenziali di cui tener conto nell'intento di avviare ulteriori iniziative di armonizzazione nel settore delle garanzie mobiliari. Anzitutto, il DCFR, ispirandosi all'art. 9 UCC, ne riprende l'approccio funzionale, nel senso che fornisce una base concettuale comune per la realizzazione di transazioni garantite, accomunando, ai fini del trattamento giuridico, tutte quelle fattispecie negoziali che, indipendentemente dalla denominazione e dalla forma assunta, perseguono lo scopo di assicurare al creditore maggiori possibilità di realizzare il proprio diritto rispetto agli altri creditori privi di garanzie.

Particolare rilevanza assumono soprattutto le regole sulla registrazione delle garanzie mobiliari in un registro pubblico accessibile a tutti gli interessati, poiché creare un sistema di pubblicità liberamente accessibile significherebbe facilitare notevolmente il reperimento delle informazioni di cui i creditori necessitano per stipulare una transazione. Ciò consentirebbe, infatti, di conoscere con estrema facilità se un certo bene di un determinato debitore è gravato da altrui diritti di garanzia, il che, talvolta, risulta particolarmente difficile, soprattutto se il debitore proviene da uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede il finanziatore. In definitiva, la creazione di un registro delle garanzie mobiliari assicurerebbe non solo una netta riduzione dei costi legati alla raccolta di informazioni, ma anche una maggiore rapidità nell'assunzione delle decisioni relative alla stipulazione di un contratto, poiché le informazioni risulterebbero disponibili ai creditori quasi in tempo immediato, consentendo loro di avere il quadro completo della situazione e quindi di assumere celermente decisioni consapevoli.

La creazione di un registro delle garanzie mobiliari assumerebbe fondamentale rilevanza anche ai fini della gestione dei rapporti tra creditori, poiché consentirebbe di stabilire in maniera assolutamente certa e precisa quando un diritto di garanzia si è perfezionato. A tal fine, basterebbe, infatti, creare un sistema informatico che registri il momento esatto del deposito della nota da parte del creditore (con l'indicazione del giorno e dell'ora in cui è avvenuta la registrazione), in modo da potersi facilmente determinare chi ha acquisito per primo una certa garanzia e dunque chi ha diritto a soddisfarsi con priorità rispetto agli altri creditori sul bene che forma oggetto della garanzia.

Un altro punto fondamentale di cui tener conto nel costruire questo sistema europeo delle garanzie mobiliari è l'esigenza di bilanciare adeguatamente le posizioni dei diversi creditori, fra i quali spiccano soprattutto le banche e i fornitori delle imprese. Da questo punto di vista, il sistema nazionale più adeguato sembrerebbe quello belga, poiché riesce a rendere sostanzialmente paritarie le posizioni di banche e fornitori mediante una saggia disciplina del diritto di pegno e della riserva di

proprietà<sup>(484)</sup>. Il libro IX del DCFR si differenzia solo parzialmente dal sistema belga, in quanto limita l'estensione della riserva di proprietà del fornitore, oltre che ai beni forniti, ai beni prodotti con il materiale fornito (e gravato dalla garanzia), ma non ai proventi della vendita dei beni ai sub-acquirenti, lasciando così parzialmente scoperta la tutela dei fornitori.

Dall'analisi compiuta sembra, inoltre, potersi ricavare che sia i sistemi giuridici nazionali, sia le leggi modello sovranazionali, tendano a consentire al finanziatore di assumere (efficacemente) una garanzia generale su tutti i beni dell'impresa. Inoltre, tutti consentono anche ai fornitori di avere una "super priorità", almeno sui beni forniti. La più grande differenza tra i singoli sistemi riguarda piuttosto l'estensione della garanzia assunta dal fornitore, poiché mentre alcuni sistemi ammettono che essa si estenda ai beni di nuova produzione e persino ai proventi della vendita ai sub-acquirenti (come nell'ordinamento belga e nell'art. 9 UCC), altri sistemi (come quello olandese) escludono che tale diritto possa avere un'estensione così ampia.

Un tale processo graduale di armonizzazione potrebbe tradursi in miglioramenti di efficienza del mercato. E l'approccio funzionale, basato su leggi modello che poi i singoli Stati dovranno adottare nei loro ordinamenti interni (eventualmente apportandovi qualche modifica in modo da adeguare il modello alle esigenze particolari del singolo Stato) richiede un progettista come l'Unione europea, in grado di affrontare l'argomento da un punto di vista trans-sistemico.

#### § 4. La proprietà immobiliare.

Le cose immobili pongono questioni giuridiche ancor più complesse rispetto a quelle mobili. Anzitutto, la proprietà immobiliare pone delicatissimi problemi in ordine alle modalità di conformazione. Se, sul piano costituzionale, il tema involge soprattutto questioni di espropriazione di terreni (dietro indennizzo) per ragioni sociali (o, per utilizzare la terminologia europea, di interesse generale), sul piano del diritto privato, invece, la conformazione è diretta a garantire che le attività che il proprietario svolge sul proprio fondo non arrechino pregiudizio al godimento dei diritti spettanti ad altri soggetti sui fondi finitimi. I principali criteri cui i codici civili ricorrono per disciplinare i c.d. rapporti di vicinato sono quattro: il divieto di atti emulativi, il sistema delle distanze legali, la disciplina delle immissioni e le regole sulla comunione<sup>(485)</sup>. Si tratta, evidentemente, di ambiti che afferiscono ad una dimensione nazionale e che non presentano particolari implicazioni nei rapporti transfrontalieri,

---

<sup>484</sup> Per un confronto tra le soluzioni offerte dal sistema belga e quelle dei sistemi olandese e inglese, v. V. W. LOOF – A. BERLEE, *Case study: harmonizing security rights*, op. cit., pp. 211-237.

<sup>485</sup> Sul punto, v. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, op. cit., p. 254.

ragion per cui è difficile immaginare che l'Unione europea riterrà necessario intervenire in uno di questi settori per armonizzare le discipline nazionali in funzione dell'efficienza del mercato. L'unico ambito che potrebbe aprire qualche spiraglio per un intervento del legislatore europeo è quello relativo alle immissioni, nella misura in cui detta disciplina potrebbe essere utilizzata per tutelare anche interessi diversi da quelli dei proprietari dei fondi finitimi, cioè interessi collegati al diritto alla salute e alla tutela ambientale, poiché ogni immissione intollerabile è la conseguenza di una emissione di materia o energia che inquina l'ambiente e arreca danni alla salute delle persone che risiedono presso i luoghi ove detta emissione si verifica <sup>(486)</sup>. In questa prospettiva, il legislatore europeo potrebbe, anzitutto, introdurre disposizioni volte a individuare specifiche soglie limite, allo scopo di impedire che le emissioni possano risultare nocive per l'ambiente e la salute; in secondo luogo, potrebbe garantire un miglior monitoraggio delle emissioni nocive ampliando il novero dei soggetti legittimati ad agire per ottenere un provvedimento inibitorio che faccia cessare le emissioni ambientalmente dannose. Ciò consentirebbe di utilizzare strumentalmente le azioni promosse dai vicini che subiscono le immissioni per sostenere l'attività di vigilanza sulle emissioni nocive. Un intervento del legislatore europeo in questa materia si giustificerebbe alla luce della considerazione che se l'ordinamento europeo va inteso come sistema giuridico unitario, comprensivo di tutti gli ordinamenti degli Stati membri, la tutela di interessi fondamentali come quelli alla salute e all'ambiente dovrebbe essere il più possibile uniforme in tutto il territorio dell'Unione. E garantire una tutela uniforme è impossibile se le regole sulle soglie limite e sulla legittimazione ad agire sono difformi da uno Stato membro all'altro.

Altra questione particolarmente delicata è quella relativa alle regole che disciplinano la circolazione dei diritti di proprietà immobiliare e che sono notevolmente più complesse rispetto a quelle che governano la circolazione della proprietà mobiliare, poiché più elevato è il valore dei beni immobili ed, inoltre, la limitata quantità di terre disponibili consente di tracciare tutte le vicende circolatorie mediante la predisposizione di un apposito sistema di registrazione dei diritti reali esistenti su ogni immobile <sup>(487)</sup>. In questo contesto le regole vigenti negli Stati membri

---

<sup>486</sup> Per un approfondimento sull'utilizzabilità delle norme in materia di immissioni a tutela dell'interesse all'ambiente, v. G. VISINTINI, *Immissioni e tutele dell'ambiente*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1976, pp. 689 e ss.; per uno studio delle immissioni nella prospettiva comparatistica, v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e rapporto proprietario*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 1984.

<sup>487</sup> Prendendo spunto dalla circostanza che la circolazione dei diritti sui beni immobili presuppone la loro parcellizzazione, C. VON BAR, *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, op. cit., ha sostenuto che i beni immobili, come parte inseparata della Terra, non possono essere considerati come oggetti ai fini del diritto privato, non essendo ancora fisicamente controllabili e che, pertanto, la porzione di superficie terrestre diviene "cosa" soltanto dopo esser stata delimitata spazialmente. Per tali ragioni, l'Autore qualifica i beni immobili come "cose normative", sulla base dell'assunto che, anche se le cose immobili condividono il connotato della corporeità, «un tale connotato, nel loro caso, non attribuisce, bensì esclude la qualifica di cosa. Fisicamente gli immobili



dell'Unione europea sono notevolmente difformi e ciò genera potenziali ostacoli al libero scambio e all'efficienza del mercato. Invero, il diritto alla proprietà fondiaria è fondamentale per l'esercizio delle libertà previste dai Trattati: ogni cittadino europeo ha il diritto di spostarsi e risiedere, sia in determinate condizioni di lavoro che di sicurezza sociale, in un altro Stato membro dell'Unione e, per rendere effettivo tale diritto, è necessario garantire il diritto di acquistare la terra in cui vivere o da cui avviare l'esercizio di un'attività d'impresa <sup>(488)</sup>. Del resto, gli investimenti nel settore immobiliare configurano un movimento di capitale, come tale tutelato dalle norme dei Trattati <sup>(489)</sup>. La rilevanza del tema è confermata da una serie di decisioni in cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha dichiarato inapplicabili le norme nazionali che limitano l'acquisto di terreni da parte di cittadini di altri Stati, in quanto esse violano la libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali, poiché limitano l'accesso all'acquisto di terreni da parte di cittadini di altri Stati membri <sup>(490)</sup>.

Nelle pagine seguenti dovremo, pertanto, esaminare nello specifico dette regole allo scopo di cogliere come le disomogeneità normative esistenti tra gli Stati membri

---

*constituiscono una parte indivisibile della terra. Solo l'ordinamento giuridico può attribuire la natura di cosa»* (p. 579). Ciò in quanto, «*Le cose, e cioè gli oggetti di diritti reali soggettivi, non nascono nel paesaggio se non in seguito alla sua divisione in particelle. Solo quando la parcellizzazione è avvenuta, in base alle regole create dal diritto oggettivo, è possibile che il paesaggio divenga effettivamente o potenzialmente oggetto di diritti reali. Questo è proprio ciò che avviene nel caso delle cose immobili»* (p. 582). Questa classificazione non ci pare, tuttavia, condivisibile, poiché la medesima esigenza di delimitare il bene per trasferirne la proprietà si pone anche rispetto ai beni mobili quando oggetto del trasferimento sia una certa quantità di cose generiche; ma questo non significa che, prima dell'individuazione, il bene generico non esista come cosa. Del resto, potrebbe immaginarsi qualche caso in cui un soggetto possa appropriarsi di un immobile a prescindere dall'individuazione dei suoi confini ad opera dell'ordinamento giuridico: si pensi al caso in cui un marinaio scopra una piccola isola deserta in una zona inesplorata della Terra e se ne appropri, divenendone proprietario. In un caso di questo genere, è la conformazione naturale del bene che lo individua, senza che si renda necessario un intervento dell'ordinamento affinché un soggetto possa acquistare diritti reali sul bene stesso.

<sup>488</sup> Sul punto, cfr. E. RAMAEKERS, *European Union Property Law. From Fragments to a System*, Intersentia, 2013, p. 62.

<sup>489</sup> Cfr. Direttiva 88/361/CEE del 24 giugno 1988, che impone di sopprimere le restrizioni ai movimenti di capitali effettuati tra le persone residenti negli Stati membri, facendo rientrare nella nozione di movimenti di capitali anche gli investimenti immobiliari (all. I). Cfr anche Corte di Giustizia U.e., Causa 464/98, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c. Friedrich Stefan*, 11 gennaio 2001, par. 5.

<sup>490</sup> Sul punto, v. Corte di Giustizia U.e., cause riunite C-515/99 (Hans Reisch), C-527/99 (Walter Riedi) fino a C-540/99 (Erich Morianz), Reisch, 2002. Nel caso di specie, allo scopo di impedire l'aumento delle colonie turistiche (fenomeno che si verifica nelle aree in cui la maggior parte delle abitazioni appartengono a stranieri che vi risiedono solo in determinati periodi dell'anno, lasciando l'area deserta in quelli restanti), il governo locale di Salisburgo aveva condizionato gli acquisti di terreni alla circostanza che gli acquirenti dichiarassero, presso il tribunale amministrativo locale, la loro intenzione di destinare l'area a residenza principale. Poiché una tale previsione si poneva in contrasto con le previsioni dei Trattati sulla libertà di circolazione di persone, merci, servizi e capitali, esse non potevano trovare applicazione.

rappresentino un significativo ostacolo al corretto funzionamento del mercato interno e valutare se sia possibile una qualche forma di armonizzazione.

## **§ 5. Le regole sul trasferimento della proprietà immobiliare.**

Nella maggior parte dei sistemi giuridici la circolazione dei diritti reali immobiliari è soggetta alle medesime regole che si applicano per il trasferimento dei beni mobili. Tuttavia, a queste norme generali si aggiunge un complesso di disposizioni sulla registrazione degli acquisti immobiliari, aventi lo scopo di pubblicizzare le vicende circolatorie dei diritti reali immobiliari, soprattutto al fine di garantire protezione ai terzi acquirenti in buona fede, anche rispetto alle ipotesi di inesattezza o incompletezza del registro fondiario. Naturalmente, in ciascuno Stato il sistema di pubblicità immobiliare si è evoluto secondo linee di sviluppo differenti e tali svolgimenti hanno generato una serie di disomogeneità normative che potrebbero costituire altrettanti ostacoli per l'efficienza del mercato, anzitutto perché causano incertezza in ordine alle regole applicabili e, in secondo luogo, perché generano asimmetria informativa, rendendo complicato, per i cittadini, il reperimento delle informazioni disponibili all'interno dei registri di uno Stato membro diverso dal proprio Paese di origine. Tutto ciò impedisce lo sviluppo del mercato immobiliare transfrontaliero.

Occorrerà, dunque, anzitutto esaminare le regole essenziali dei principali sistemi europei di pubblicità immobiliare, allo scopo di individuare gli elementi di differenziazione che creano ostacoli al libero scambio nel mercato unico e di elaborare un progetto per un'eventuale futura opera di armonizzazione da parte del legislatore europeo.

### **§ 5.1. (Segue). La legge francese.**

Nel sistema francese di registrazione delle vicende relative ai diritti reali immobiliari la trascrizione ha efficacia di mera pubblicità dichiarativa. Ciò è tipico di quegli ordinamenti in cui vige il principio consensualistico, in forza del quale la *traslatio* si verifica in virtù del solo accordo tra le parti <sup>(491)</sup>. Questo approdo è stato raggiunto attraverso il susseguirsi di varie riforme. In epoca anteriore alla Rivoluzione, il diritto francese richiedeva, per il trasferimento della proprietà, il compimento di un atto di attribuzione esterna a fini traslativi, in linea con la tradizione romano-comune. Questo

---

<sup>491</sup> Sul punto, v. A. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, op. cit., p. 792.

requisito, nei c.d. *pays de droit coutumier*, andò incontro ad un progressivo superamento per il diffondersi, nella prassi notarile, di clausole di consegna fittizia<sup>(492)</sup>; viceversa, in alcuni territori del nord-est, i c.d. *pays de nantissement*, continuava ad applicarsi, in maniera effettiva e non meramente fittizia, il principio della separazione tra contratto ad effetti obbligatori e successivo atto traslativo ad effetti reali, poiché l'effetto traslativo scaturiva da un atto formale di adempimento, successivo al contratto e attuato dell'obbligo da esso nascente, avente efficacia costitutiva. Questa forma di investitura, che in origine evocava antichi rituali, col tempo andò incontro ad una progressiva trasformazione, sino ad assumere i tratti (piuttosto che di una *traditio*) di una formalità pubblicitaria volta ad assicurare la registrazione dei trasferimenti immobiliari in appositi libri fondiari<sup>(493)</sup>. Un tale sistema di pubblicità garantiva enormi vantaggi ai fini della soluzione dei conflitti fra più acquirenti del medesimo bene. Invero, dato che l'acquisto si perfezionava soltanto dopo l'adempimento della formalità pubblicitaria, il conflitto veniva risolto a favore di colui che vi avesse provveduto per primo, indipendentemente dal tempo in cui erano stati stipulati i relativi contratti<sup>(494)</sup>. Per tale ragione, il legislatore dell'epoca rivoluzionaria, trovandosi di fronte all'esigenza di dettare una disciplina uniforme in materia di acquisti immobiliari, preferì seguire il modello del *nantissement*. Così, il decreto rivoluzionario del 19-20 settembre 1790 introdusse nei territori settentrionali l'analogo strumento della *transcription foncière* in sostituzione del *nantissement*, conservandone i caratteri essenziali; e la successiva legge 27 giugno 1795 estese l'ambito di applicazione dell'istituto all'intero territorio nazionale. La riforma si rivelò, tuttavia, di difficile attuazione nei territori in cui mancava un preesistente sistema tabolare, soprattutto a causa della scelta del legislatore del 1795 di predisporre la tenuta dei registri su base reale, il che presupponeva l'esigenza di creare un sistema di registrazione particolarmente affinato ed efficiente<sup>(495)</sup>. Per tali ragioni, il sistema di pubblicità immobiliare venne nuovamente riformato con la legge sulla registrazione dei terreni del 1° novembre 1798, che, oltre a confermare l'efficacia costitutiva della registrazione<sup>(496)</sup>, riorganizzava su base personale il sistema di pubblicità immobiliare<sup>(497)</sup>.

---

<sup>492</sup> Su cui v. *supra*, cap. IV, par. 2.

<sup>493</sup> Sul punto, cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, op. cit., pp. 219 e ss.

<sup>494</sup> Viceversa, nei *pays de droit coutumier*, poiché la consegna era stata sempre più spiritualizzata nella prassi notarile (fino a perdere ogni idoneità pubblicitaria), il conflitto tra più acquirenti del medesimo bene veniva, di fatto, risolto in base alla regola della priorità del titolo.

<sup>495</sup> Per un approfondimento, v. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, op. cit., pp. 105 e ss.

<sup>496</sup> V. art. 28 della Legge 1 novembre 1798, in forza del quale «la transcription [...] transmet à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble».

<sup>497</sup> V. art. 26 della Legge 1 novembre 1798, ove si prevede che «les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des des hypothèques, dans l'arrondissement du duquel les biens sont situés. Jusquelà, ils ne peuvent

Il problema si ripropose con l'avvento del *Code civil* del 1804, che introdusse il principio del consensualismo traslativo <sup>(498)</sup>, evidentemente incompatibile con un regime di pubblicità immobiliare ad efficacia costitutiva. Per tale ragione, la previsione codicistica per cui tutte le leggi anteriori che riguardassero materie ivi regolate dovevano considerarsi abrogate venne interpretata come comprensiva anche della legge ipotecaria del 1° novembre 1855. Tuttavia, l'assenza di una specifica normativa in materia di pubblicità immobiliare nel *Code Napoléon* pose il problema di individuare un criterio chiaro per la soluzione dei conflitti tra più acquirenti del medesimo bene. Poiché il codice non conteneva alcuna norma specifica sulla questione, si ritenne, in applicazione del principio consensualistico, di ricorrere al criterio della priorità del titolo per risolvere il problema della doppia alienazione immobiliare, il che, tuttavia, limitava fortemente la tutela dell'affidamento dei terzi <sup>(499)</sup> e perciò la soluzione si rivelò presto impraticabile <sup>(500)</sup>.

Per tali ragioni, l'onere di registrazione dei trasferimenti immobiliari fu reintrodotta, quale requisito per l'opponibilità *erga omnes* degli acquisti immobiliari, dalla Legge 23 marzo 1855 sulla trascrizione in materia ipotecaria <sup>(501)</sup>, il che consentì di temperare le distorsioni cui aveva dato luogo l'applicazione incondizionata della regola di priorità del titolo. La reintroduzione del regime di trascrizione immobiliare venne, dunque, coordinata con il principio consensualistico privando la registrazione di efficacia costitutiva e riconoscendole, invece, effetti meramente dichiarativi <sup>(502)</sup>.

In base a questo quadro normativo, la *Cour de Cassation* ha affrontato il problema della doppia alienazione immobiliare con due sentenze del 1925, chiarendo che, in linea di principio, prevale l'acquirente che per primo ha provveduto alla registrazione del contratto (indipendentemente dalla circostanza che abbia stipulato il contratto anteriormente o posteriormente rispetto all'altro acquirente), ma questa regola soffre di una rilevante eccezione, poiché non può trovare applicazione se è provato che la

---

être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seront conformés aux dispositions de la présente loi».

<sup>498</sup> V., in particolare, gli artt. 1196 e 1583 *Code civil*, esaminati *supra* (§ 1.3.1.).

<sup>499</sup> Ne deriva che se un soggetto aliena due volte lo stesso bene a persone diverse in momenti successivi, il primo acquirente diviene proprietario (a prescindere dalla circostanza che abbia, o meno, provveduto alla registrazione) e il secondo acquirente, pur avendo stipulato in buona fede (perché impossibilitato a sapere che il suo dante causa ha perso la titolarità del diritto), non può vantare alcuna pretesa sul bene (avendo compiuto un acquisto *a non domino*); potrà solo ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti.

<sup>500</sup> Cfr. G. MARICONDA, *La trascrizione*, in Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno, XIX, Utet, Torino, 1997, pp. 72 e ss.

<sup>501</sup> V. Loi du 23 Mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire.

<sup>502</sup> Particolare rilevanza assume l'art. 3 della Legge 23 marzo 1855, ove si prevedeva che: «Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents, ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois».

seconda vendita è il risultato di una cospirazione caratterizzata da atti fraudolenti volti a derubare il primo acquirente <sup>(503)</sup>. Ad ogni modo, chiarisce la Suprema Corte, non è sufficiente la prova che il secondo acquirente fosse a conoscenza del primo atto di alienazione, poiché la mera conoscenza della vendita non costituisce una frode <sup>(504)</sup>.

Il legislatore francese interviene nuovamente in materia di pubblicità immobiliare con il decreto n. 55-22 del 4 gennaio 1955 <sup>(505)</sup> sulla registrazione dei terreni, che offre protezione ai terzi in buona fede prevedendo, all'art. 30 (comma 1), che se gli atti giuridici o le sentenze che dovrebbero essere oggetto di pubblicità ai sensi di legge (ex art. 28, comma 1, del medesimo decreto) non sono stati registrati, non possono essere fatti valere nei confronti di terzi che hanno ricevuto sullo stesso immobile dalla stessa persona un diritto con essi confliggente sulla base di atti giuridici o sentenze soggetti allo stesso obbligo di pubblicità e che sono stati registrati. Né possono essere invocati se sono stati registrati solo successivamente alla registrazione di atti giuridici o sentenze, invocati dai terzi.

Questi ultimi interventi normativi hanno, dunque, adeguato il sistema di trasferimento consensuale, in base al quale la *traslatio* avviene al momento della conclusione del contratto, all'esigenza di garantire adeguata protezione ai terzi in buona fede. La regola risultante da un tale temperamento è che l'unico criterio rilevante ai fini della soluzione delle controversie relative a casi di doppia alienazione è quello della data di registrazione, senza che assuma alcun rilievo la data della conclusione del contratto che ne sta alla base. Dunque, l'acquisto del secondo acquirente (seppur *a non domino*) è fatto salvo purchè egli abbia provveduto alla registrazione dell'atto di trasferimento anteriormente rispetto al primo acquirente.

Sebbene la *Cour de cassation* avesse in più occasioni chiarito che la regola in esame non potesse trovare applicazione ove fosse provata la malafede del venditore e del terzo (per aver posto in essere atti fraudolenti volti a derubare il primo acquirente), il legislatore francese non ha previsto alcuna eccezione alla regola sancita nell'art. 30 (comma 1) del decreto n. 55-22 del 4 gennaio 1955 per "sanzionare" i terzi in malafede. Ciononostante, negli anni successivi, la *Cour de cassation* francese ha ribadito che il terzo non può invocare la protezione offerta dall'art. 30 del decreto se risulta che egli era a conoscenza dell'esistenza di un acquisto altrui non ancora registrato <sup>(506)</sup>. Una tale conclusione è stata fondata sull'assunto che il sistema di registrazione dell'acquisto serva ad informare i terzi sulle vicende relative alla titolarità dei diritti reali immobiliari; di conseguenza, se il terzo era già venuto in altro modo a conoscenza di una vendita precedente lo scopo proprio del registro fondiario è comunque

---

<sup>503</sup> V. *Cour de cassation, Chambre des requêtes*, 6 aprile 1925 e *Cour de cassation civ.*, 7 dicembre 1925, entrambe pubblicate in DP 1926.1.185.

<sup>504</sup> Così *Cour de cassation civ.*, 7 dicembre 1925, cit.

<sup>505</sup> V. Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

<sup>506</sup> V. *Cour de cassation civ.*, 22 marzo 1968, Bull. civ. III, n. 129; *Cour de cassation civ.*, 30 gennaio 1974, Bull. civ. III, n. 50.

realizzato e quindi non vi è l'esigenza di proteggere alcun affidamento del terzo. Questo arresto giurisprudenziale è stato aspramente criticato da una parte della dottrina francese, che ha evidenziato come in tal modo diminuisca quella stessa certezza del diritto che rappresenta l'obiettivo primario di un sistema di pubblicità che fa dipendere l'efficacia dell'acquisto nei confronti dei terzi dalla registrazione<sup>(507)</sup>. Queste critiche potrebbero aver determinato il *revirement* giurisprudenziale di cui si è resa protagonista, a partire dal 2010, la *Cour de Cassation*, che ha totalmente ribaltato il principio affermato in precedenza, dichiarando che anche nell'ipotesi in cui il secondo acquirente fosse a conoscenza di una vendita precedente, egli fa salvo il suo acquisto se procede per primo alla registrazione<sup>(508)</sup>.

## § 5.2. (Segue). La legge tedesca.

Nel sistema tedesco, in linea di principio, si applicano agli acquisti immobiliari le stesse regole che governano il trasferimento della proprietà mobiliare e quindi l'effetto traslativo non consegue alla stipula del contratto, ma richiede un atto aggiuntivo di trasferimento (c.d. *Auflassung*). Tuttavia, per il trasferimento dei diritti reali immobiliari si richiede un ulteriore adempimento, ossia la registrazione nel registro fondiario (*Eintragung im Grundbuch*). Dunque, la registrazione dei diritti reali immobiliari ha efficacia costitutiva, poiché da essa scaturisce l'effetto traslativo<sup>(509)</sup>. Il § 873 (1) BGB prevede, infatti, che «per il trasferimento della proprietà su di un bene immobile, per gravare un bene immobile di un diritto e per trasferire o gravare un tale diritto sono necessari l'accordo del legittimato e dell'altra parte sulla modificazione giuridica e l'iscrizione della modificazione nel libro fondiario, a meno che la legge non prescriva altrimenti». La norma va letta in combinato disposto con il § 925 BGB, ove si prevede che l'accordo per il trasferimento di proprietà sui beni immobili deve essere dichiarato alla contemporanea presenza di entrambe le parti davanti ad un notaio<sup>(510)</sup>. Una tale

---

<sup>507</sup> Sul punto, v. L. VAN VLIET, *Transfer of property inter vivos*, op. cit., p. 163; M. GOBERT, *La publicité foncière française, cette mal aimée*, in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Éditions Defrénois, 1979, pp. 207 e ss.

<sup>508</sup> Cfr. *Cour de cassation civ.*, 2 luglio 2013, n. 12-20.681, in cui la Corte ha dichiarato che non si può opporre una servitù non registrata contro un acquirente successivo, sebbene quest'ultimo fosse a conoscenza della servitù.

<sup>509</sup> Sul punto, v. A. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, op. cit., p. 792.

<sup>510</sup> Sebbene il trasferimento dovrebbe avvenire, in linea di principio, con atto notarile, la legge tedesca ammette alcune eccezioni. Invero, la dichiarazione di trasferimento può anche esser contenuta in un atto giudiziario o in un piano di distribuzione elaborato da un amministratore fallimentare. Lo scopo di queste formalità è garantire che vi siano prove scritte del trasferimento. Sul punto, cfr. L. VAN VLIET, *Transfer of property inter vivos*, op. cit., p. 161.

previsione mira, da un lato, a proteggere le parti dall'accettazione di un contratto che presenta condizioni inique e, dall'altro, ad assicurare che l'adempimento pubblicitario richiesto per il prodursi dell'effetto traslativo sia eseguito, grazie all'intermediazione di un pubblico ufficiale come il notaio. In tal modo, il sistema giuridico tedesco garantisce il costante aggiornamento del registro fondiario.

La mancanza dell'atto notarile determina la nullità del contratto. Tuttavia, se il contratto è stato seguito dall'atto di trasferimento e dalla registrazione dell'acquisto, la nullità è sanata<sup>(511)</sup>. Ciò dipende dal carattere astratto del sistema tedesco sul trasferimento della proprietà, che consente di mantenere l'effetto traslativo anche nel caso di nullità o di annullamento (*ex tunc*) del contratto che ne sta alla base, purché siano stati compiuti l'atto di trasferimento e la registrazione. E la registrazione, pur in assenza di un atto notarile, è possibile se il cedente e il cessionario dichiarano di accettare il trasferimento e quindi la registrazione. In tal caso, infatti, il cancelliere non dovrà verificare la validità del trasferimento e potrà procedere alla registrazione semplicemente sulla base del consenso delle parti.

Naturalmente, la sola registrazione – non accompagnata dal consenso degli interessati – non è sufficiente a far sorgere un diritto reale. Di conseguenza, è invalido un trasferimento effettuato da un soggetto che è stato erroneamente registrato come proprietario, in forza della regola *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. Tuttavia, la legge tedesca offre ai terzi in buona fede ampia protezione contro l'inesattezza e l'incompletezza del registro fondiario nel § 892 BGB, ove si prevede che a favore di colui che acquista in forza di negozio giuridico un diritto su di un bene immobile (o un diritto su di un tale diritto) il contenuto del libro fondiario vale come esatto, a meno che non sia stata iscritta un'opposizione contro la sua esattezza<sup>(512)</sup> o l'inesattezza non sia stata comunque conosciuta dall'acquirente. Dunque, la norma, sulla base di una *fiction iuris*, attribuisce il diritto di proprietà al terzo allo scopo di tutelarne l'affidamento, sebbene il soggetto che gli trasferisce detto diritto non ne fosse titolare e quindi non avesse il potere di disporne. Una tale soluzione rappresenta la naturale conseguenza della scelta di privare il mero accordo tra le parti di efficacia traslativa e di attribuire alla trascrizione efficacia costitutiva. In base ad un sistema così congegnato, infatti, in un caso di doppia alienazione il secondo avente causa che abbia curato per primo la trascrizione è il solo soggetto che, in senso tecnico, ha compiuto

---

<sup>511</sup> Sul punto, v. § 311b, comma 1, BGB.

<sup>512</sup> Colui che afferma di essere il vero proprietario può, anzitutto, richiedere la rettifica del registro ai sensi del § 894 BGB. Inoltre, per impedire a colui che risulta essere proprietario in base al registro di disporre validamente del bene a favore di terzi in buona fede, colui che afferma di essere il legittimo proprietario può iscrivere un'opposizione ai sensi del § 899 BGB. La proposizione di una tale opposizione annulla la fede pubblica circa l'esattezza della registrazione e quindi fa venir meno le esigenze di tutela dell'affidamento del terzo, rendendo invalido l'eventuale atto di disposizione compiuto (successivamente all'iscrizione dell'opposizione) da chi risulta essere proprietario in base al registro fondiario.

un acquisto immobiliare (a prescindere dalla posteriorità del titolo), poiché tutte le vicende che precedono la trascrizione rimangono interamente confinate in una dimensione puramente obbligatoria. Di conseguenza, il primo avente causa è un mero creditore insoddisfatto, al quale l'ordinamento può riconoscere una tutela solo risarcitoria.

### § 5.3. (Segue). La legge olandese.

Anche nel sistema olandese i trasferimenti di diritti reali immobiliari seguono le medesime regole che disciplinano la *trasmittio* dei beni mobili; l'unica differenza è che, per produrre l'effetto traslativo, l'atto notarile deve essere pubblicizzato nel registro fondiario. Dunque, anche in questo caso (analogamente al sistema tedesco e diversamente da quello francese) la registrazione dell'acquisto immobiliare ha efficacia costitutiva. Poiché la normativa olandese che regola il trasferimento dei diritti di proprietà configura un sistema causale, il prodursi dell'effetto traslativo presuppone che l'atto notarile e la sua registrazione trovino il loro fondamento in una valida causa giustificativa (come un contratto di vendita o di donazione). La registrazione, infatti, non produce di per sé l'effetto traslativo, poiché non può eliminare i vizi del contratto sottostante. Ne deriva che in caso di accertamento della nullità o di annullamento (*ex tunc*) del contratto la registrazione non avrà alcun effetto e la proprietà tornerà all'alienante con effetto retroattivo<sup>(513)</sup>.

In situazioni di tal genere, si viene a creare una discrepanza tra l'effettivo atteggiarsi della situazione giuridica (che resta in capo al proprietario originario) e ciò che di essa risulta dal registro (in base al quale proprietario è il soggetto che ha acquisito il diritto in forza di un contratto viziato). D'altra parte, dal registro potrebbero risultare ancora in essere diritti ormai estinti, come un diritto reale prescritto o un'ipoteca trasferita, a seguito di cessione del credito garantito, a favore di un creditore diverso da quello che ne aveva originariamente ottenuto la concessione.

Proprio in ragione di questa possibile difformità tra la situazione effettiva e quella risultante dal registro, il sistema giuridico olandese ha previsto una serie di disposizioni a protezione del terzo in buona fede in relazione alle ipotesi in cui dal

---

<sup>513</sup> Si immagini, ad esempio, che Tizio venda il suo terreno a Caio, il quale provvede a far registrare l'atto di trasferimento. Tuttavia, successivamente si scopre che il contratto è affetto da un vizio che lo rende nullo (o annullabile). Nel momento in cui Tizio ottiene l'accertamento della nullità del contratto (ovvero l'annullamento *ex tunc*), la vendita (nulla) risulta inefficace fin dall'inizio (ovvero, nel caso di annullamento, cessa di produrre effetti retroattivamente) e, poiché il sistema olandese richiede una valida causa giuridica per la *trasmittio*, l'intero trasferimento diventa insuscettibile di produrre effetti. Tizio è, dunque, proprietario del terreno, sebbene dal catasto risulti, a seguito della registrazione dell'atto di trasferimento, che il proprietario è Caio.



registro emergano informazioni inesatte o incomplete. Anzitutto, l'articolo 3:88 del codice civile olandese tutela il terzo che acquisti la proprietà da un soggetto che non aveva il potere di disporre, prevedendo che l'acquisto sia comunque valido se l'acquirente ha agito in buona fede e la mancanza di potere di disposizione dell'alienante deriva dall'invalidità di un trasferimento precedente, purchè detta invalidità non sia stata causata da una mancanza di potere di disposizione dei predecessori dell'alienante. Dunque, il terzo, acquirente *a non domino*, diviene comunque proprietario del bene se ricorrono due condizioni: egli deve aver agito in buona fede e l'alienante deve essere privo del potere di disporre del bene a causa di un vizio del contratto sottostante diverso dalla mancanza del potere di disposizione in capo al suo dante causa <sup>(514)</sup>.

Altro strumento di tutela contro le imprecisioni del registro catastale è sancito nell'art. 117 *Kadasterwet* (Legge sul catasto), che garantisce un risarcimento se il danno subito è stato cagionato da un errore dei funzionari del catasto. Inoltre, in rari casi, come la distruzione di atti registrati per causa di forza maggiore (come, ad esempio, un incendio), è prevista la corresponsione, da parte dello Stato, di un risarcimento a favore del soggetto danneggiato <sup>(515)</sup>.

Inoltre, l'art. 3:30 del codice civile olandese stabilisce che, fatte salve le responsabilità dell'Ufficio del catasto e dei registri pubblici dei diritti reali immobiliari, di cui all'articolo 117, commi 1 e 2, *Kadasterwet*, il governo centrale dei Paesi Bassi è responsabile quando una persona ha perso un diritto come risultato dell'applicazione degli articoli 3:24, 3:25 o 3:27, se secondo gli *standard* di ragionevolezza e correttezza questo risultato non dovrebbe essere lasciato a suo carico.

L'art. 3:24 offre un'ampia protezione contro l'incompletezza del registro derivante dalla mancata registrazione di un fatto o di un diritto che poteva essere registrato. Detto fatto o diritto, in quanto non pubblicizzato al momento in cui è stato registrato un altro atto giuridico per l'acquisto di un diritto reale immobiliare, non può essere invocato contro l'acquirente di questo diritto registrato, a meno che la persona interessata non fosse per altra ragione a conoscenza del fatto o del diritto non registrato <sup>(516)</sup>.

---

<sup>514</sup> Riprendendo il caso immaginato nella nota precedente, poniamo che Caio, avendo acquistato un terreno da Tizio (legittimo proprietario) sulla base di un contratto nullo o annullabile, venda a sua volta il terreno a Sempronio. Dato che dal registro fondiario Caio risultava essere proprietario del terreno, si può presumere che Sempronio abbia acquistato in buona fede. E, poiché Tizio, dante causa di Caio, aveva il pieno potere di disporre del bene, l'acquisto compiuto da Sempronio, una volta registrato, sarà perfettamente valido ai sensi dell'art. 3:88 del codice civile olandese.

<sup>515</sup> Sul punto, v. L. VAN VLIET, *Transfer of property inter vivos*, op. cit., p. 167.

<sup>516</sup> Si pensi al caso in cui Tizio trasferisca la proprietà del suo terreno a Caio sotto una condizione risolutiva, il che implica che, ove si verifichi il fatto oggetto della condizione, la proprietà ritorna automaticamente in capo a Tizio. Tuttavia, per errore, la condizione non è stata pubblicizzata nel registro immobiliare. Successivamente Caio trasferisce lo stesso terreno a Sempronio, che, a causa

L'articolo 3:25 tutela i soggetti interessati contro talune inesattezze del registro causate da errori verificatisi nel corso della redazione e stipulazione degli atti notarili. La norma prevede, infatti, che quando, al momento della registrazione di un atto giuridico, necessaria per l'acquisto di un diritto reale immobiliare, un fatto relativo a tale diritto era già stato pubblicizzato nei registri pubblici in virtù di un atto autentico in cui tale fatto era stato accertato da un pubblico ufficiale nello svolgimento della sua funzione, l'erroneità di tale fatto non può essere invocata contro la parte acquirente, a meno che questa non fosse a conoscenza della sua inesattezza o comunque avrebbe potuto conoscerla consultando i pubblici registri immobiliari.

Analoga funzione di protezione contro le inesattezze del registro immobiliare è svolta dall'art. 3:26, in forza del quale se, al momento della registrazione di un atto giuridico, necessaria per l'acquisto di un diritto reale immobiliare, un fatto errato in relazione a tale diritto era già registrato nei registri pubblici, allora la persona che avrebbe ragionevolmente potuto rendersi conto della necessità di una correzione e quindi avrebbe dovuto chiedere la rettifica del registro non può opporre questo errore nei confronti di un terzo acquirente, a meno che quest'ultimo non fosse a conoscenza dell'errore o potesse averne conoscenza consultando il registro <sup>(517)</sup>.

#### **§ 5.4. (Segue). Alcune considerazioni in tema di armonizzazione dei sistemi di pubblicità immobiliare.**

L'analisi sin qui condotta ci consente di affermare che le regole sulla pubblicità degli atti concernenti i diritti immobiliari e le norme che proteggono i terzi acquirenti in buona fede rappresentano una delle aree in cui i sistemi giuridici europei divergono maggiormente <sup>(518)</sup>. In particolare, è possibile individuare almeno due aspetti fondamentali in cui le disomogeneità normative generano problemi. Il primo concerne l'efficacia riconosciuta alla trascrizione: mentre il sistema francese riconosce alla trascrizione un'efficacia di mera pubblicità dichiarativa, gli ordinamenti tedesco e olandese attribuiscono alla pubblicità immobiliare efficacia costitutiva. Il che pone il problema di individuare, in una relazione giuridica a carattere transfrontaliero, il

---

della mancata pubblicizzazione, non può conoscere la condizione inserita nel contratto tra Tizio e Caio. Di conseguenza, Tizio non potrà far valere l'avveramento della condizione contro Sempronio.

<sup>517</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alla seguente ipotesi: Tizio vende il suo terreno a Caio sotto condizione sospensiva. In seguito viene iscritto nel registro fondiario che la condizione si è avverata e che quindi Caio ha acquisito la proprietà. In realtà, la condizione non era stata ancora pienamente soddisfatta e Tizio, pur essendo a conoscenza dell'errore nell'iscrizione, non si preoccupa di richiedere la correzione del registro. Caio, ormai divenuto proprietario, trasferisce la proprietà del terreno a Sempronio, il quale non può sapere che la condizione non si è avverata. Pertanto, ai sensi dell'art. 3:26, Sempronio diventerà proprietario del terreno.

<sup>518</sup> Per un ulteriore approfondimento, v. E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Cedam, Padova, 2008.

momento esatto in cui avviene il trasferimento della proprietà (rispettivamente, al momento della stipula del contratto ovvero al momento della registrazione). Il secondo profilo concerne la tutela dei terzi: nei sistemi causali, in cui la *traslatio* dipende dalla validità dell'accordo sottostante, l'esigenza di tutelare l'acquirente in buona fede è molto più elevata rispetto a quanto avviene nei sistemi astratti, in cui la validità del trasferimento è indipendente dal contratto tra le parti e quindi l'invalidità di un contratto non influisce sul prodursi dell'effetto traslativo. Tuttavia, alcuni sistemi, come quello francese, hanno adottato una disciplina fin troppo favorevole ai terzi, utilizzando come criterio di composizione delle controversie concernenti le doppie alienazioni esclusivamente le risultanze dei registri immobiliari e finendo, in tal modo, per garantire protezione anche agli acquisti effettuati dai terzi in mala fede.

Questa disomogeneità normativa costituisce un serio ostacolo per l'efficienza del mercato, perché causa incertezza in ordine alle regole applicabili e ciò blocca lo sviluppo del mercato transfrontaliero. Naturalmente, trattandosi di questioni che concernono beni immobili, non sarà complicato applicare il criterio della *lex rei sitae* e quindi regolare la vicenda in base alla legge dello Stato nel cui territorio è situato il bene. Resta, tuttavia, un problema: questa difformità normativa può generare, nei cittadini europei, una certa ritrosia all'acquisto di immobili (come, ad esempio, una casa d'abitazione) in Stati membri diversi dal proprio per il naturale timore che scaturisce dalla consapevolezza che l'acquisto sarà regolato da norme diverse rispetto a quelle di cui il cittadino ha familiarità. Invero, nello stipulare il contratto d'acquisto, il cittadino opererà come parte debole, in ragione dell'asimmetria informativa che inevitabilmente si genera nelle relazioni transfrontaliere in mancanza di una disciplina uniforme. Quindi per una migliore informazione e sicurezza dei traffici giuridici, sarebbe opportuna una unificazione delle regole sulla *traslatio*.

Tutto ciò, se si guarda alla disciplina dei beni immobili, è strettamente connesso al regime dei registri immobiliari, che dovrebbero assumere caratteristiche minime uguali in tutti gli Stati membri e garantire la certezza dei diritti in essi pubblicizzati con la stessa sicurezza. In questa prospettiva, si potrebbe immaginare (seguendo l'esempio del certificato di eredità europeo) la creazione di un certificato dei registri immobiliari uniforme in tutti gli Stati dell'Unione europea, da rilasciare nei casi in cui i diritti reali immobiliari involgono rapporti giuridici transfrontalieri, secondo un modello *standard*, nel quale trovino espressione gli stessi dati e che abbia lo stesso valore in ogni parte del territorio europeo. In tal modo si potrebbe garantire a tutti i cittadini europei la possibilità di accedere al registro per ottenere informazioni più comprensibili relativamente alle caratteristiche di un diritto reale immobiliare che essi intendano acquistare in uno Stato dell'Unione diverso dal proprio.

Nel predisporre un tale sistema "europeo" di pubblicità delle vicende circolatorie concernenti i diritti reali immobiliari si dovranno compiere alcune scelte preliminari fondamentali tra le varie soluzioni espresse dai sistemi giuridici degli Stati membri. Anzitutto, si dovrà stabilire se alla trascrizione debba esser riconosciuta

efficacia costitutiva, nel senso che ad essa (e non al contratto) consegua la *traslatio*, ovvero dichiarativa, nel senso che gli effetti *inter partes* si producano in virtù del contratto e la pubblicità dell'acquisto abbia soltanto la funzione di rendere l'acquisto opponibile *erga omnes*. In secondo luogo, si dovrà chiarire se la trascrizione abbia una funzione sanante di eventuali vizi dell'atto sottostante ovvero se l'invalidità del contratto incida sulla validità della trascrizione. Infine, si dovrà stabilire se il sistema "europeo" delle trascrizioni dovrà esser costruito su base personale <sup>(519)</sup> ovvero su base reale <sup>(520)</sup>. Un meccanismo di trascrizione su base personale, oltre ad essere alquanto macchinoso, entra in crisi ogniqualvolta anche un solo acquisto non sia stato trascritto interrompendosi così la catena. Per tali ragioni, il sistema di trascrizione su base reale (di tipo austriaco) appare preferibile, in quanto più semplice nei suoi meccanismi di funzionamento e, soprattutto, più sicuro <sup>(521)</sup>. Un tale sistema assicura, infatti, un assetto certo e stabile dei rapporti reali, risolvendo in maniera lineare l'annosa questione della doppia alienazione immobiliare <sup>(522)</sup>.

Sarebbe, pertanto, certamente opportuno un intervento dell'Unione europea volto ad armonizzare le regole nazionali, introducendo una regolamentazione uniforme sull'acquisto dei diritti reali immobiliari e sulla registrazione degli atti relativi, sulle protezioni che il sistema garantisce ai terzi in buona fede, nonché sulle informazioni che le parti contrattuali devono reciprocamente fornirsi, allo scopo di dare piena attuazione al principio, radicato nelle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri, della correttezza nei rapporti contrattuali ed al fine di evitare comportamenti fraudolenti che possano inficiare la validità del contratto. Tutto ciò garantirebbe l'effettività del principio di libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali nello spazio europeo e favorirebbe l'esercizio della libertà di stabilimento in tutti gli Stati membri, realizzando così i principi sanciti nei Trattati.

---

<sup>519</sup> Il che significa che i registri immobiliari sono strutturati non sui beni, ma sulle persone, nel senso che ogni foglio riporta non l'indicazione del bene con tutti i trasferimenti di proprietà o le costituzioni di diritti reali che lo riguardano, ma le trascrizioni effettuate nei confronti dei vari soggetti. Nel caso di acquisto del diritto la trascrizione avviene "a favore" e nel caso di perdita del diritto la trascrizione avviene "contro".

<sup>520</sup> In base a un tale sistema, detto "tavolare", per ogni bene immobile esiste un foglio dei registri dove sono iscritti tutti gli atti relativi ai diritti esistenti su quel bene. L'adozione di questo sistema implica che non sia sufficiente raggiungere l'accordo per trasferire la proprietà o altro diritto reale, perché il contratto costituisce soltanto il titolo per ottenere la registrazione del diritto a proprio nome. Si tratta di un sistema di pubblicità costitutiva in cui l'intavolazione è necessaria per produrre gli effetti anche *inter partes* (e non solo ai fini dell'opponibilità ai terzi); un sistema che garantisce maggiore certezza e facilità di consultazione, ma che presuppone l'esistenza di un perfetto meccanismo di ricognizione dei beni immobili.

<sup>521</sup> Per un approfondimento, v. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, ed. XVII, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

<sup>522</sup> Sul punto, v. i §§ 430 e 440 ABGB. In dottrina, cfr. G. CERVAI, voce *Libri fondiari*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, pp. 904-905.

## **§ 6. La proprietà immobiliare in funzione di garanzia.**

Le considerazioni svolte sulla necessità di armonizzare le regole in materia di trasferimento della proprietà immobiliare e relativi sistemi di trascrizione ci consente di estendere la prospettiva di armonizzazione europea alla materia della registrazione delle garanzie immobiliari e, più in generale, ai diritti di garanzia sugli immobili, tema di particolare rilevanza data l'importanza che dette garanzie rivestono nell'economia europea, in cui le imprese operano investimenti principalmente mediante il ricorso al credito, che viene concesso da banche e altri istituti finanziari soltanto previa concessione di idonee garanzie.

La disomogeneità normativa che caratterizza gli Stati membri dell'Unione europea con riguardo ai diritti di garanzia ed ai relativi sistemi di registrazione rappresenta un serio ostacolo per lo sviluppo del mercato unico europeo. Anche se, in linea di principio, tutti gli Stati subordinano l'efficacia delle garanzie immobiliari a specifici adempimenti pubblicitari, le norme che regolano la gestione dei relativi registri, il loro funzionamento, la loro accessibilità e la procedura per effettuare le iscrizioni divergono da Stato a Stato. La mancanza di regole uniformi ostacola lo sviluppo del mercato europeo sotto molteplici punti di vista: anzitutto, rende difficoltoso il reperimento delle informazioni di cui gli istituti di credito necessitano per fornire finanziamenti, soprattutto in ordine all'esistenza di garanzie preesistenti eventualmente concesse dai propri debitori sui beni di loro proprietà. Ciò rende più elevati i costi informativi, che diventano spesso insostenibili nei rapporti giuridici transfrontalieri, perché impone specifiche ricerche volte al reperimento delle informazioni utili e, prima ancora, all'individuazione della legge applicabile al finanziamento. Ed una tale incertezza giuridica, dovuta alla mancanza di regole armonizzate, rischia di produrre una stagnazione del mercato comune, soprattutto in termini di crescita, considerata la riluttanza degli investitori internazionali ad entrare e operare nel mercato europeo.

L'armonizzazione delle garanzie immobiliari e dei relativi sistemi di registrazione è, dunque, essenziale, poiché un sistema europeo trasparente e in grado di assicurare la certezza giuridica garantirebbe una maggiore possibilità di accesso al credito e una riduzione dei costi transattivi dovuti all'esistenza di una pluralità di requisiti e adempimenti pubblicitari, aumentando così la disponibilità di capitale da reinvestire nelle attività d'impresa e favorendo il commercio transfrontaliero e lo sviluppo economico dell'Europa.

L'introduzione di regole armonizzate in materia di diritti di garanzia e relativi sistemi di pubblicità – possibilmente mediante la creazione di un registro europeo delle garanzie immobiliari, capace di superare i costi e le inefficienze dei singoli sistemi nazionali – assicurerebbe, infatti, agli istituti di credito la possibilità di venire a conoscenza con maggiore facilità dei beni che i propri potenziali debitori hanno

vincolato a garanzia dell'adempimento di crediti preesistenti, il che consentirebbe anche di stabilire quali beni siano ancora disponibili per un'eventuale esecuzione forzata in caso di insolvenza del debitore. Inoltre, l'elaborazione di un sistema unitario consentirebbe di assicurare ai creditori l'opponibilità *erga omnes* dei diritti di garanzia acquisiti, poiché gli adempimenti formali previsti per la loro creazione sarebbero analoghi in tutti gli Stati membri e non vi sarebbero più problemi legati al riconoscimento di un diritto di garanzia in uno Stato membro diverso da quello di origine. Il che favorirebbe i creditori garantiti, sicuri di conservare il loro diritto di prelazione rispetto ai successivi acquirenti del bene vincolato, nonché ai creditori che dovessero acquisire ulteriori diritti di garanzia sui medesimi beni e, più in generale, rispetto ad ogni eventuale atto di disposizione fraudolentemente posto in essere dai loro debitori.

Peraltro, un sistema di regole armonizzate assicurerebbe il superamento dei problemi legati alle asimmetrie informative attualmente esistenti nel mercato finanziario. Dette asimmetrie generano ulteriori barriere invisibili che ostacolano lo sviluppo del mercato comune, poiché consente a coloro che dispongono di maggiori informazioni rispetto agli altri di sfruttare a proprio vantaggio tale dislivello informativo, il che determina il fallimento dei meccanismi di funzionamento di un mercato, come quello europeo, fondato sul principio di libera concorrenza.

Per raggiungere tali obiettivi, sarà dunque necessario predisporre, a livello europeo, un nuovo sistema di diritti di garanzia, che comprenda sia le regole "sostanziali" concernenti le tipologie di garanzie che possono essere concesse nello spazio giuridico europeo (e che dovranno esser riconosciute egualmente in tutti gli Stati membri), sia "formali", relative ai requisiti necessari affinché possa validamente costituirsi una garanzia "europea", sia i meccanismi di registrazione di dette garanzie.

Il profilo relativo all'armonizzazione della disciplina, sostanziale e formale, dei diritti di garanzia è stata ampiamente trattato in dottrina ed è stata dimostrata la necessità che l'Unione europea sviluppi l'integrazione dei sistemi nazionali per migliorare il sistema finanziario e l'economia nel suo complesso <sup>(523)</sup>.

Il profilo relativo alla creazione di un registro elettronico europeo dei diritti di garanzia è stato, invece, poco trattato e quindi pare opportuna qualche considerazione

---

<sup>523</sup> Per un approfondimento sul punto, v., ex plurimis, Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant: contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Public, 2016; J. VANNEROM, *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to...?*, in *European Journal of consumer law*, *Revue Européenne de droit de la consommation*, n 2015/2, pp. 291-311; B. AKKERMANS, *The European Union development of european property law*, in *Maastricht European Private Law Institute*, 2011, passim; E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire: perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, Bruylant, Université libre de Bruxelles, 2010; A. FUSARO, *Il credito ipotecario in ambito europeo e l'euroipoteca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 300-305; E. SCHWARK, *The Harmonization of the Securities Law in Europe*, 2007 *Law Series Annals W. U. Timisoara* 3, 2007, pp. 3-16.

sul punto. Anzitutto, per la realizzazione di un tale sistema europeo di registrazione, sarà necessario compiere una scelta preliminare e fondamentale, ossia decidere se impostare il sistema su base personale ovvero su base reale, valutando ponderatamente i vantaggi e gli svantaggi dell'uno e dell'altro sistema. Nell'ideare un meccanismo unitario di registrazione delle garanzie si potrebbe tentare di sfruttare le immense potenzialità che oggi offre la rete internet e predisporre un registro *on-line*, accessibile a chiunque (previa autenticazione), che consenta di eseguire iscrizioni, integrazioni, modifiche e cancellazioni di ogni garanzia costituita nell'ambito di operazioni transfrontaliere, nonché di effettuare ricerche volte a reperire le informazioni necessarie alla stipula di contratti a carattere transfrontaliero. Per garantire il massimo grado di certezza, sarebbe opportuno prevedere che le iscrizioni, da effettuare su iniziativa del creditore garantito, debbano avere un contenuto minimo obbligatorio – come una descrizione dettagliata del bene vincolato e l'indicazione del suo valore di mercato, nonché dell'ammontare del credito garantito – e natura di pubblicità costitutiva. Il giorno e l'ora di iscrizione nel registro elettronico europeo dovrebbero essere specificamente indicati, poiché a partire dal momento della registrazione il diritto di garanzia dovrebbe assumere efficacia *erga omnes* e quindi risultare opponibile ai terzi che acquistino diritti sulla medesima cosa in un momento successivo. Il sistema europeo delle garanzie dovrebbe, inoltre, imporre a carico del creditore garantito l'obbligo di provvedere alla cancellazione dell'iscrizione a suo favore quando il debitore abbia adempiuto all'obbligazione garantita, eventualmente prevedendo delle sanzioni pecuniarie (da pagare all'ufficio del registro elettronico) se la cancellazione non viene effettuata entro un certo termine dall'adempimento e per ogni successivo giorno di ritardo. Ad ogni modo, per tutelare il debitore da condotte negligenti del creditore, gli si dovrebbe riconoscere il diritto di procedere egli stesso alla cancellazione dell'iscrizione, se il creditore non vi abbia provveduto entro un certo termine dalla data in cui l'obbligazione è stata adempiuta. Si dovrebbe, inoltre, garantire al debitore la possibilità di proporre all'Ufficio del registro elettronico europeo eventuali reclami contro le iscrizioni effettuate contro di lui (ovvero a carico dei suoi beni), mediante l'identificazione specifica delle ragioni poste a fondamento delle contestazioni, allo scopo di tutelare il debitore contro eventuali condotte fraudolente del creditore garantito. In questo quadro, i sistemi di pubblicità nazionali dovrebbero conservare la loro validità ed efficacia soltanto in relazione alle garanzie costituite nell'ambito di operazioni interne ad un singolo Stato membro e nella misura in cui le parti non abbiano effettuato l'iscrizione della garanzia stessa nel registro europeo <sup>(524)</sup>.

Un sistema europeo di registrazione dei diritti di garanzia, così congegnato, dovrebbe rendere più semplice il reperimento delle informazioni e quindi garantire la

---

<sup>524</sup> Cfr. A. ASCHIERI, *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, op. cit., pp. 813-816.

riduzione dei costi transattivi, favorire gli scambi e assicurare un più rapido sviluppo del Mercato Europeo Comune. La sua elaborazione è, dunque, assolutamente necessaria, poiché i vantaggi che ne deriverebbero sono tali da imporre il superamento delle difficoltà (anche in termini di costi) che certamente si dovranno affrontare nel portare avanti un simile progetto e che, tuttavia, non possono bloccare il processo di armonizzazione, indispensabile per un miglior funzionamento del mercato unico.

### **§ 7. Beni di consumo e beni produttivi: una *summa divisio* più adatta agli assetti economici moderni.**

La distinzione tra beni mobili e beni immobili ha, tradizionalmente, costituito la *summa divisio* cui le codificazioni europee hanno fatto ricorso ai fini della classificazione degli oggetti giuridici, per la semplice ragione che gli immobili (e, in particolare, i fondi agricoli) rappresentavano la ricchezza e, pertanto, sono stati oggetto di una maggiore attenzione da parte dei legislatori nazionali, che li hanno sottoposti ad un regime giuridico più complesso soprattutto allo scopo di controllarne la circolazione e imporre i relativi oneri fiscali. I beni mobili, invece, avevano un valore normalmente irrisorio e, per tale ragione, i legislatori non hanno predisposto per tale categoria di beni una regolamentazione altrettanto complessa e non li hanno sottoposti a vincoli di intensità analoga a quelli che caratterizzano la proprietà immobiliare <sup>(525)</sup>.

Sebbene tale distinzione di regime giuridico sussista ancora oggi, il quadro sociale ed economico è sostanzialmente cambiato: la ricchezza non deriva più dalla proprietà immobiliare e statica, ma dalla proprietà mobiliare e dinamica, poiché la principale fonte di guadagno non risiede più nell'agricoltura, ma nell'industria, cioè nell'iniziativa economica, specialmente se svolta in forma collettiva mediante lo strumento societario. E tale iniziativa economica si svolge attraverso gli schemi appropriativi e di scambio dell'individualismo possessivo <sup>(526)</sup>, sostanziandosi prevalentemente nella trasformazione di cose mobili realizzata mediante l'utilizzo di cose altrettanto mobili (macchine industriali che producono beni di consumo) <sup>(527)</sup>.

---

<sup>525</sup> Sebbene tali vincoli non manchino del tutto con riguardo alla proprietà mobiliare: basti pensare agli artt. 837 e 839 del codice civile italiano, nonché alla legislazione speciale dettata per i beni culturali.

<sup>526</sup> Sul punto, cfr. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, op. cit., pp. 60-63, ove l'Autore evidenzia come in tutte le imprese (dalle piccole imprese individuali alle grandi società per azioni) i poteri proprietari si siano articolati attraverso gli schemi appropriativi e di scambio dell'individualismo possessivo, fondandosi sull'esclusione dal controllo sui mezzi di produzione dei soggetti "terzi".

<sup>527</sup> Si pensi, ad esempio, alle grandi imprese europee che producono automobili, prevalentemente organizzate in forma di società per azioni; esse producono beni mobili (registrati) utilizzando altri beni mobili e, quanto agli immobili, necessitano solo di edifici di tipo industriale costruiti su terreni aventi la medesima destinazione industriale. Il capitale della società è rappresentato



Tutto ciò ha determinato una mobilitazione della ricchezza, che oggi risulta per lo più legata agli investimenti produttivi. Dunque, la *summa divisio*, in termini economici, è ormai diventata quella tra beni produttivi (cioè beni che costituiscono mezzi per la produzione), e beni di consumo (o beni personali) <sup>(528)</sup>.

Si tratta di una distinzione trascurata dai codici civili degli Stati europei e che, tuttavia, rappresenta un'indispensabile integrazione per la costruzione della proprietà-funzione, atteso che i beni produttivi sono ontologicamente idonei a soddisfare (o violare) l'interesse generale (oltre che quello individuale del proprietario) e quindi sono «gravati di funzione sociale» <sup>(529)</sup>. L'attuale assenza di una categorizzazione sistematica di queste due tipologie di beni all'interno dei codici civili europei apre lo spazio per un intervento dell'Unione in questo settore.

Almeno due circostanze depongono a favore di un intervento di riforma sistematica ad opera del legislatore europeo: da un lato, l'Unione ha già fornito un'ampia disciplina relativamente ai beni di consumo <sup>(530)</sup>, con la conseguenza che il diritto europeo rappresenta ormai il punto di riferimento nell'individuazione delle regole applicabili a tale categoria di beni; manca, tuttavia, una disciplina uniforme dei beni produttivi, la cui introduzione garantirebbe una maggior efficienza del mercato unico europeo, poiché assicurerebbe a ciascuna impresa la possibilità di trovarsi nelle stesse condizioni rispetto a tutte le altre imprese nello svolgimento della propria attività produttiva <sup>(531)</sup>; dall'altro, l'art. 17 della Carta di Nizza ha espressamente previsto che «l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale», attribuendo implicitamente all'Unione europea il compito di intervenire in modo da assicurare che il concreto esercizio del diritto di proprietà non violi l'interesse della collettività. Pertanto, la funzionalizzazione della proprietà all'interesse generale assume il carattere di un vero e proprio programma politico per il legislatore europeo, il quale è legittimato ad intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 TUE, in ausilio dei legislatori nazionali ogniqualvolta l'obiettivo della funzionalizzazione della proprietà agli interessi sociali non possa essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri e possa essere conseguito meglio a livello di

---

da azioni, cioè da titoli di credito, che sono beni mobili la cui circolazione è rapida, facile e fiscalmente vantaggiosa.

<sup>528</sup> V. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pp. 199-200.

<sup>529</sup> Così S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, op. cit., p. 251.

<sup>530</sup> V. Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE.

<sup>531</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alle variegate normative in materia di imposizione fiscale: se l'Unione europea riuscisse a introdurre un regime fiscale unitario in relazione ai beni produttivi per tutte le imprese con sede nel territorio europeo si eviterebbero tutte quelle inefficienze economiche dovute ai tentativi delle imprese di stabilire la propria sede nei c.d. paradisi fiscali per sottrarsi ai regimi nazionali più onerosi.

Unione <sup>(532)</sup>. Dato l'accentuato carattere transfrontaliero delle attività industriali e la conseguente impossibilità per i singoli Stati di introdurre una regolamentazione dei beni produttivi idonea alla loro funzionalizzazione all'interesse generale, un intervento dell'Unione europea in materia sarebbe certamente opportuno, poiché ciò assicurerebbe una disciplina armonizzata in relazione alle due categorie di beni giuridici fondamentali per gli attuali assetti sociali ed economici: da un lato, i beni di consumo e, dall'altro, i beni produttivi.

## § 8. Il corpo umano, le sue singole parti e i suoi prodotti.

Altro problema particolarmente delicato che, negli ultimi anni, alla luce degli sviluppi delle biotecnologie, si è imposto alla riflessione dei giuristi è quello concernente la natura della situazione giuridica che ciascun soggetto può vantare sul proprio corpo (e sulle singole parti di esso).

Il punto di partenza delle riflessioni in chiave moderna sull'appartenenza del corpo è rappresentato dal fondamentale principio che ciascun soggetto è titolare di un diritto assoluto sul proprio corpo, nel senso che l'ordinamento giuridico gli riconosce il diritto di escludere tutti gli altri dalle decisioni che riguardano il proprio corpo. Tale diritto assoluto si differenzia, tuttavia, dal diritto di proprietà sulle cose esterne all'essere umano, come dimostra il divieto, condiviso nei sistemi giuridici europei, di alienazione del corpo <sup>(533)</sup>. La *ratio* di un tale divieto è quella di impedire la mercificazione del soggetto, che violerebbe il principio fondamentale di ogni sistema giuridico, ossia la dignità umana <sup>(534)</sup>.

---

<sup>532</sup> Per un approfondimento sui criteri interpretativi per la determinazione dell'interesse generale facente capo ai cittadini europei, v. *supra*, cap. III, par. 2.3.

<sup>533</sup> Un tale divieto si è affermato solo in epoca relativamente recente. Basti pensare, sul punto, che in passato molti ordinamenti giuridici consentivano la tortura ed ammettevano che il corpo umano potesse formare oggetto di compravendita: l'istituto della schiavitù trovava la sua legittimazione proprio nella considerazione dell'essere umano come oggetto (e non come soggetto) del diritto. In epoca moderna, con l'affermarsi, a seguito delle grandi rivoluzioni e delle dichiarazioni sui diritti umani che ne conseguirono, il corpo umano viene ad essere pressochè ignorato dal diritto, tanto che nelle codificazioni ottocentesche non viene quasi mai preso in considerazione. Soltanto nel primo dopoguerra, intorno agli anni '30 del secolo scorso, si fa strada un dibattito su queste problematiche che conduce all'inserimento, nei codici civili di diversi Stati europei, di apposite norme contenenti una disciplina del corpo umano. Sul punto, v. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, op. cit., pp. 174-175.

<sup>534</sup> Sul punto, cfr. S. R. MUNZER, *An Uneasy Case against Property Rights in Body Parts*, in *Social Philosophy and Policy* 11, 1994, pp. 259-286. Sulla questione si è espressa anche la Corte EDU, affermando che gli embrioni umani non possono essere considerati "beni" ai sensi dell'art. 1 Prot. Add. 1 CEDU, vista la portata economica e patrimoniale di tale disposizione (v. Corte EDU, Parrillo

Gli ordinamenti giuridici europei non si limitano a sancire il divieto di alienabilità in relazione al corpo nel suo complesso, ma estendono detto divieto a quelle parti del corpo (come gli organi vitali) il cui prelievo impedirebbe la prosecuzione della vita. In questa prospettiva, l'ordinamento italiano vieta gli atti di disposizione di una parte del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica del soggetto (art. 5 c.c. ita.). Dette regole trovano la loro *ratio* nella considerazione unitaria di corpo e persona, il che consente di evitare l'assimilazione del corpo (e delle sue singole parti) alle "cose" e, in tal modo, di garantire tutela ai fondamentali valori della dignità, della vita e della salute<sup>(535)</sup>. Solo eccezionalmente i sistemi giuridici europei ammettono che il soggetto possa disporre – mediante donazione<sup>(536)</sup> e mai con la vendita<sup>(537)</sup> – di propri organi non riproducibili, ma presenti nel corpo umano in numero doppio, sicché il prelievo di uno di essi non impedisce la prosecuzione della vita. Il divieto di disporre di parti non vitali del corpo non è, dunque, assoluto, ma può subire deroghe giustificate da preminenti ragioni di solidarietà sociale.

Le scelte compiute dai sistemi giuridici europei cambiano radicalmente rispetto al problema degli atti di disposizione di parti del corpo umano (o, come è più corretto dire, dei materiali biologici umani) che si replicano spontaneamente. Invero, le parti del corpo, una volta separate, divengono oggetto di proprietà (mediante un acquisto a titolo originario) del soggetto dal cui corpo esse provengono. Se si riconosce che tale soggetto è proprietario delle parti staccate del suo corpo, non può che ammettersi anche la validità degli atti di disposizione liberi e volontari aventi ad oggetto tali

---

c. Italia, ric. n. 46470/11, 27 agosto 2015, al par. 215). Pertanto, gli embrioni umani non possono formare oggetto di proprietà.

<sup>535</sup> In questa prospettiva, l'art. 3 della Carta di Nizza, rubricato "Diritto all'integrità della persona", riconosce ad ogni individuo il diritto alla propria integrità fisica e psichica e detta una serie di principi che devono essere rispettati nell'ambito della medicina e della biologia: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro e il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani.

<sup>536</sup> Ad esempio, nell'ordinamento italiano, la legge 26 giugno 1967, n. 458, ammette, entro certi limiti e con controlli severissimi, atti di disposizione a titolo gratuito di un rene finalizzati al trapianto tra persone viventi.

<sup>537</sup> Il divieto assoluto di vendita di parti non riproducibili del corpo è dovuto all'esigenza di impedire atti dispositivi diretti al soddisfacimento di interessi di natura economica, perché ciò significherebbe consentire la mercificazione della persona, in palese contrasto con i valori che stanno a fondamento dei moderni ordinamenti giuridici e, in particolare, con il principio di tutela della dignità umana. Inoltre, vietando la vendita di parti del corpo gli ordinamenti giuridici moderni perseguono anche lo scopo di garantire la piena eguaglianza tra i cittadini. Invero, se fosse consentita la vendita di organi a scopo di trapianto, è prevedibile che il loro prezzo sarebbe molto elevato, il che consentirebbe soltanto alle persone più facoltose di accedere alla medicina dei trapianti e, in definitiva, di sopravvivere in circostanze in cui tutti gli altri sarebbero destinati alla morte.

“prodotti” in quanto essi non cagionano una diminuzione permanente dell’integrità fisica del soggetto.

Tuttavia, l’ordinamento giuridico è chiamato a specificare a quali condizioni un atto di disposizione possa determinare il trasferimento della situazione di appartenenza dall’originario proprietario ad altri soggetti. I sistemi giuridici europei hanno adottato due differenti approcci al problema in questione.

Il primo consiste nell’applicare agli atti di disposizione relativi a parti staccate del corpo le medesime regole dettate in materia di circolazione del diritto di proprietà, con conseguente possibilità di immissione di tali prodotti nel mercato dietro pagamento di un corrispettivo <sup>(538)</sup>. In questa prospettiva, il sistema giuridico tedesco ammette che le parti del corpo separate siano qualificabili come “cose” ai sensi dell’art. 90 BGB e che quindi possano essere oggetto di proprietà <sup>(539)</sup>; analogamente, la legge olandese considera le parti separate dal corpo umano come “oggetti di proprietà” <sup>(540)</sup>. Può farsi rientrare in questo primo approccio anche l’art. 5 del codice civile italiano, che consente gli atti di disposizione che non cagionano una diminuzione permanente dell’integrità fisica a condizione che essi non siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume, così riconoscendo implicitamente che le parti staccate del corpo sono “cose” che formano oggetto di proprietà e che possono essere trasferite ad altri soggetti, purché si rispettino i limiti imposti dalla legge. In tal modo, il sistema giuridico italiano, da un lato, assoggetta gli atti di disposizione delle parti staccate dal corpo alle regole in materia di circolazione del diritto di proprietà, ma, dall’altro, riserva alla legge il potere di porre dei limiti alla libera alienabilità quando gli atti di disposizione possono potenzialmente creare dei pericoli per la vita dell’essere umano <sup>(541)</sup>.

Il secondo approccio esclude che il materiale biologico umano possa formare oggetto di accordi patrimoniali. In questa prospettiva, il codice civile francese stabilisce che il corpo umano, i suoi elementi e i suoi prodotti non possono formare

---

<sup>538</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, ai capelli, che sono un prodotto del corpo. Una volta tagliati, essi divengono oggetto di proprietà, con la conseguenza che il soggetto al quale sono stati tagliati potrebbe decidere di venderli ad un fabbricante di parrucche e l’operazione commerciale sarebbe perfettamente lecita.

<sup>539</sup> Sul punto, cfr. *Bundesgerichtshof*, 9 novembre 1993, BGHZ 124, 52, in cui la Corte ha riconosciuto che una parte del corpo separata diventa un oggetto fisico, con il risultato che il diritto di una persona al proprio corpo si trasforma in un diritto di proprietà sulla parte separata del suo corpo.

<sup>540</sup> Cfr. L.P.W. VAN VLIET, *The Boundaries of Property Rights: Netherlands National Report 2006*, in Netherlands Report to the Seventeenth International Congress of Comparative Law, (a cura di) S. van Erp - L.P.W. van Vliet, Antwerp, Intersentia, 2006, pp. 109 e ss.

<sup>541</sup> Si pensi alla normativa in materia di donazione del sangue, che può essere prelevato dal corpo di un soggetto soltanto in quantità limitata e stabilita per legge (agli artt. 54 e 55 del D.P.R. 24 agosto 1971, n. 1256), in modo tale da non arrecare danno alla salute del soggetto che subisce il prelievo.

oggetto di un diritto patrimoniale (art. 16-1) e che gli accordi che hanno l'effetto di conferire un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi elementi o ai suoi prodotti sono nulli (art. 16-5) <sup>(542)</sup>. Questo secondo approccio è stato seguito anche dal legislatore dell'Unione europea, che, nell'art. 3, comma 2, della Carta di Nizza ha espressamente sancito «*il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro*» <sup>(543)</sup>.

Il problema fondamentale che oggi la riflessione giuridica deve porsi rispetto alle questioni attinenti all'appartenenza del materiale biologico umano consiste nello stabilire quale dei due modelli sia preferibile per affrontare le complesse questioni che riguardano le parti più microscopiche del corpo umano, ossia le cellule e il DNA in esse contenuto. Gli sviluppi delle biotecnologie hanno, infatti, dimostrato che il materiale cellulare e il DNA possono essere manipolati per produrre nuove sostanze dotate di efficacia terapeutica, il che ha posto il problema di stabilire a chi appartengano i ceppi cellulari umani coltivati e riprodotti in vitro <sup>(544)</sup>. Poiché le cellule in questione non hanno valore vitale per la persona, dovrebbe accogliersi la soluzione che riconosce la proprietà del materiale biologico al soggetto dal cui corpo detto materiale è stato prelevato. La questione più delicata concerne, tuttavia, l'ammissibilità, o meno, di atti di disposizione che prevedono un corrispettivo per la cessione del materiale biologico. Invero, la persona che, a seguito di un prelievo effettuato con il suo consenso libero e informato <sup>(545)</sup>, scopra di avere materiale

---

<sup>542</sup> Tale soluzione pare, tuttavia, poco consona, perché la sua applicazione nei confronti degli atti di disposizione eseguiti determina conseguenze paradossali: il disponente dovrebbe esercitare un'azione di rivendica per ottenere la restituzione della parte del corpo ceduta e l'acquirente dovrebbe rifiutare il corrispettivo.

<sup>543</sup> Per un approfondimento sui due possibili modelli di disciplina, v. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, op. cit., pp. 75-76.

<sup>544</sup> Emblematico è il caso sottoposto alla Corte Suprema della California (Moore c. Reggenti dell'università della California e altri, 9 luglio 1990). John Moore, sottoposto nel 1976 a trattamento per un tumore presso il Medical Center dell'Università della California a Los Angeles (UCLA Medical Center), nel 1984 cita in giudizio l'Università della California e i medici per aver brevettato prodotti elaborati sulla base di una specifica proteina dotata di efficacia terapeutica, isolata a partire da sostanze biologiche prelevate per scopi terapeutici dalla sua milza. Venuto a conoscenza del brevetto e dei contratti che i medici stipularono con le società farmaceutiche, il sig. Moore chiese una parte degli utili brevettuali, invocando il suo diritto di proprietà sulla sostanza biologica da cui era partito il processo di sviluppo della proteina. Sebbene la Corte d'Appello della California (Moore c. Reggenti dell'università della California e altri, 31 luglio 1988) avesse accolto la pretesa di Moore a partecipare agli utili relativi al brevetto, due anni dopo la Corte Suprema della California non riconobbe al ricorrente il diritto alla partecipazione agli utili, in quanto, secondo la Corte, Moore non era proprietario del materiale biologico prelevato dal suo corpo; la proprietà di detto materiale non spettava a nessuno, nemmeno a coloro che avevano ottenuto il brevetto, i quali erano titolari soltanto dei diritti relativi alla loro opera di ingegno. Pertanto, il tessuto cellulare risultava acquisibile liberamente da chiunque avesse interesse a sfruttarlo.

<sup>545</sup> Se il prelievo del materiale biologico fosse eseguito senza il previo rilascio di consenso informato da parte dell'interessato, dovrebbero trovare applicazione regole analoghe a quelle che

genetico di particolare valore in quanto dotato di speciali qualità terapeutiche potrebbe essere indotta a cedere detto materiale biologico solo dietro il pagamento di un corrispettivo particolarmente elevato, con il rischio di bloccare la prosecuzione delle ricerche su quel materiale e quindi di impedire che il progresso scientifico possa raggiungere il suo fine primario, ossia quello di salvare vite umane.

La disciplina degli atti di disposizione di parti staccate del corpo dovrebbe, dunque, essere elaborata in maniera diversificata a seconda delle parti interessate dagli atti di disposizione: ove il materiale non abbia una particolare rilevanza sul piano scientifico (come potrebbero essere i capelli, utilizzabili per la produzione di parrucche) l'ordinamento giuridico dovrebbe riconoscere la proprietà del soggetto da cui detto materiale proviene e consentirgli di disporne liberamente, anche dietro corrispettivo<sup>(546)</sup>; qualora, invece, il materiale biologico presenti una particolare rilevanza sul piano scientifico e terapeutico, un sistema giuridico coerente dovrebbe limitare la facoltà del proprietario di disporne dietro corrispettivo, magari prevedendo forme di "espropriazione" del bene dietro indennizzo o, addirittura, attribuendo la "proprietà" della cosa direttamente all'ente di ricerca che ha prelevato il campione, mediante il ricorso al modello del tradizionale istituto della specificazione<sup>(547)</sup>. Ove, invece, si propendesse per la soluzione secondo cui, con il consenso all'espianto del materiale biologico, il soggetto interessato compie un atto di destinazione che lo priva della titolarità del materiale stesso, si giungerebbe alla conclusione che la proprietà viene acquisita dall'ente di ricerca in virtù dell'istituto dell'occupazione<sup>(548)</sup>. Sul

---

tutelano il possessore di una cosa contro lo spoglio, assicurandogli la restituzione del bene sottratto e la restituzione delle somme (frutti) già percepite e di quelle che saranno riscosse in futuro, salvo riconoscere un'indennità "per miglioramenti" a favore degli scienziati che hanno effettuato le manipolazioni.

<sup>546</sup> In senso contrario sembrerebbe concludere M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, op. cit., p. 178, il quale rileva che «l'istituto proprietario è comunemente riferito [...] a entità economicamente rilevanti, materiali o immateriali; in questa logica appare evidente che il termine proprietà con riferimento al corpo o alle sue parti non sarebbe utilizzato correttamente». Tuttavia, una tale conclusione non ci pare convincente, per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, non può escludersi che parti staccate del corpo possano assumere notevole rilevanza economica: basti pensare ai capelli umani, che possono essere venduti per un corrispettivo abbastanza elevato ad un produttore di parrucche. Inoltre, non ci pare affatto vero che le entità economicamente irrilevanti non possano formare oggetto di proprietà: si pensi alla fotografia di una persona cara scomparsa ovvero al diario del figlio premorto al genitore, che hanno una rilevanza irrisoria dal punto di vista economico, ma che possono ben formare oggetto di proprietà in quanto rilevanti per la realizzazione di un interesse di natura non economica.

<sup>547</sup> Il ricorso a questo istituto potrebbe giustificarsi alla luce della circostanza che gli enti di ricerca non si limitano a prelevare il materiale biologico dal corpo del soggetto interessato, ma effettuano una serie di manipolazioni che trasformano quel materiale in una "cosa" nuova.

<sup>548</sup> In questa prospettiva, il materiale biologico prelevato diverrebbe, per effetto del consenso al prelievo rilasciato dal soggetto interessato, una *res derelicta*, suscettibile di occupazione da parte

medesimo presupposto si fonda un'impostazione particolarmente accreditata nella dottrina nord-americana, secondo la quale, in virtù del consenso al prelievo del materiale biologico, la parte del corpo ceduta diviene un "bene comune", rientrando così nel patrimonio dell'intera umanità, il che legittimerebbe i ricercatori ad utilizzarla per contribuire al progresso scientifico (549). Al di là della specifica soluzione che si ritenga preferibile, ciò che è certo è che, quando il materiale biologico presenta una particolare rilevanza sul piano scientifico e terapeutico, ragioni solidaristiche devono senz'altro prevalere sugli interessi egoistici del soggetto da cui proviene il materiale biologico, in modo da eliminare il rischio che interessi egoistici (soprattutto di natura economica) possano impedire o comunque ostacolare la realizzazione dell'interesse generale allo sviluppo della ricerca scientifica nel campo medico.

Ad ogni modo, data la rilevanza e delicatezza delle questioni relative agli atti di disposizione del corpo (con particolare riferimento ai prelievi e trattamenti cellulari), e considerata l'esigenza di eliminare la notevole difformità tra i vari approcci adottati dai singoli Stati europei soprattutto al fine di favorire il progresso scientifico in una dimensione di universalità e condivisione degli approcci e dei risultati conseguiti, sarebbe certamente opportuno un intervento dell'Unione europea in detta materia, volto a introdurre una normativa che possa finalmente fare chiarezza sul tema.

### § 9. Gli animali: oggetti, soggetti, o *tertium genus*?

Altra questione ampiamente dibattuta nei moderni discorsi dei giuristi sugli oggetti del mondo fisico concerne la natura giuridica degli animali. Tradizionalmente, i sistemi giuridici europei hanno equiparato gli animali alle "cose", riconoscendo così che essi possono formare oggetto di proprietà. In questo senso depone, ad esempio, l'art. 1496 del codice civile italiano, che, nel disciplinare la vendita di animali, implicitamente ammette che essi formano oggetto di situazioni di appartenenza. Analogamente, la legge inglese classifica gli animali domestici come beni mobili e quindi ammette che possano formare oggetto di diritti di proprietà (550).

Tuttavia, negli ultimi anni, un vasto movimento di opinione ha avanzato forti perplessità in ordine alla correttezza della qualificazione degli animali come "cose", cioè meri oggetti di diritti di proprietà. E la maggiore sensibilità che le società contemporanee dimostrano nei confronti degli animali ha trovato un fondamento scientifico nei più recenti sviluppi delle neuroscienze, che hanno consentito di

---

dell'ente di ricerca che effettua il prelievo e che, proprio in virtù dell'atto di apprensione, ne diverrebbe "proprietario".

<sup>549</sup> Sul punto, cfr. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, op. cit., p. 184.

<sup>550</sup> Cfr. F. H. LAWSON – B. RUDDEN, *The Law of Property*, ed. 3, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 26.

dimostrare che gli animali provano sentimenti, soffrono e, seppur in misura differenziata in base alle diverse specie, sono dotati di intelligenza. Per tali ragioni, si è ritenuto che l'equiparazione degli animali alle cose sia del tutto irragionevole.

Un tale fermento ideologico non ha tardato a produrre rilevanti conseguenze in ambito giuridico, ove si è assistito ad un netto cambio di paradigma nello *status* giuridico degli animali, dapprima nei sistemi dell'area tedescofona e in seguito nelle diverse parti d'Europa. Nel 1988, il codice civile austriaco è stato riformato con l'introduzione di una nuova disposizione in cui si dichiara che gli animali non sono cose e che sono protetti da leggi speciali. Tuttavia, la stessa disposizione limita la portata di tale dichiarazione, stabilendo che, in assenza di regolamenti specifici, le norme applicabili alle cose si applicano anche agli animali<sup>(551)</sup>. Nel 1990 anche la Germania ha seguito tale indirizzo ideologico, accogliendo l'affermazione di principio per cui «*gli animali non sono cose*» e «*sono protetti da statuti speciali*»; tuttavia, il codice tedesco (come quello austriaco) specifica che «*sono regolati dalle disposizioni che si applicano alle cose, con le modifiche necessarie, eccetto per quanto altrimenti previsto*»<sup>(552)</sup>. Identica, nella sostanza, è la formulazione dell'art. 3:2a del codice civile olandese, che, dopo aver affermato che «*Gli animali non sono cose*», precisa: «*Le disposizioni relative alle cose sono applicabili agli animali, con il dovuto rispetto delle limitazioni, degli obblighi e dei principi legali basati su norme statutarie e norme di diritto non scritto, nonché dell'ordine pubblico e della moralità pubblica*»<sup>(553)</sup>. In senso analogo è stato riformato, negli anni 2000, il codice civile svizzero, che, all'articolo 641a, dichiara che gli animali non sono cose, ma, in assenza di disposizioni a loro dedicate, sono soggetti alle disposizioni che disciplinano le cose. Peraltro, il legislatore svizzero ha anche dettato una specifica disposizione per regolamentare le controversie sulla custodia degli animali: l'art. 651a del codice civile stabilisce, infatti, che in caso di controversie sulla proprietà di animali tenuti come animali domestici, il tribunale assegnerà la proprietà esclusiva alla parte che offre le migliori condizioni di vita per l'animale<sup>(554)</sup>.

---

<sup>551</sup> V. § 285a ABGB.

<sup>552</sup> V. § 90a del BGB.

<sup>553</sup> Cfr., sul punto, L. W. P. VAN VLIET, *The Boundaries of Property Rights: Netherlands National Report 2006*, in *Netherlands Report to the Seventeenth International Congress of Comparative Law*, (a cura di) S. VAN ERP and L. P. W. VAN VLIET, Antwerp, Intersentia, 2006, p. 109.

<sup>554</sup> Una tale previsione potrebbe indurre a ritenere che il legislatore svizzero abbia riconosciuto gli animali come portatori di interessi giuridicamente rilevanti, superando l'impostazione tradizionale, secondo cui l'animale altro non è che il riferimento oggettivo degli interessi umani. In quest'ottica, si potrebbe affermare che proprio la considerazione dell'interesse dell'animale giustifica la sua assegnazione alla parte che gli offre le migliori condizioni di vita. In realtà, una tale tesi non è condivisibile, poiché non spiega la ragione per cui, se davvero gli animali sono stati ormai riconosciuti come portatori di interessi giuridicamente rilevanti (e quindi di diritti soggettivi), la tutela prevista dal legislatore svizzero riguardi solo gli animali domestici e non tutti gli animali in quanto tali. È chiaro che nessuno sognerebbe di affermare l'esigenza di sottrarre un animale da macello al legittimo proprietario per tutelarne l'interesse alla vita. Ed è chiaro che se davvero gli animali fossero



Le riforme introdotte dai diversi legislatori europei presentano, evidentemente, alcuni profili di contraddittorietà, perché, da un lato, dichiarano che gli animali non sono cose, ma, dall'altro, non chiariscono la natura giuridica degli animali e prevedono che, in assenza di norme speciali, il loro trattamento giuridico sarà quello previsto dal “diritto delle cose”.

Più di recente (nel 2015), anche il sistema giuridico francese è stato riformato, in una maniera diversa da quanto avvenuto negli altri ordinamenti giuridici europei, giacché la formula introdotta dal legislatore francese fornisce una definizione “in positivo”. Dispone, infatti, l'art 515-14 *Code civil* che «*Gli animali sono esseri viventi dotati di sensibilità*». Neanche tale definizione è, tuttavia, idonea a fornire al giurista indicazioni utili ai fini della collocazione degli animali nel quadro delle categorie dell'oggettività giuridica. Invero, essa si limita a riconoscere che gli animali presentano delle peculiarità rispetto alle altre “cose” perché sono esseri viventi sensibili. La norma prosegue chiarendo che «*Fatte salve le leggi che li proteggono, gli animali sono soggetti al regime patrimoniale*». Quindi non dichiara espressamente (come gli altri codici europei) applicabili agli animali le norme dettate per regolare le “cose”, limitandosi a riconoscere che essi hanno un valore patrimoniale e vanno trattati come elementi del patrimonio. L'assenza di una tale equiparazione, tuttavia, è probabilmente dovuta al mancato recepimento, nel codice civile francese, della distinzione tra cose e beni, piuttosto che alla volontà del legislatore di sancire l'inapplicabilità del regime giuridico delle cose agli animali.

Anche l'Unione europea ha dimostrato, negli ultimi anni, crescente interesse per quel movimento di opinione che manifesta preoccupazione per il benessere degli animali. E ciò ha condotto all'inserimento, nell'art. 13 TFUE, di una specifica norma volta a garantire che nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione, sia l'Unione che gli Stati membri tengano pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti<sup>(555)</sup>. Tale previsione assume particolare rilevanza, non tanto a livello definitorio (poiché comunque non fornisce al giurista indicazioni utili ai fini dell'individuazione della natura giuridica degli animali), quanto perché dimostra la coscienza, da parte del legislatore europeo, dell'esigenza di garantire un trattamento giuridico uniforme degli animali in ciascuno degli Stati membri, in modo da rendere effettiva la previsione di principio contenuta nell'art. 13 TFUE.

---

riconosciuti come portatori di interessi giuridicamente rilevanti il legislatore dovrebbe immediatamente vietare pratiche come la caccia e la pesca. La *ratio* della tutela assicurata agli animali va, dunque, rinvenuta in altro, ossia nell'esigenza di garantire l'interesse delle persone a non veder maltrattati altri esseri viventi. Nel caso di specie, l'assegnazione dell'animale alla parte che gli offre le migliori condizioni di vita è volta a tutelare l'interesse del soggetto che intende curare l'animale per beneficiare della sua compagnia piuttosto che l'interesse dell'animale stesso.

<sup>555</sup> Cfr. S. PRADUROUX, *Objects of property rights: old and new*, in (a cura di) M. GRAZIADEI – L. SMITH, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, op. cit., p. 59-60.

In attesa di un eventuale intervento dell'Unione europea in materia, il problema della natura giuridica degli animali resta aperto e va risolto in via interpretativa, cercando di risalire alla ragione per cui i codici civili degli Stati europei condividono l'affermazione di principio che gli animali non sono cose. Certamente, tale affermazione non presuppone la volontà di riservare agli animali una diversa collocazione nell'ambito della fenomenologia giuridica, sebbene qualcuno, ponendo l'accento sulla sensibilità e intelligenza che le scoperte scientifiche hanno riscontrato negli animali, si sia spinto sino ad affermare che essi andrebbero assimilati ai soggetti piuttosto che agli oggetti. Una tesi di tal genere è senz'altro priva di fondamento, poiché presupporrebbe il riconoscimento di interessi giuridicamente rilevanti in capo ad organismi viventi non umani e quindi l'attribuzione ai medesimi di situazioni giuridiche soggettive <sup>(556)</sup>. Questa prospettiva non è, però, condivisibile, perché non tiene in conto che l'ordinamento giuridico nasce con lo scopo precipuo di regolare la libertà degli esseri umani e non quella degli esseri viventi in generale. Pertanto, solo un interesse umano può acquisire rilevanza giuridica e quindi attivare quell'operazione di riconoscimento che porta all'attribuzione di un diritto soggettivo ed alla predisposizione di strumenti di tutela contro le possibili violazioni dell'interesse sotteso. Il che esclude che gli animali possano essere equiparati ai soggetti e quindi che un sistema giuridico possa riconoscere diritti a loro favore.

A ben vedere, dunque, quando gli ordinamenti giuridici europei affermano che gli animali non sono cose intendono sottolinearne le peculiarità e rendere evidente come il trattamento giuridico che occorre riservare agli animali non può essere identico a quello previsto in relazione alle cose inanimate. Ma, tecnicamente, dichiarare che gli animali non sono cose non significa che essi non possano formare oggetto di proprietà. Significa semplicemente che le situazioni di appartenenza che hanno ad oggetto gli animali devono essere fortemente conformate, in modo da tener conto dell'interesse generale a che gli animali non vengano resi vittime di maltrattamenti. È chiaro che la proprietà sugli animali è lontanissima dal modello fornito dalle codificazioni europee di stampo ottocentesco, perché l'esercizio delle prerogative proprietarie non può rispondere alla logica egoistica che riconosce al titolare del diritto il potere di usare e abusare della cosa, fino a distruggerla, ma deve essere funzionalizzato alla realizzazione dell'interesse sociale al benessere degli animali.

Dunque, gli animali sono “cose” dalle caratteristiche peculiari, in quanto portatori di sentimenti e finanche di un certo grado di intelligenza. Proprio queste

---

<sup>556</sup> Con queste finalità si è sviluppato un filone di studi accademici che viene identificato con il nome di *animal law*. Cfr., sul punto, S. S. WAISMAN - P. D. FRASCH - B. A. WAGMAN, *Animal Law: Cases and Materials*, 5 ed., Carolina Academic Press, 2014; M. BAGARIC - K. AKERS, *Humanising Animals: Civilising People*, CCH Wolters Kluwer, Sydney, 2012; M. ROWLANDS, *Animal Rights: Moral Theory and Practice*, 2 ed., Palgrave Macmillan, 2009; R. BERNSTEIN, *Animal Law: Yesterday and Today*, in *New Jersey Lawyer*, 2005, p. 23.

peculiarità impongono una particolare conformazione dei poteri del proprietario, il cui esercizio deve garantire il rispetto del sentimento di pietà per gli animali che fa capo alla collettività.

È questa la ragione per cui l'Unione europea, con l'art. 13 TFUE, si è obbligata a tener pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali. È chiaro, infatti, che la piena realizzazione dell'interesse generale alla tutela degli animali, in quanto esseri senzienti, non potrà avvenire fino a quando tutti gli Stati membri non abbiano introdotto una disciplina speciale a tutela del benessere degli animali. E non è escluso che, per eliminare il problema alla radice, l'Unione europea decida di intervenire con una specifica normativa volta a sanzionare i maltrattamenti nei confronti degli animali.

### § 10. La “proprietà virtuale”.

Se, con riguardo ai beni materiali, non possono esservi dubbi circa la loro potenziale idoneità a formare oggetti di diritti di proprietà, molto più complessa è la questione concernente l'ammissibilità della c.d. “proprietà virtuale”, che non coincide con la proprietà intellettuale, poiché riguarda non opere dell'ingegno, ma risorse *online* ad uso rivale, persistenti nel tempo e interconnesse <sup>(557)</sup>. Sebbene, tali risorse si appalesino come beni immateriali, quando il funzionamento dei sistemi digitali imita il modello rappresentato dalle cose del mondo reale non può escludersi che le risorse digitali debbano essere regolate e protette con le medesime regole che disciplinano la proprietà nel mondo fisico.

Questo tipo di codice di funzionamento, progettato per agire più come una cosa che come un'idea, pervade il mondo di internet, costituendone i componenti

---

<sup>557</sup> Il recente dibattito sulla c.d. proprietà virtuale rappresenta soltanto la punta dell'iceberg, poiché costituisce solo uno dei riflessi di una discussione molto più ampia sulla natura giuridica di una serie di oggetti emersi di recente nel panorama giuridico internazionale, che, pur mancando del requisito della materialità e quindi non potendo essere qualificati come “cose”, costituiscono il punto di riferimento oggettivo di situazioni di appartenenza riconosciute dal sistema giuridico. Per un esame sistematico dei nuovi beni emergenti nel contesto europeo, cfr. C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, op. cit., pp. 966 e ss.

strutturali: nomi a dominio (*Domain Name System*)<sup>(558)</sup>, siti *Web*<sup>(559)</sup>, *account* di posta elettronica<sup>(560)</sup> e interi mondi virtuali ne sono esempi di particolare rilevanza. Si tratta di risorse che presentano alcune caratteristiche fondamentali (che accomunano la proprietà virtuale alla proprietà reale): alla loro base vi è un substrato o uno spazio fisico esistente nel mondo reale, atteso che il c.d. spazio digitale in cui si manifesta Internet è reso possibile da cavi in fibra ottica interconnessi, distribuiti fisicamente a livello planetario, e nodi, ossia luoghi fisici dove si collegano le reti internet del mondo; la stessa connettività a Internet via satellite si basa su un'infrastruttura composta da tre elementi materiali: il satellite; le stazioni terrestri c.d. "NOC" (acronimo di *Network Operations Center*), la cui funzione consiste nel connettere l'infrastruttura spaziale a Internet; la parabola e un modem ad essa collegato, necessari per catturare le onde inviate dal satellite e tramutarle in informazioni digitali<sup>(561)</sup>.

Le risorse digitali prodotte attraverso questo sistema globale di connessione si caratterizzano, inoltre, come beni ad uso rivale, nel senso che il godimento della risorsa da parte di un soggetto ne impedisce l'utilizzo da parte di altri, poiché se essi sono posseduti (o, *rectius*, controllati) da un soggetto, nessun altro può accedervi<sup>(562)</sup>; si tratta, inoltre, di risorse persistenti, cioè durevoli nel tempo, poiché non cessano di

---

<sup>558</sup> Il sistema dei nomi a dominio (DNS) può essere descritto, in maniera molto semplificata, come una rete di indirizzi fisici. Invero, il *Domain Name* altro non è che un nome associato a un indirizzo IP fisico su Internet. Esso è utilizzato per identificare un *host* sulla rete Internet in luogo dell'indirizzo IP numerico, in quanto rende più semplice la memorizzazione e la digitazione degli indirizzi *web*. Se, ad esempio, volessimo raggiungere il sito italiano di *Google*, basterebbe digitarne l'indirizzo sotto forma di nome ([www.google.it](http://www.google.it)) e, in tal modo, invieremmo una richiesta all'interno di un'immensa rete (*www*), ove i c.d. server di nomi DNS – grazie ai loro *database* – in pochi istanti tradurrebbero questo nome "google.it" nell'indirizzo IP corrispondente, indirizzando il nostro computer verso il sito corrispondente. Dunque, alla base del sistema dei nomi a dominio vi è un substrato fisico, rappresentato da una rete di indirizzi, ciascuno dei quali ha una posizione ben determinata nel mondo reale.

<sup>559</sup> Per creare un sito *web* è necessario acquisire la disponibilità di uno spazio fisico su un server. L'indirizzo IP presso il quale si trova questo spazio fisico è associato al nome a dominio.

<sup>560</sup> Un *account* di posta elettronica altro non è che uno spazio privato mediante il quale, tramite un dispositivo elettronico connesso alla rete Internet, è possibile inviare e ricevere dei messaggi (c.d. *e-mails*).

<sup>561</sup> Sul punto, v. A. GORASSINI, *Lo spazio digitale come oggetto di un diritto reale?*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, n. 2/2018, pp. 58-59.

<sup>562</sup> Se, ad esempio, un soggetto crea un sito web, nessun altro (tranne il titolare del sito e i soggetti dallo stesso autorizzati) può pubblicare contenuti su tale sito. Analogamente, se una persona ottiene l'assegnazione di un determinato indirizzo e-mail, nessun altro può ricevere o inviare posta accedendo a quello stesso indirizzo di posta elettronica. Ciò in quanto, al momento della creazione del sito o dell'assegnazione dell'indirizzo e-mail, al soggetto che è titolare di quello spazio sul server viene assegnata una chiave di sicurezza da utilizzare per l'accesso al sito o alla casella di posta elettronica. La circostanza che questo codice sia posseduto soltanto da quella persona gli consente di escludere da quello spazio tutti gli altri soggetti (o comunque tutti i soggetti non autorizzati).

esistere dopo ogni utilizzo <sup>(563)</sup> e non vengono eseguite su un singolo computer <sup>(564)</sup>. E sono risorse interconnesse, poiché consentono ad altri utenti della rete di interagire con esse <sup>(565)</sup>. In sede di progettazione del codice che consente il funzionamento di queste risorse digitali, si è cercato, dunque, di imitare le caratteristiche della proprietà reale, soprattutto allo scopo di garantire un uso efficiente delle risorse. In questa prospettiva, l'uso rivale dei beni assicura al loro titolare la possibilità di investire senza timore che altri possano accaparrarsi ciò che ha costruito; la persistenza protegge l'investimento assicurandone la durata; l'interconnettività aumenta il valore della proprietà mettendo a frutto le potenzialità della rete, che consente a ciascun utente di conoscere le risorse degli altri, le rende appetibili e quindi ne favorisce la commerciabilità <sup>(566)</sup>. Proprio la circostanza che la proprietà virtuale presenta una serie

---

<sup>563</sup> Così, ad esempio, quando il titolare di una casella di posta elettronica spegne il suo computer, le informazioni contenute in quell'account non cessano di esistere, ma rimangono salvate sul server del suo *Internet service provider*.

<sup>564</sup> Ad esempio, si può accedere a un indirizzo di posta elettronica da un computer, un tablet, uno smartphone e qualsiasi altro dispositivo capace di connettersi alla rete internet. Ciò è possibile perché le informazioni vengono archiviate sul server dell'*Internet service provider* e, a seguito dell'accesso alla casella di posta elettronica, trasmesse al programma *client* che viene eseguito localmente sul dispositivo.

<sup>565</sup> Le risorse digitali acquistano valore proprio in quanto possono essere rese interconnesse, in modo che, sebbene una sola persona ne abbia il controllo, anche altri possano interagirvi. Così, ad esempio, un indirizzo e-mail assume un'utilità in quanto tutti gli altri possessori di una casella di posta elettronica, conoscendo l'indirizzo, possono connettersi ad esso per inviare e ricevere messaggi. Analogamente, una realtà virtuale ha un valore tanto maggiore quanto più son gli utenti che vi accedono, interagendo gli uni con gli altri.

<sup>566</sup> Per un approfondimento sulle caratteristiche che connotano la proprietà virtuale, accomunandola alla proprietà reale, v. J. A. T. FAIRFIELD, *Virtual Property*, Boston University Law Review, vol. 85, Research Paper n. 35, 2005, pp. 1048-1064. V. anche A. GORASSINI, *Lo spazio digitale come oggetto di un diritto reale?*, op. cit., pp. 53 e ss., ove, attraverso un esperimento mentale, le nuove tecnologie digitali vengono inquadrare nella categoria dell'oggetto giuridico: più precisamente, alla categoria delle "cose" viene ricondotto il planisfero *open source* dei cavi, dei nodi, dei satelliti, dei NOC, delle parabole, dei modem; e alla categoria dei beni l'energia dei *bit* e il loro funzionamento, ai sensi degli artt. 813 e 814 del codice civile italiano. In relazione a questi ultimi, l'Autore evidenzia, giustamente, che «*si tratta di beni: anche se fossero solo espressione di energia, in Italia esiste l'art. 814 c.c. ("si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico"); e anche se si potessero avere dubbi sulla naturalità dell'energia dei bit, essendo essi senz'altro possibile oggetto di diritti, sarei comunque coperto dal portato normativo dell'ultimo inciso dell'art. 813 c.c. ("le disposizioni concernenti i beni mobili si applicano a tutti gli altri diritti")*» (p. 59). Ciò posto, l'Autore si spinge oltre, aprendo alla possibilità di qualificare i beni digitali come "cose": «*L'energia che attraversa la rete fisica costituita dalla fibra ottica o dalle onde elettromagnetiche satellitari può trasformarsi in cosa [...] Sperimentalmente in questo tempo, da giuristi abbiamo un indice di emersione fattuale per dire di sì: il bitcoin e la possibilità dei blockchain con cui si realizzano i c.d. smart contract [...]. In questi fenomeni, l'energia crea nella dimensione spaziale digitale una realtà che diventa moneta, ma con materialità finita incorporata in quello spazio*» (p. 59). Una tale conclusione sembrerebbe aprire uno spiraglio alla possibilità di ammettere che anche queste nuove forme di beni giuridici possano formare oggetto di situazioni di appartenenza e quindi essere regolate mediante l'applicazione della normativa proprietaria.

di caratteristiche condivise con la proprietà del mondo reale solleva una fondamentale questione: se la proprietà virtuale dovrebbe essere disciplinata mediante l'applicazione delle medesime norme che regolano la proprietà del mondo reale.

Il problema si è posto soprattutto in relazione ai mondi virtuali, piattaforme tridimensionali che riproducono la realtà e che consentono agli utenti di creare un proprio *avatar* (cioè un vero e proprio *alter ego* di sé stessi, destinato a “vivere” nell'ambiente digitale) per accedere alla realtà virtuale e condividere con gli altri utenti lo stesso contesto fisico simulato. Parte di quel contesto fisico simulato è costituito da oggetti e luoghi virtuali. Queste cose virtuali (ad esempio terreni, case o utensili vari) hanno un valore nel mercato *online* e possono essere acquistate mediante denaro reale. Numerosissime persone e ingentissime somme di denaro sono oggi coinvolte nelle operazioni commerciali che si sviluppano nel mercato digitale dei giochi *online* (<sup>567</sup>). Attualmente, questi mondi virtuali sono regolati da un regime in cui i diritti di proprietà (intellettuale) sono assegnati ai creatori della realtà virtuale, i quali possono concedere ad altri l'accesso mediante contratti di licenza (i c.d. *EULA*, acronimo che sta per “*End-User License Agreement*”) (<sup>568</sup>). Questo sistema, tuttavia, crea notevoli problemi, poiché consente ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale di cancellare sistematicamente i diritti di proprietà virtuale acquisiti dagli utenti nel mondo virtuale, sulla base delle clausole contenute negli *End-User License Agreement* (<sup>569</sup>). Invero, mediante la semplice revoca della licenza, i produttori possono determinare la perdita

---

<sup>567</sup> Talvolta il gioco di ruolo proibisce lo scambio di denaro reale con valuta o oggetti di gioco, ma ciò non ha impedito il sorgere di un vero e proprio mercato secondario, in cui le noiose attività in gioco che si devono svolgere per ottenere oggetti o personaggi speciali sono esternalizzate ai paesi in via di sviluppo, per poi rivendere agli utenti i risultati conseguiti mediante tali attività (pratica nota come “coltivazione dell'oro”). Per un approfondimento sul punto e sulle dimensioni economiche che il fenomeno ha ormai assunto, v. J. BONAR-BRIDGES, *Regulating Virtual Property with EULAs*, in *Wisconsin Law Review Forward*, 2016, pp. 80-81, ove si parla di «un'economia da un miliardo di dollari all'anno».

<sup>568</sup> Tipici esempi sono i giochi online, come *World of Warcraft* e *Second Life*, prodotti di grande successo che hanno cambiato il volto dell'intrattenimento moderno. Questa grande popolarità è, in gran parte, dovuta alla loro capacità di coniugare alcuni aspetti propri dei social network con altri tipici dei videogiochi: i giocatori creano identità digitali (o *avatar*) *online* per completare le missioni, raccogliere oggetti e interagire con altri *avatar* in un mondo virtuale. Le regole che governano queste realtà virtuali sono contenute in contratti (c.d. *EULA*), cui gli utenti devono aderire (mediante accettazione) per poter iniziare il gioco. Detti contratti regolano sia l'iscrizione al gioco (determinando l'ammontare della somma da pagare per l'acquisto del gioco e gli eventuali canoni di abbonamento), sia l'economia *in-game*, che si basa su veri e propri mercati *online* in cui ciascun giocatore può acquistare oggetti, terre e personaggi dagli altri utenti utilizzando la valuta virtuale, che può essere scambiata con denaro reale.

<sup>569</sup> Così, ad esempio, la licenza per giocare a *World of Warcraft* può essere revocata se l'utente non rispetta i termini contrattuali ovvero non accetta le modifiche all'EULA (che Blizzard può apportare in qualsiasi momento), o finanche se un giocatore è accusato di sfruttare a suo vantaggio difetti di progettazione nel gioco. V. *Blizzard End User License Agreement* (<http://us.blizzard.com/en-us/company/legal/eula>).

del denaro speso nel gioco e del tempo di abbonamento non utilizzato <sup>(570)</sup>. Gli *EULA* sono, dunque, uno strumento inidoneo a garantire adeguata protezione agli utenti delle realtà virtuali e possono determinare gravi conseguenze dal punto di vista economico, specialmente nelle situazioni in cui i giocatori investono ingenti somme di denaro per l'acquisto di oggetti sul mercato *online*.

Una soluzione alternativa per far fronte a tali difficoltà potrebbe essere quella di ricorrere alla normativa sulla proprietà per garantire una maggiore protezione ai diritti di proprietà virtuale acquisiti dagli utenti nel mondo digitale. Sul piano teorico, una tale soluzione pare possibile, alla luce delle caratteristiche strutturali che la proprietà virtuale ha in comune con quella reale <sup>(571)</sup>. Anche sul piano pratico tale soluzione ha trovato riscontro in una serie di condanne, pronunciate dalle Corti olandesi, per furto di oggetti virtuali nei mondi virtuali dei giochi online <sup>(572)</sup>. In particolare, la Suprema Corte olandese ha avuto modo di pronunciarsi sul caso *RuneScape*, confermando la sentenza di condanna per furto di beni virtuali emessa nel 2009, riconoscendo così il bene virtuale come oggetto di proprietà <sup>(573)</sup>. La Corte ha evidenziato che gli oggetti virtuali, sui quali la vittima aveva il controllo effettivo ed esclusivo, avevano un valore reale, anche in considerazione del tempo ed energia investiti per ottenerli. Pertanto, la loro sottrazione rientra nell'ambito di applicazione dell'art 310 codice penale, che punisce per furto qualsiasi persona che sottrae un bene appartenente in tutto o in parte a un'altra persona con l'intenzione di appropriarsene illegalmente. La *ratio* della norma, chiarisce la Corte, è quella di proteggere il controllo del titolare su un "bene" e quindi include anche l'ipotesi di illecita sottrazione di un oggetto immateriale.

---

<sup>570</sup> Nel caso di *World of Warcraft*, ciò è possibile perché, in base al *Blizzard End User License Agreement*, Blizzard è proprietaria di tutti i contenuti caricati nel gioco e, firmando l'EULA, i giocatori accettano di rinunciare ai diritti di proprietà su tutti gli oggetti e personaggi del gioco.

<sup>571</sup> In tal senso si esprime S. VAN ERP, *European property law: a methodology for the future*, op. cit., p. 15.

<sup>572</sup> Nel 2009 i giudici olandesi hanno condannato tre minori per furto di cose mobili virtuali nel mondo digitale del gioco *Habbo*, costituito da un hotel virtuale in cui i giocatori hanno la propria stanza, che possono arredare. Perpetrando un inganno ai danni delle vittime, gli autori del furto hanno ottenuto i nomi utente e le password degli altri giocatori, in modo da poter accedere agli *account* degli altri giocatori e trasferire i loro mobili virtuali sui propri *account Habbo*. Per un approfondimento, v. *Rechtbank Amsterdam*, 2 aprile 2009, cause nn. 13/431516-08 (BH9789), 13/431513-08 (BH9790), 13/431515-08 (BH9791). In un caso simile, due minori sono stati condannati per furto per aver rubato un amuleto virtuale e una maschera virtuale nel mondo virtuale del gioco *RuneScape*, un regno *fantasy* medievale virtuale in cui i giocatori guadagnano punti e oggetti attraverso le loro attività nel regno. Nel corso del processo è stato accertato che gli imputati avevano costretto con la violenza un altro giocatore di *RuneScape* a concedere loro l'accesso al suo *account*, in modo da poter trasferire il suo amuleto virtuale e la sua maschera virtuale sui propri *account RuneScape*. Sul punto, v. *Gerechthof Leeuwarden*, 10 novembre 2009, cause nn. 24-002668-08 (BK2773) e 24-002640-08 (BK2764). In dottrina, cfr. L. STRIKWERDA, *Theft of virtual items in online multiplayer computer games: an ontological and moral analysis*, in *Ethics and information technology*, 14, 2012, pp. 89-97.

<sup>573</sup> V. *Hoge Raad*, causa n. 10/00101 J (BQ9251), 31 gennaio 2012.

Ciò che è certo è che la rilevanza delle questioni relative alla c.d. proprietà virtuale e l'impossibilità di fornire adeguata protezione ai suoi titolari mediante gli *End-User License Agreement* impongono di avviare seri progetti di ricerca, finalizzati a comprendere quale modello normativo risulti maggiormente idoneo a tutelare queste nuove forme di appartenenza. Ed è chiaro che, dato il contesto spaziale transnazionale in cui si collocano queste nuove forme di ricchezza, un intervento dell'Unione europea nella materia *de qua* sarebbe senz'altro preferibile rispetto a regolamentazioni del fenomeno introdotte dai singoli Stati membri.

## § 11. Conclusioni.

La ricerca condotta ha cercato di fornire un quadro delle problematiche connesse alla disomogeneità normativa in materia di proprietà all'interno dell'Unione europea e dei principi che costituiscono le fondamenta dei sistemi nazionali sulla proprietà che, in quanto condivisi da tutti gli Stati membri, dovranno costituire il punto di partenza per ogni futura iniziativa di armonizzazione nella materia *de qua*. A tal fine, si è tentato, anzitutto, di verificare la sussistenza dei presupposti giuridici necessari per avviare una tale impresa di armonizzazione e, in questa prospettiva, ci si è posti il problema dello spazio che, ad oggi, può riconoscersi ad una disciplina europea del diritto di proprietà, tentando di fornire una soluzione all'annosa questione della sussistenza, o meno, della competenza normativa dell'Unione europea nella materia in esame. La ricostruzione dell'attuale assetto dei rapporti tra fonti nazionali e fonti europee ha consentito non solo di stabilire se, ad oggi, possa considerarsi legittima l'introduzione di norme sul diritto di proprietà da parte del legislatore europeo, ma anche di chiarire definitivamente la posizione che le fonti europee occupano nell'attuale sistema eurounitario delle fonti del diritto. La conclusione cui si è pervenuti al termine di questa prima fase della ricerca è che, alla luce dei principi che regolano la competenza normativa dell'Unione europea (su tutti, il principio di attribuzione) ed in considerazione della previsione contenuta nell'art. 345 TFUE, la competenza dell'Unione europea in materia di diritto di proprietà deve ritenersi esclusa, almeno in una prospettiva *de iure condito*. Il discorso muta se si considera il sistema giuridico eurounitario in una prospettiva *de iure condendo*: da questo punto di vista, abbiamo dimostrato come avviare un'opera di armonizzazione delle discipline nazionali sulla proprietà rappresenta un'esigenza non più procrastinabile, poiché non potrà dirsi esistente un mercato europeo unico fino a quando non saranno garantite identiche condizioni per l'acquisto, il godimento e il trasferimento del diritto di proprietà in ciascuno degli Stati membri dell'Unione.



Posta, in questi termini, la sussistenza di uno spazio, almeno potenziale, per un futuro intervento del legislatore europeo in funzione di armonizzazione delle normative nazionali, è stato possibile compiere un passo ulteriore e cominciare a costruire le fondamenta del nuovo sistema europeo sulla proprietà, allo scopo di avviare uno sviluppo coerente di questo settore. È stato evidenziato, in particolare, come il legislatore europeo, nell'introdurre un nuovo apparato di norme sulla proprietà, non potrà imporre autoritativamente concetti "europei" totalmente slegati dalle tradizioni giuridiche dei Paesi membri, ma dovrà necessariamente costruire le nuove regole sulle solide fondamenta rappresentate dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Ciò ha reso necessaria la ricostruzione di queste tradizioni, attraverso un'indagine intra-sistemica di tipo storico-comparatistico, all'esito della quale è stato possibile elaborare un concetto di "proprietà" inclusivo delle diverse tradizioni, in quanto condiviso da tutti gli Stati membri dell'Unione.

Individuato il denominatore comune in questo concetto condiviso di proprietà, è stato possibile, attraverso un'analisi trans-sistemica, elaborare una serie di categorie ordinanti fondamentali, a partire dalle quali abbiamo enucleato una serie di principi generali che dovranno governare la nuova normativa europea sulla proprietà, evidenziando altresì una serie di profili che costituiscono potenziali barriere per il libero scambio tra gli Stati membri e che quindi andrebbero disciplinati a livello europeo, mediante regole armonizzate, in funzione della massima efficienza del mercato comune. In questa fase, la nostra ricerca si è soffermata su tre profili fondamentali: quello dei principi di carattere generale che regolano il fenomeno proprietario (assolutezza, numero chiuso, trasparenza, rimedi), quello soggettivo (che ci ha consentito di indagare il modo in cui il diritto muta al mutare del suo titolare) e quello oggettivo (che ci ha consentito di elaborare una nuova teoria dell'oggettività giuridica, capace di tener conto delle regole dei diversi sistemi giuridici degli Stati membri sul "diritto delle cose").

L'ultima fase della ricerca ha avuto ad oggetto le regole operative che compongono i singoli statuti proprietari, sul presupposto che una riflessione che si concentri esclusivamente su una disciplina generale e unitaria del diritto di proprietà è necessariamente parziale e limitata, perché tiene conto soltanto di una piccola parte del variegato e complesso sistema che regola la situazione giuridica in esame. Non vi è chi non veda, infatti, come le regole che governano il diritto in questione variano a seconda del bene che ne forma oggetto, in quanto frutto di un bilanciamento tra l'interesse egoistico del proprietario e l'interesse pubblico che il singolo bene coinvolge in maniera più o meno ampia. Anche in quest'ultima fase dell'indagine si è cercato di individuare quelle disomogeneità normative che, configurandosi come potenziali ostacoli per il corretto funzionamento del Mercato Europeo Comune, pongono le più pressanti esigenze di armonizzazione. A tal fine, nell'impossibilità di esaminare tutti i possibili statuti proprietari, si è ritenuto di avviare la riflessione a partire dalla tradizionale e ampiamente condivisa distinzione tra proprietà mobiliare e

immobiliare, soffermando l'attenzione soprattutto sulle regole che disciplinano il trasferimento del diritto (e sulle relative formalità), nonché sull'uso della proprietà in funzione di garanzia, poiché si tratta di profili che presentano implicazioni transfrontaliere particolarmente rilevanti e che richiedono un tempestivo intervento del legislatore europeo. La nostra indagine si è, infine, spostata su una serie di oggetti giuridici dalle caratteristiche del tutto peculiari (come il corpo umano, gli animali e i c.d. beni virtuali), sulla cui natura è ancora aperto un ampio dibattito e che, per le loro caratteristiche strutturali e per gli interessi che coinvolgono, non possono essere disciplinati esclusivamente a livello nazionale, ma esigono una normativa unitaria a carattere sovranazionale.

In conclusione, la ricerca condotta ci ha consentito di evidenziare come, sebbene un'opera di armonizzazione della disciplina proprietaria rappresenti certamente un'impresa ardua, in quanto richiede valutazioni particolarmente delicate, essa appare anche necessaria, perché le differenze tra i regimi giuridici esistenti negli Stati membri costituiscono barriere invisibili per l'integrazione dei mercati e quindi per la creazione di un sistema giuridico europeo che possa realmente dirsi unitario e che possa rafforzare la posizione di tutti i protagonisti che operano all'interno del mercato unico europeo. Per tali ragioni, riteniamo che non possa più esser differito l'avvio di concrete iniziative di studio e di ricerca, allo scopo di promuovere nuove prospettive di armonizzazione giuridica in settori, come quello della proprietà, che sino ad ora l'Unione europea ha interamente demandato ai legislatori nazionali. La logica di integrazione del mercato interno ha, invero, determinato, negli anni, un progressivo accrescimento del diritto privato europeo, che ormai regola ogni questione legata al funzionamento del mercato interno. In questa prospettiva, si è tentato di fornire una risposta alla domanda concernente i possibili futuri sviluppi del diritto privato europeo e, in particolare, del diritto di proprietà europeo, attraverso l'analisi delle tradizioni giuridiche comuni sul diritto di proprietà negli Stati membri e l'indagine delle regole operative che presentano le maggiori discrasie nell'ambito dei rapporti giuridici trans-nazionali. Più in generale, lo studio del diritto di proprietà nella dimensione europea ci ha consentito di rimettere in discussione, attraverso l'indagine comparata, alcune delle scelte effettuate dai legislatori nazionali, anche in funzione di un adeguamento di queste scelte alle nuove esigenze emergenti nel contesto socio-economico contemporaneo.

## Bibliografia.

- ALEXANDER G., *Property's Ends: The Publicness of Private Values*, Cornell Law School, 3/2014.
- AKKERMANS B., *Predicting the future of european property law*, in Maastricht European Private Law Institute, 2016.
- AKKERMANS B., *European Union constitutional property law: serching for foundations fot the allocation of regulatory competences*, in (a cura di) Akkermans B. – Hage J. – Kornet N. – Smits J., *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Intersentia, 2015.
- AKKERMANS B., *The Use of the Functional Method in European Property Law*, in *European Property Law Journal* 7, 2013.
- AKKERMANS B., *The European Union development of european property law*, in Maastricht European Private Law Institute, 2011.
- AKKERMANS B., *Common Frame of Reference (CFR), the EU consumer acquis and European Property Law*, in *SSRN Electronic Journal*, 2010.
- AKKERMANS B., *Concurrence of Ownership and Limited Property Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010.
- AKKERMANS B., *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp, Oxford-Portland, Intersentia, 2008.
- AKKERMANS B. – HAGE J. – KORNET N – SMITS J., *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Intersentia, 2015.
- AKKERMANS B. – RAMAEKERS E., *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, in *European Law Journal*, Vol. 16, n. 3, 2010, pp. 292-314.
- AKKERMANS B. – RAMAEKERS E., *Free movement of goods and property law*, in *European Law Journal*, 2013.
- AKKERMANS B. – RAMAEKERS E., *Lex Rei Sitae in Perspective: National Developments of a Common Rule? Property Law Perspectives*, Cambridge, Antwerp and Portland: Intersentia, 2012.
- ALPA G. – FUSARO A., *Le metamorfosi del diritto di proprietà*, Antezza Editore, Matera, 2011.
- ASARO S. – COLLETTI F. – RECCO D., *La trascrizione. La giurisprudenza di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa*, Ed. Giuffré, Milano, 2011.
- ASCHIERI A., *Registrazione delle garanzie reali: soluzioni di diritto interno e prospettive di armonizzazione europea*, in *Contratto e impresa/Europa* 2-2013.
- AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, a cura di R. Campbell, John Murray, London, 1880.
- BAGARIC M. – AKERS K., *Humanising Animals: Civilising People*, CCH Wolters Kluwer, Sydney, 2012.
- BANAKAS S., *Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe*, *InDret*, Vol. 323, No. 1/2006.

- BARNARD C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, ed. 2, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 535.
- BASILE M. (con il contributo di M.V. DE GIORGI), *Le persone giuridiche*, ed. II, Giuffrè, Milano, 2014.
- BAUR F., *Lehrbuch des Sachenrechts*, ed. XV, Monaco, 1989.
- BAUR F. – STÜRNER R., *Sachenrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2009.
- BELVEDERI R., *Alcune considerazioni in materia di sham trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 3/2013.
- BERNSTEIN R., *Animal Law: Yesterday and Today*, in *New Jersey Lawyer*, 2005.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, vol. VI, *La proprietà*, Giuffrè Editore, Milano, 2017.
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Philadelphia, 1753.
- BLANDIN Y., *Sûretés et bien circulant: contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Public, 2016.
- BONAR-BRIDGES, J., *Regulating Virtual Property with EULAS*, in *Wisconsin Law Review* Forward, 2016
- BONI-SAENZ A. A. e KRESS WEISBORD R., *Lo “sham trust” negli USA*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 5/2017.
- BRAUN A., *The Framing of a European Law of Trusts*, in *The Worlds of the Trust.*, Ed. L. Smith, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BRAUN A., *Trusts in the Draft Common Frame of Reference*, in *Cambridge Law Journal* Vol. 70, 2011.
- BRAUN A., *Trust interni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II.
- CANDIAN A., *La proprietà*, in (a cura di) Candian A. – Gambaro A. – Pozzo B., *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Ed. Cedam, Padova, 1992.
- CARBONE S. M., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell’Aja del 1985*, in *Trusts*, 2000.
- CAMARDI C., *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno in Europa e diritto privato*, vol. 2018.
- CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1323.
- CERVAI G., voce *Libri fondiari*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963.
- CHEN X. – LUO G., *The Harmonization of Property Law*, *Transition Studies Review*, Springer; Central Eastern European University Network (CEEUN), vol. 17(2), 2010.
- COLORNI V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1954.
- CORTESE E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, XIII rist., Roma, Il cigno Galileo Galilei, 2012.
- CRAIG P. – DE BURCA G., *EU Law. Text, Cases and Materials*, ed. V, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- D’AMICO G., *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Liber Amicorum* Pietro Rescigno per il novantesimo compleanno, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

- D'AMICO G., *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, in Studi in memoria di T. Ascarelli, Giuffrè, Milano, 1969.
- DAVID V. R. – JAUFFRET SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Ed. Cedam, Padova, 2004.
- DE MONTGOLFIER J. F., *Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées*, in Les nouveaux cahier du Conseil constitutionnel n. 31, 2011.
- DONADIO G., *Diritto privato europeo e trasferimento della proprietà. Scenari attuali e prospettive future nella ricerca di una possibile armonizzazione*, in La nuova giurisprudenza civile commentata n. 3/2012, pp. 151 e ss.
- DU MOULIN C., *Les Costumes Generales Et Particulieres de France Et Des Gaules*, Parigi, 1635.
- EICHHORN K. F., *Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts*, in *ZgeschRw*, vol. 1, 1815.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in Enciclopedia del diritto, vol. XIV, 1965.
- FALZEA A. – BASILE M., *Persona giuridica (dir. priv.)*, in Enc. Dir., vol. XXXIII, 1983.
- FAIRFIELD J. A. T., *Virtual Property*, Boston University Law Review, vol. 85, Research Paper n. 35, 2005.
- FERRANTE E., *Consensualismo e trascrizione*, Cedam, Padova, 2008.
- FOËX B., *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*. Lausanne: Payot, 1987.
- FÖRSTER F., *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuBischen Privatrechts*, (a cura di) Eccius, Berlino, 1896.
- FUNAJOLI C. A., *La tradizione*, Cedam, Padova, 1942.
- FUSARO A., *Il credito ipotecario in ambito europeo e l'euroipoteca*, in Nuova giur. civ. comm., 2008, II.
- GALGANO F., *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in Riv. Dir. Civ., 1965, I.
- GAMBARO A., *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Ed. Giuffrè, Milano, 2017.
- GAMBARO A., *Armonizzazione dei diritti di proprietà e linguaggi giuridici europei: tra assonanze e dissonanze*, in (a cura di) G. D'Amico, *Proprietà e diritto europeo, Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- GAMBARO A., *I beni*, Ed. Giuffrè, Milano, 2012.
- GAMBARO A., *Diritti reali (diritto internazionale e comparato)*, in Enc. dir. Annali, 1, 2007.
- GAMBARO A., voce "Trusts", in Dig. disc. priv., sez. civ., XIX, Torino, 1999.
- GAMBARO A., *La proprietà nel common law anglo-americano*, in (a cura di) Candian A. – Gambaro A. – Pozzo B., *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Cedam, Padova, 1992.
- GAMBARO A., *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, Ed. Giuffrè, Milano, 1990.
- GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da SACCO R., ed. III, Utet Giuridica, Milano, 2013.

- GARCIA GARRIDO M. J., *Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código civil español*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli, Torino, 1998.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, ed. XVII, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- GETI P. L., *Il contributo della Giurisprudenza costituzionale tedesca nella determinazione dei rapporti con l'Unione Europea*, in *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello. Atti del Convegno (Roma, 12-13 maggio 2015)*, (a cura di) F. Lanchester, ed. Giuffrè, Milano, 2016.
- GIANNITI P., *La CEDU e il ruolo delle Corti. Globalizzazione e promozione delle libertà fondamentali*, Zanichelli Editore, Bologna, 2015.
- GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris: L.G.D.J., 1960.
- GOBERT M., *La publicité foncière française, cette mal aimée*, in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Éditions Defrénois, 1979.
- GODT C., *The functional comparative method in European Property Law*, *European Property Law Journal*, 2013.
- GORASSINI A., *Lo spazio digitale come oggetto di un diritto reale?*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, n. 2/2018.
- GRAY K., *Property in Thin Air*, in *Cambridge LJ*, 1991.
- GRAZIADEI M., *The structure of property ownership and the common law/ civil law divide*, in (a cura di) M. Graziadei – L. Smith, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017.
- GRAZIADEI M., *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Univ. Degli studi di Trento, 1995.
- GRAZIADEI M. - MATTEI U. – SMITH L., *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge Univ. Press, 2005.
- GRAZIADEI M., *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed Agency e Trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995.
- GRAZIADEI M. – SMITH L., *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017.
- GRETTON G. L., *Ownership and its objects*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007.
- GRETTON G. L., *Trusts without Equity*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol 49, 2000.
- HAYTON D., *Modern International Developments in Trust Law*, The Hague, Kluwer Law International, Boston, 1999.
- HELLER M. A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, *Harv. L. Rev.* 111, no. 3, 1998.
- HOHFELD W. N., *Fundamental Legal Conceptions as applied in Legal Reasoning, and Other Legal Essays*, Yale University Press., 1920.

- KIENINGER E. M., *Security Rights in Movable Property in European Private Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- KORTMANN S.C.J.J. - HAYTON D.J. - FABER N.E.D. - REID K.G.C. - BIEMANS J.W.A., *Towards an EU Directive on Protected Funds*, The Hague, Kluwer Law International, 2009.
- LABOULAYE E. – DARESTE R., *Le grand coutumier de France*, Parigi, 1868.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, *Besonderer Teil*, ed. XII, Monaco, 1981.
- LAWSON F. H., *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1953.
- LAWSON F. H. – RUDDEN B., *The Law of Property*, ed. 3, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- LEHAVI A., *The construction of Property. Norms, Institutions, Challenges*, Cambridge University Press, 2013.
- LEPAULLE P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932.
- LOOF W. – BERLEE A., *Case study: harmonizing security rights*, in (a cura di) Akkermans B. – Hage J. – Kornet N – Smits J., *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Intersentia, 2015.
- LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016.
- LUMINOSO A., *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Not.*, 2008, fasc. 5.
- LUPOI M., *Studi sul Trust*, Ipsoa, 2018.
- LUPOI M., *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 9/2011.
- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, Padova, 2010.
- LUPOI M., *I trusts nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile (diretto da) R. Sacco*, Utet, Torino, 2004.
- LUPOI M., *Trusts*, II ed., Milano, Giuffré, 2001.
- MACPHERSON C. B., *Liberal-Democracy and Property*, in ID. (a cura di), *Property. Mainstream and Critical Positions*, Oxford, 1978.
- MAITLAND F., *Equity. A Course of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936.
- MANES P., *L'interesse del beneficiario secondo la Corte di San Marino*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 9/2018.
- MARICONDA G., *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno*, XIX, Utet, Torino, 1997.
- MARTIN O., *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Parigi (rist.), 1972.
- MATTEI U., *Beni comuni. Un manifesto*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2011.
- McFARLANE B., *The Structure of Property Law*, Oxford: Hart, 2008.
- MICHAELS R., *The Functional Method of Comparative Law*, in (a cura di) M. Reimann e R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

- MILLEVILLE S., *La propriété des créances est-elle constitutionnellement consacrée?*, in *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2013.
- MILO J. M., *Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard regarding National Provisions on Retention of Title*, in *European Review of Private Law*, 2003.
- MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- MUIR WATT H., *Private International Law. Beyond the Schism*, in *Transnational Legal Theory*, 3, 2011.
- MUNZER S. R., *An Uneasy Case against Property Rights in Body Parts*, in *Social Philosophy and Policy* 11, 1994.
- NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, ed. 2, Giuffrè, Milano, 1980.
- NIVARRA L., *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa e Diritto privato*, fasc. 3, 2011, pp. 575-624.
- ÖRTMANN P., *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Heymann, Berlin, 1899.
- PATRONE M., *Il trust "sham" e il diritto civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 1/2019.
- PATTI S., *Codice civile tedesco*, Giuffrè, Milano, 2013.
- PERLINGIERI P., *Conclusioni*, in AaVv., *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, (a cura di) G. D'Amico, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. II, ed. III, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- PERSANO F., *Trust esteri e applicazione delle norme di conflitto tra modello inglese e modello internazionale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 7/2019.
- PETRELLI G., *Trust interno, art. 2645-ter c.c. e «trust italiano»*, in *Riv. Dir. civ.*, 2016.
- PETRONIO U., *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, Giuffrè, Milano, 1991.
- PONTEPRINO G., *Recenti pronunce delle Sezioni penali della Corte di cassazione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 11/2018.
- POZZO B., *Eigentum*, in (a cura di) A. Candian – A. Gambaro – B. Pozzo, *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Ed. Cedam, Padova, 1992.
- PRADUROUX S., *Objects of property rights: old and new*, in (a cura di) M. Graziadei – L. Smith, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017.
- PRETTO-SAKMANN A., *Boundaries of Personal Property: Shares and Sub-Shares*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Immissioni e rapporto proprietario*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 1984.
- PUFENDORF S., *De jure naturae et gentium libri octo*, ed. I, 1672 Francoforte e Lipsia, ex officina Knochiana, 1744.



- PUGLIATTI S., *Beni (teoria generale)*, in Enciclopedia del diritto, Giuffré, Milano, 1959, vol. V.
- PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Ed. Giuffré, Milano, 1964.
- PUCHTA G. F., *Corso delle Istituzioni*, trad. it. (a cura di) A. TURCHIARULO, Napoli, 1854, vol. II.
- RAMAEKERS E., *European Union Property Law: From Fragments to a System*, Intersentia, 2013.
- RAMAEKERS E., *What is Property Law?*, Oxford Journal of Legal Studies, 2017.
- REID K. G. C. - DE WAAL M. J. – ZIMMERMANN R., *Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh Studies in Law vol 5, Edinburgh University Press, 2007.
- RESCIGNO P., *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. VII, Proprietà, t. I, Torino, 1982, rist. 1984.
- RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, ed. Il Mulino, Bologna, 2013.
- RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1992.
- ROMANO F., *Obbligo*, in Enciclopedia del diritto, vol. XXIX, 1979.
- ROWLANDS M., *Animal Rights: Moral Theory and Practice*, 2 ed., Palgrave Macmillan, 2009.
- RUDDEN B., *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in *Oxford Essays on Jurisprudence* (third series), (a cura di) J. Bell e J. Eekelaar, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- RUTGERS J. W., *International Reservation of Title Clauses. A study of Dutch, French and German Private International Law in the Light of European Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 1999.
- SAGAERT V., *Security Interests*, in S. van Erp e B. Akkermans (eds.), *Text, Cases and Materials on Property Law Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- SALMOND J. W., *Jurisprudence or the Theory of the Law*, Stevens and Haynes, London, 1902.
- SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, II ed., in *Il Codice Civile. Commentario*, (fondato da) P. Schlesinger e (diretto da) F. D. Busnelli, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, 2019.
- SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, Giuffré Editore, Milano, 1994.
- SALVI C., *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Ed. Giappichelli, Torino, 2012.
- SANTISTEBAN S. M. – SPARKES P., *Protection of Immovables in European Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- SANTORO L., *Il trust in Italia*, Milano, Giuffré, 2004.
- SATURNO A., *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, ESI, 1999.
- SCHRAGE E., *Vendita e trasferimento della proprietà nella storia del diritto olandese*, in L. Vacca (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli, Torino, 1998.

- SCHUPFER F., *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all' Italia*, Città di Castello, Roma, 1907.
- SCHWARK E., *The Harmonization of the Securities Law in Europe*, 2007 Law Series Annals W. U. Timisoara 3, 2007.
- SCOVAZZI M., *Le origini del diritto germanico. Fonti, preistoria, diritto pubblico*, Milano, Giuffré, 1957.
- SCOZZAFAVA O. T., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Ed. Giuffré, Milano, 1982.
- SEMPRONI A., *Sviluppi dello sham trust: una sentenza australiana*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 9/2015.
- SIEBERT W., *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem*, Marburg, Elwert, 1933.
- SINGER J., *Property as the Law of Democracy*, 63 Duke Law Journal, 2014.
- SILVESTRI G., *Introduzione*, in AaVv., *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, (a cura di) G. D'Amico, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- SIMONI A. – VALGUARNERA F., *La tradizione giuridica dei paesi nordici*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008.
- SMITH A., *Lezioni di Glasgow*, a cura di E. Pesciarelli, in: *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1989.
- SPARKES P., *European Land Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- STRUVE G. A., *Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, ed. V, Jena, 1672.
- STRIKWERDA L., *Theft of virtual items in online multiplayer computer games: an ontological and moral analysis*, in *Ethics and information technology*, 14, 2012.
- STRUYCKEN T., *De numerus clausus in het Goederenrecht*, Kluwer Deventer, 2007.
- SWADLING W., *Property: General Principles*, in *English Private Law*, (a cura di) Burrows, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1995.
- TRIMARCHI M., *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Ed. Giappichelli, Torino, 2015.
- VAN DEN HAUTE E., *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire: perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, Bruylant, Université libre de Bruxelles, 2010.
- VAN ERP S., *Contract and Property Law: Distinct, but not Separate*, in MEPLI Working Paper Series 2013-14, 2013.
- VAN ERP S., *European property law: a methodology for the future*, in R. Schulze, & H. Schulte-Nölke (Eds.), *European Private Law - Current Status and Perspectives*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011.
- VAN ERP S., *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, 6th Walter van Gerven Lectures, Europa Law Publishing, 2006.

- VAN ERP S., *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2003.
- VAN ERP S. – AKKERMANS B., *Text, Cases and Materials on Property Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- VAN ERP S. – AKKERMANS B., *European Union property law*, in (a cura di) C. Twigg-Flesner, *Cambridge companion to European Union private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- VAN VLIET L., *Transfer of property inter vivos*, in (a cura di) M. Graziadei – L. Smith, *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017.
- VAN VLIET L. W. P., *The Boundaries of Property Rights: Netherlands National Report 2006*, in *Netherlands Report to the Seventeenth International Congress of Comparative Law*, (a cura di) S. van Erp and L. P. W. van Vliet, Antwerp, Intersentia, 2006.
- VANNEROM J., *Towards a european single market for mortgage credit. From scratch to...?*, in *European Journal of consumer law*, *Revue Européenne de droit de la consommation*, n 2015/2.
- VICARI A., *Il trust sham o simulato: questioni di diritto internazionale privato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 11/2010.
- VISINTINI G., *Immissioni e tutele dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976.
- VON BAR C., *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, in *Rivista di diritto civile* 3/2018.
- VON BAR C., *The Numerus Clausus of Property Rights: A European Principle?*, in *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law*, Eds. Louise Gullifer and Stefan Vogenauer, Oxford: Hart Publishing, 2014.
- VON BAR C., *Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, C. H. Beck, 2015.
- VON BAR C. - E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VON BAR C. – CLIVE E. – SCHULTE-NÖLKE H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009.
- VON BAR C. – DROBNIG U., *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law, Submitted to the European Commission - Health and Consumer Protection Directorate-General -*, 2004.
- VON GIERKE O., *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig Verlag von Duncker & Humblot, 1889.
- VON JHERING R., *Lo scopo del diritto*, tr. it., Einaudi, Torino, 1972.
- VON SAVIGNY F. C., *Il sistema del diritto romano attuale*, trad. (a cura di) V. SCIALOJA, Torino, 1886.
- WAISMAN S. S. - FRASCH P. D. - WAGMAN B. A., *Animal Law: Cases and Materials*, 5 ed., Carolina Academic Press, 2014.

- WEISER F., *Trusts on the continent of Europe: a study in comparative law with an annex containing suggestions for the drafting of general bonds of international government loans*, London: Sweet & Maxwell, 1936.
- WESTRIK R. – VAN DER WEIDE J., *Party Autonomy in International Property Law*, Ed. sellier european law publishers, Munich, 2011.
- WINDSCHEID B., *Il diritto delle Pandette*, trad. it. (a cura di) C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1930.
- WOLFF C., *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, Halle-Magdeburg, 1742.
- ZATTI P., *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova, 1975.
- ZOPPINI A., *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in Riv. Dir. priv., 2007.
- ZWEIGERT V. K. – KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato. Vol. 1: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998.

## Giurisprudenza

- Corte di Giustizia C.e., causa 26/62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, 5 febbraio 1963.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 6/64, *Costa c. Enel*, 15 luglio 1964.
- Corte di Giustizia U.e., Causa 4/73, *Nold c. Commissione delle Comunità europee*, 14 maggio 1974.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 8/74, *Benoît e Dassonville c. SA Éts. Fourcroy e SA Breuval e Cie*, 11 luglio 1974.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 30/77, *Régina c. Pierre Bouchereau*, 27 Ottobre 1977.
- Corte di giustizia C.e., Causa 106/77, *Simmenthal*, 9 marzo 1978.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 112/77, *Töpfer c. Commissione*, 3 maggio 1978.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 febbraio 1979.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 230/78, *Eridania c. Min. agricoltura e foreste*, 27 settembre 1979.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz (Land Renania-Palatinato)*, 13 dicembre 1979.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 283/81, *CILFIT e Lanificio di Gavardo S.p.A. c. Ministero della sanità*, 6 Ottobre 1982.
- Corte di Giustizia C.e., cause riunite da C-205/82 a C-215/82, *Deutsche Milchkontor e a.*, 21 settembre 1983.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 182/83, *Robert Fearon e Company Ltd c. Irish Land Commission*, 6 novembre 1984.
- Corte di Giustizia C.e., Causa 41/83, *Repubblica italiana c. Commissione*, 20 marzo 1985.

Corte di Giustizia C.e., Causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, 23 aprile 1986.

Corte di Giustizia C.e., Causa 34/86, *Consiglio c. Parlamento*, 3 luglio 1986.

Corte di Giustizia C.e., Causa 70/88, *Parlamento c. Consiglio*, 22 maggio 1990.

Corte di Giustizia C.e., Causa C-235/89, *Commissione c. Italia*, 18 febbraio 1992.

Corte di Giustizia C.e., Causa C-350/92, *Consiglio c. Spagna*, 13 luglio 1995.

Corte di Giustizia C.e., casi congiunti C-267/95 e C-268/95, *Merck e altri c. Primecrown e altri e Beecham Group plc c. Europharm*, 5 dicembre 1996.

Corte di Giustizia C.e., causa C-222/97, *Manfred Trümmer e Peter Mayer*, 16 marzo 1999.

Corte di Giustizia C.e., causa C-302/97, *Konle c. Austria*, 1 giugno 1999.

Corte di Giustizia C.e., Causa 464/98, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c. Friedrich Stefan*, 11 gennaio 2001.

Corte di Giustizia C.e., Causa C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, 4 giugno 2002.

Corte di Giustizia C.e., Causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, 4 giugno 2002.

Corte di Giustizia C.e., Causa C-503/99, *Commissione c. Belgio*, 4 giugno 2002.

Corte di Giustizia C.e., Causa C-148/02, *Avello c. Belgio*, 2 ottobre 2003.

Corte di Giustizia C.e., Causa 144/04, *Mangold c. Helm*, 22 novembre 2005.

Corte di Giustizia C.e., Causa 503/04, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, 18 luglio 2007.

Corte di Giustizia C.e., Causa 277/05, *Société thermique d'Eugénie-les-Bains c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, 18 luglio 2007.

Corte di Giustizia C.e., Causa C-353/06, *Grunkin-Paul c. Standesamt Niebüll*, 14 ottobre 2008.

Corte di Giustizia U.e., Causa 283/11, *Sky Österreich GmbH contro Österreichischer Rundfunk*, 22 gennaio 2013.

Corte di Giustizia U.e., Cause riunite da C-105/12 a C-107/12, *Staat der Nederlanden c. Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12) e Delta NV (C-107/12)*, 22 ottobre 2013.

Corte di Giustizia U.e., Causa 390/12, *Robert Pflieger, Autoart a.s., Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Ing. Hans-Jörg Zehetner*, 30 aprile 2014.

Corte EDU, Parrillo c. Italia, ric. n. 46470/11, 27 agosto 2015.

Corte cost., sentenza 27 dicembre 1973, n. 183.

Corte cost., sentenza 30 ottobre 1975, n. 232.

Corte cost., sentenza 8 giugno 1984, n. 170.

Corte cost., sentenza 21 aprile 1989, n. 232.

Corte cost., sentenza 24 ottobre 2007, n. 348.

Corte cost., sentenza 24 ottobre 2007, n. 349.

Corte cost., sentenza 24 giugno 2010, n. 227.

Corte cost., sentenza 28 novembre 2012, n. 264.

Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174.

Cass. civ., Sez. II, 12 maggio 1999, n. 4702, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

Cass. civ., Sez. II, 15 luglio 2002, n. 10230, in *Mass. Giur. It.*, 2002.

Cass. civ., Sez. II, 6 maggio 2014, n. 9671, in CED Cassazione, 2014.

Tribunale Bologna, sentenza 1 ottobre 2003.

Tribunale Belluno, sentenza 12 febbraio 2014.

*Conseil constitutionnel*, 29 dicembre 1999, n. 99-425 DC.

*Conseil constitutionnel*, 10 giugno 2010, n. 2010-607 DC.

*Cour de cassation civ.*, 18 maggio 1858, S. 58.1.661.

*Cour de cassation, Chambre des requêtes*, 6 aprile 1925, DP 1926.1.185.

*Cour de cassation civ.*, 7 dicembre 1925, DP 1926.1.185.

*Cour de cassation, Chambre des requêtes*, 24 maggio 1933, in *Rev. crit. dr. int.* 1934.

*Cour de cassation civ.*, 6 febbraio 1952, n. 55, Bull. civ. 1952, I.

*Cour de cassation civ.*, 22 marzo 1968, Bull. civ. III, n. 129.

*Cour de cassation civ.*, 8 luglio 1969, in JCP, 1970, II, n. 16182.

*Cour de cassation civ.*, 21 marzo 1972, n. 193, Bull. civ. 1973, III.

*Cour de cassation comm.*, 16 gennaio 1973, n. 28, Bull. civ. 1973, IV.

*Cour de cassation civ.*, 30 gennaio 1974, Bull. civ. III, n. 50.

*Cour de cassation comm.*, 22 ottobre 1991, n. 302, Bull. civ. 1991, IV.

*Cour de cassation civ.*, 3 maggio 2007, n. 05-19439, Bull. civ. 2007, II, n. 121.

*Cour de cassation civ.*, 23 maggio 2012, n. 573, 11-13.202.

*Cour de cassation civ.*, 31 ottobre 2012, n. 1285, 11-16.304.

*Cour de cassation civ.*, 28 gennaio 2015, n. 94, 14-10.013.

*Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)*, 109, 319.

*Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)*, 111, 320.

*Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)*, 129, 146.

*Bundesverfassungsgericht (BverfG)*, 18 marzo 1970.

*Bundesverfassungsgericht (BverfG)*, 8 giugno 1977.

*Bundesverfassungsgericht (BverfG)*, 31 ottobre 1984.

*Bundesverfassungsgericht (BverfG)*, 8 ottobre 1985.

*Bundesgerichtshof (BGH)*, 26 ottobre 1951, I ZR 8/51.

*Bundesgerichtshof (BGH)*, 10 giugno 1952 - GSZ 2/52.

*Bundesgerichtshof (BGH)*, 28 novembre 1952 - I ZR 21/52.

*Bundesgerichtshof (BGH)*, 10 maggio 1957 - I ZR 234/55.

*Bundesgerichtshof (BGH)*, 9 dicembre 1958 - VI ZR 199/57.

*Bundesgerichtshof (BGH)* 4 febbraio 1964 - VI ZR 25/63.

*Bundesgerichtshof (BGH)*, 15 novembre 1982 - II ZR 206/81.

*Bundesgerichtshof (BGH)*, 9 novembre 1993, BGHZ 124, 52

*Judicial Committee of the House of Lords, National Westminster Bank v. Ainsworth*, 1965, AC 1175, 1247-48

*House of Lords, Gissing c. Gissing*, [1971] AC 886

*House of Lords, Republic of India and Others v. India Steamship Co. Ltd. (No. 2)*, 1998, AC 878 (HL).

Corte App. California, *Moore c. Reggenti dell'università della California e altri*, 31 luglio 1988.

Corte Suprema della California, *Moore c. Reggenti dell'università della California e altri*, 9 luglio 1990.

*Hoge Raad, Verhagen q.q. c. INB*, 15 aprile 1994, NJ 1994/607.

*Hoge Raad, Spaarbank Rivierenland c. Gispen q.q.*, 14 ottobre 1994, NJ 1995/447

*Hoge Raad, Mulder q.q. c. Rabobank*, 20 settembre 2002, NJ 2004/182.

*Hoge Raad*, causa n. 10/00101 J (BQ9251), 31 gennaio 2012.

*Hoge Raad, Dix q.q. c. ING Bank*, 3 febbraio 2012, NJ 2012/261.

*Hoge Raad, Rabobank c. Kézér*, 17 febbraio 2012, NJ 2012/605.

*Rechtbank Amsterdam*, 2 aprile 2009, cause nn. 13/431516-08 (BH9789), 13/431513-08 (BH9790), 13/431515-08 (BH9791).

*Gerechtshof Leeuwarden*, 10 novembre 2009, cause nn. 24-002668-08 (BK2773) e 24-002640-08 (BK2764).